

# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

ISSN 1304-2408



# 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. R. Erinc Sağkan  
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

### Sorumlu Müdürü / Managing Director

Av. Veli Küçük, TBB Genel Sekreteri

### Yayından Sorumlu Başkan Yardımcısı/ Vice-

President Head of the Publishing Department  
Av. Gürkan Altun, TBB Başkan Yardımcısı

### Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Özlem Bilgilioğlu

### Eşgüdümlü Kurulu / Board of Coordination

Av. Gürkan Altun  
Av. Veli Küçük  
Av. Gökhan Bozkurt  
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 Havutçu  
Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Nuhuğlu  
Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş Tezcan  
İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Korkut Kanadoğlu  
Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muhammet Özekes  
Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Necmi Yüzbaşoğlu  
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sibel Özel  
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sultan Üzeltürk  
Yeditepe 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 Özek 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: 300 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 : 03. 03. 2022

## TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ YAYIN POLİTİKASI, YAYIN KURALLARI ve ETİK İLKELERİ

Dergi'nin yayın politikası ve etik ilkeleri, Dergi'ye yazı gönderen yazar tarafından kabul edilmiş sayılır.

Yayın, imla ve yazım kurallarına uygun olarak düzenlenmeyen, Türkçenin doğru kullanılmadığı yazı, hakemlere dahi gönderilmeden diğer kriterleri taşısa da Dergi Yayın Kurulu tarafından reddedilebilecektir.

Bu nedenle her bölümdeki ilke ve kurallar yazar tarafından titizlikle kontrol edilerek uygun olmaları düzeltilmeli, eksiklikler giderilmelidir.

### Yayın Politikası

1. 1988 yılından bu yana yayınlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Dergi), 2002 yılından itibaren "hakemli dergi" olarak yayınlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM TR Dizin Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.

Dergi iki ayda bir yayınlanmakta olup yazı dili Türkçedir.

2. Dergi "hakemli" olarak TR Dizin'de taranan "hakemli bir dergi" olduğu için Dergi'ye gönderilen tüm yazıların hakemlere gönderilmesi gerekli ve zorunludur. Yazarın talebine bağlı olarak yazının hakemlere gönderilmeden yayınlanması mümkün olmayıp yazar tarafından böyle bir istekte bulunulmamalıdır.

Yazı hakemlere gönderildikten sonra hakemlerin önerisi/onayı ve editörün takdiriyle, istisnai olarak, bazı yazıların hakemsiz olarak Dergi'de yayınlanmasına karar verilebilir.

3. İlk maddedeki kural "**çeviriler**" için de geçerli olup çeviri olarak gönderilen yazıların makalede aranan tüm koşulları taşıması gereklidir.
4. Yazar tarafından Dergi'de yayınlanma istemiyle aynı anda sadece bir yazı gönderilebilir. Anılan yazı yayımlandıktan/değerlendirme süreci tamamlandıktan sonra ikinci yazı gönderilmelidir.
5. Yazının Dergi Yayın Politikası, Etik İlkeleri ve Yayın Kuralları'na uygun olması halinde, hakem raporlarından sonra netlik kazanmak üzere Dergi'nin hangi sayısının yayın listesine alındığı, Editör tarafından yazara bildirilir.

Dergi'ye gönderilen yazıların yoğunluğu nedeniyle gelen yazıların sıraya konulması hususu ve TR Dizin 2020 yılı zorunlu kriterleri arasında yer alan "Dergi her bir sayısında yer alacak makale sayılarının orantılı olmasına dikkat edilmeli, sayı/cilt arasındaki makale sayısı dengeli olmalıdır" kuralı yazar tarafından dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda Editör tarafından yazının Dergi'nin hangi sayısının yayın listesine alındığı yazara bildirildiğinde, bu bildirim yazar tarafından kabul edilmiş olur (Örneğin: Şubat/2021 itibarıyla Dergi'ye bir yazı gönderildiğinde, yazının kabul edildiği ve hakem raporlarından sonra netlik kazanmak üzere Dergi'nin Kasım- Aralık/2021 sayısının yayın listesine alındığı yazara bildirildiğinde, yazar bunu kabul etmiş olur ve daha sonra herhangi bir itiraz/yazının daha önceki bir sayıya alınmasını isteme gibi bir hakkı söz konusu olmaz).

Editörün bildiriminde belirtilen tarih ve sayı yazar tarafından kabul edilmediği takdirde, yazar makalesini çekmek hakkına sahip olup bu durumu derhal bildirmelidir.

6. Ön düzeltme; yazının Dergi Yayın Politikası, Etik İlkeleri ve Yayın Kuralları'na uygun bir şekilde düzeltilmesini, "makalenin gönderim tarihi"; yazının Dergi Yayın Politikası, Etik İlkeleri ve Yayın Kuralları'na uygun bir şekilde gönderildiği tarihi, "makalenin kabul tarihi"; yazının ön düzeltmeden sonra kabul edildiği ve hangi sayının yayın listesine alındığının yazara bildirildiği tarihi ifade eder.

Bu aşamadan sonra aşağıdaki maddede yer alan “hakem süreci” başlar.

7. Her yazı, yazara bildirilen sayının yayınlanacağı tarihe yetiyecek şekilde, -yazıların hakemlere gönderilmesi, hakemlerce onaylanması, gerekirse düzeltmelerin yapılması, tasarıma gönderilmesi, son kontrolden sonra web sitesine eklenmesi, ODİS'e ve matbaaya gönderilmesi süreçleri göz önünde bulundurularak- en az iki hakeme gönderilir.

İki hakemden biri olumsuz kanaat belirttiği takdirde yazı üçüncü bir hakeme gönderilir veya Editör tarafından takdir hakkı kullanılır.

8. Yazı, “kör hakemlik” sistemi uyarınca, yazarın ad ve soyadı yazı metninden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazara da yazının hangi hakemlere gönderildiği konusunda bilgi verilmaz.
9. Hakem/hakemler tarafından yazının yayınlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. Ret raporlarının yazara gönderilmesi zorunluluğu yoktur. Yazının yayınlanamayacağına ilişkin bildirim, yazının yayın listesinde bulunduğu sayının süreci tamamlandıktan sonra ilgili sayının yayınlanmasıyla eş zamanlı olarak yapılır.
10. Hakem rapor/raporları düzeltme içeriyorsa; rapor, hakem/hakemlerin adı belirtilmeksizin yazara gönderilir. Yazının düzeltilmiş hali hakeme gönderildikten sonra hakem tarafından ikinci bir düzeltme istenebilir. İkinci düzeltmeden sonra yazının hakem tarafından onaylanmaması halinde yazardan üçüncü bir düzeltme istenmez ve yazı reddedilir/reddedilmiş sayılır.

Hakemler tarafından onaylanan/düzeltilme istenip rapora uygun olarak düzeltildikten sonra onaylanan yazı, alındığı sayının yayın listesine ilişkin süreç tamamlandıktan sonra Dergi'nin ilgili sayısında yayınlanır.

Hakem rapor/raporlarında düzeltme istenmiş ancak raporda belirtilen hususlar yazar tarafından süresinde yerine getirilmemişse, bir defaya özgü olmak üzere yazı, alındığı yayın listesinden sonra gelen sayının yayın listesine aktarılır.

11. Yazı yukarıda 4. maddede belirtildiği şekilde yayın listesine alınmış ancak hakem raporları -çok istisnai de olsa- süresinde sunulmamışsa, yazı, alındığı yayın listesinden sonra gelen sayının yayın listesine aktarılır ve bu sayıda anılan yazıya ilişkin sürecin tamamlanması sağlanır.
12. Dergi'ye gönderilecek yazının; özgün, başka bir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere başka bir yere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
13. Türkiye Barolar Birliği, yayınlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur.
14. Yazara ve hakemlere, talep etmeleri halinde telif ücreti ödenir.
15. Yazara, yazısının yayınlandığı sayıdan üç adet, hakemlere ise hakem incelemesi yaptıkları sayıdan birer adet Dergi gönderilir.  
Dergi'nin kitap olarak kendisine gönderilmesini isteyen yazarın, yazıyı gönderirken adresini ve telefon numarasını da belirtmiş olması gerekmektedir.
16. Talep etmeleri halinde hakemlere makalenin hakem incelemesinin yapıldığı ve raporunun hazırlandığına ilişkin bir yazı gönderilir.

### Yayın Kuralları

1. Yazı, [yazin@barobirlik.org.tr](mailto:yazin@barobirlik.org.tr) adresine gönderilmelidir.
2. Yazı, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak Times New Roman karakterinde yazılmalıdır.
3. Yazarın ad, soyadı ve unvanını, makalede yer almasını istediği şekliyle ve Dergi'de yer alan yazı formatına uygun olarak yazıya eklemesi gereklidir.

4. Kurum, e-posta adresi, ORCID ve makalenin gönderim tarihi (ön düzeltmeden sonraki gönderim esas alınarak) bilgilerinin belirtilmesi zorunlu olup aynı sırada makalenin ilk sayfasına dipnot olarak eklenmelidir.
5. Dergi'nin belirlediği yazı formatı dışında kalan kısımlar, yazıdan çıkarılmalıdır (kapak, içindekiler, kısaltmalar vs. kısımlar).
6. Yazının ilk sayfasında makalenin başlığı, İngilizce başlık, özet, anahtar kelimeler, İngilizce özet ve İngilizce anahtar kelimeler bölümlerine belirtilen sırada yer verilmeli, bu bölümler çok uzun ise kısaltılmalıdır.
7. Dipnot numaralandırmaları, noktalama işaretlerinden (nokta, virgül, noktalı virgül, üç nokta, ünlem, soru işareti vs. noktalama işaretlerinden) sonra yapılmalıdır.
8. Dipnotlarda ve kaynakçada, koyu renkle, altı çizili ve/veya italik yazılan kısımlar (yayın kurallarında italik yazılacağı belirtilenler hariç) düzeltilmeli ve internet kaynaklarındaki alt çizgiler kaldırılmalıdır.
9. Dipnotlar sayfa altında gösterilmeli, dipnotlarda, yazarın adı soyadı şeklindeki düzene uyulmalı, yazar ad ve soyadının sadece baş harfleri büyük ve ad soyadının sonunda sadece virgül olmalıdır. Örneğin: Faruk Erem,  
Verilen kaynak makale ise makale adı çift tırnak içine alınmalı, sadece eser adı italik verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırasıyla yazılmalıdır.  
Örneğin: Faruk Erem, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
10. Yazının kaynakça kısmında, yazarın soyadı adı şeklindeki düzene uyulmalı, varsa numaralandırmalar kaldırılmalı, yazar soyadı ve adının sadece baş harfleri büyük ve soyadı ve adın sonunda sadece virgül olmalıdır.  
Örneğin: Erem Faruk, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.  
Kaynakça kısmı; Kitaplar, Makaleler, Mahkeme Kararları, İnternet Kaynakları, Diğer Kaynaklar gibi bölümlere ayrılarak yazılmalıdır.
11. Dipnotlarda ve kaynakçada yazar ve eser adlarının doğru yazıldığından emin olunmalıdır.

### İmla ve Yazım Kuralları

Aşağıdaki hususlar (yazı metni, alıntı metin, dipnot ve kaynakça dahil olmak üzere) gözden geçirilerek uygun olmayan kısımlar düzeltilmelidir:

1. Kanun, yönetmelik, anlaşma, sözleşme, mahkeme vs. isimlere ek getirilirken diğer özel isimlerde olduğu gibi kesme işaretiyle ayrılması,  
**Örneğin:** Avukatlık Kanunu'nun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, Anayasa'nın, Anayasa Mahkemesi'nin, İzmir 5. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin
2. Eş anlamlı kelimelerden birinin tercih edilmesi ve metin içinde yeknesaklığın sağlanması için yazının tamamında sadece birinin kullanılması,  
**Örneğin:** Yasa veya kanun kelimelerinden birinin tercih edilip kullanılması
3. Rakamlardan sonra gelen kelimelerin küçük harfle başlaması,  
**Örneğin:** 5237 sayılı Kanun, Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesi, 19. yüzyıl, 01.01.2019 tarihli, 2. baskı
4. Alm. (Almanca), İng. (İngilizce), Oğuzlar Mah. Prof. (Profesör), Dr. (Doktor), Av. (Avukat), haz. (hazırlayan), çev. (çeviren) gibi kısaltmalar hariç olmak üzere SGK, TTK, 13. CD, YHGK, TCK gibi kısaltmalarda nokta kullanılmaması,

5. Kısaltmalarda takıların kısaltma okunuşuna göre verilmesi,  
**Örneğin:** TCK'nın, HUMK'un
6. Kısaltmaların birden fazla kullanılış şekli varsa birinin tercih edilmesi ve metin içinde ve dipnotlarda aynı şekilde kullanılması,  
**Örneğin:** syf., sh., s.'den birinin tercih edilmesi
7. Noktalama işaretlerinin (özellikle tırnak işareti ve kesme işaretinin) yazının her yerinde aynı karakterde yazılmış olmasına özen gösterilmesi,
8. Tarih yazılışında 01.01.2019 şeklindeki kullanımın tercih edilmesi,
9. 1. veya 1'inci yazılışından birinin tercih edilmesi,
10. Tezcan/ Erdem/ Önok, şeklinde yazılışın değil aralık verilmeden Tezcan/Erdem/Önok şeklinde yazılışın tercih edilmesi,
11. Noktalama işaretlerinden (nokta, virgöl, noktalı virgöl, üç nokta, ünlem, soru işareti vs. noktalama işaretlerinden) ve her kelimeden sonra bir harf boşluk bırakılmasına özen gösterilmesi,
12. Farklı kaynaklardan alıntı yapılmasından kaynaklanan her türlü farklı yazımın kontrol edilerek yeknesaklığın, yazı düzeninin sağlanması.

### Etik İlkeler

1. Yazar tarafından başka bir yazara ait yazının kendine aitmiş gibi gönderilmesi veya gönderilen yazıda büyük/küçük oranda atıf yapılmadan alıntı yapılmış olması veya yazının tamamına yakınının, atıf yapılsa da başka bir yazı/yazılardan oluşması; kişiye özgü bir durum olup sorumluluk tamamen yazara aittir.
2. Yazı, intihal, sahtecilik, çarpıtma, tekrar yayın, dilimleme, haksız yazarlık ve diğer etik ihlali türlerini içermemelidir.
3. Yazarın gönderdiği çalışmanın özgün olması Dergi kriterlerinin başında gelmektedir.
4. Yayınlanmak üzere gönderilen çalışmanın herhangi bir nedenle Dergi'den çekilmek istenmesi halinde yazıyla (maile) derhal bildirilmesi gerekir.
5. Hakem değerlendirme süreci tamamlanmış bir makale, makul bir gerekçe gösterilmeksizin yazarı tarafından geri çekilmemelidir.
6. Makalede araştırma ve yayın etiğine uyulduğuna dair ifadeye yer verilmelidir.
7. TR Dizin kriterleri gereği, etik kurul izni gerektiren çalışmalarda, izinle ilgili bilgilere (kurul adı, tarih ve sayı no) yöntem bölümünde ve ayrıca makale ilk/son sayfasında yer verilmelidir. Olgu sunumlarında, bilgilendirilmiş gönüllü olur/onam formunun imzalatıldığına dair bilgi makalede yer almalıdır. Kullanılan fikir ve sanat eserleri için telif hakları düzenlemelerine uyulması gerekmektedir.
8. Dergi tarafından farklı kurumlardan, görüş bildirdikleri konunun uzmanı olan hakemler atanmalı, tarafsızlık ve çeşitlilik ilkelerine dikkat edilmelidir.  
Hakemler, değerlendirilen yazı sahibinin tabi olduğu etik kurallara bağlı ve bu kuralları titizlikle uygulamak durumunda olmalıdırlar.  
Dergi'de yayınlanmış makalelerde kurum ve yazar çeşitliliğine özen gösterilmeli, araştırma ve yayın etiğine uygun olmayan yazılar kabul edilmemelidir.

# İÇİNDEKİLER / CONTENTS

## BAŞKAN'DAN / FROM the PRESIDENT

## HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

- 1 Semih Batur KAYA**  
2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Olağanüstü Halin Hukuki Rejimi Üzerine Bir İnceleme / An Analysis on the Legal Regime of the State of Emergency in the Framework of the 2017 Constitutional Amendments
- 33 Hayrettin KURT**  
Türk Hukukunda Malvarlığının İç Dondurulması / Designated Domestic of Asset in Turkish Law
- 53 Ali Osman ONAR**  
Ötanazi / Euthanasia
- 77 Ramazan ARITÜRK**  
Adli Kolluk Görevlilerinin Görevi Kötüye Kullanma Suçu / Crime of Misconduct by Law Enforcement Officers
- 103 Emin HÜSEYİNOĞLU**  
Yargı Kararları Işığında Disiplin Hukukunda Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi / The Principle of Legality in Crime and Offense in Disciplinary Law in the Light of Judicial Decisions
- 125 Ahmet Talha TETİK**  
İmar Hukukunda İfraz ve Tevhit İşlemleri / Subdivision and Joining Proceedings In Zoning Law
- 191 Aslı ARAS**  
Davada veya İcra Takibinde Usulsüz Tebligatın Re'sen Dikkate Alınması Gerekliliği / Necessity of Ex Officio Consideration of Inadequate Notification in a Case or an Enforcement Proceeding
- 213 Erdem DOĞAN**  
Dijital Çağda Yeni Bir Hukukî Kişilik Arayışı: Yapay Zekâ / Search for a New Legal Personality in Digital Age: Artificial Intelligence
- 257 Vural SEVEN / Gülşah YILMAZ**  
Kambiyo Senetlerinin Zıyaı Halinde İptal Talebi Nedeniyle Verilen Ödeme Yasağı Kararı ile İlgili Uygulamada Yaşanan Sorunlar / Problems in Application Related to Payment Prohibition Decision for Cancellation of Bills of Exchange Due to Loss



**287 Dilara Naz GÜLÜM**

6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Kapsamında “Mal veya Hizmetlerin Aynılığı ya da Benzerliği” / Under the Industrial Property Law No. 6769 “Identity or Similarity of Goods or Services”

**317 Merve ALTINBAŞ**

Ticaret-i Bahriye Kanunnâme-i Hümayûn Hükümlerinde Yolculara İlişkin Düzenlemeler / Regulations Related to Passengers in the Provisions of Ticaret-i Bahriye Kanunname-i Humayun

**341 E. Tuncay SENYEN KAPLAN**

Çalışma Koşullarında Değişiklik / Change in Working Conditions

**389 Ekin Deniz İLHAN**

Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları ve Yatırım Tahkimi Yargılamasında Karşılaşılan Sorunlar / Current Issues on International Investment Disputes and Investment Arbitration

**457 Gökey SARAÇYAKUPOĞLU / Ali ÖZGÖKTAŞ**

Uluslararası Deniz Hukuku Kapsamında “Takımada” Kavramı ve Bir “Takımada Devleti” Olarak Endonezya / Archipelagic State Concept in the Context of the Law of the Sea and Indonesia as an “Archipelagic State”

**493 Merve KÜÇÜK**

Ceza Mahkemeleri Uluslararası Rezidüel Mekanizması / International Residual Mechanism for Criminal Tribunals

# başkan'dan

Değerli Meslektaşlarım,

Türkiye Barolar Birliğinin (TBB) 36. Olağan Genel Kurulu, değişimden yana oy kullanarak bizlere onurlu bir görev verdi.

Seçilirken “Birliği yönetmeye değil, birlikte yönetmeye talibiz” demiştik. İlk günden itibaren de kendi yönetim anlayışımıza bu felsefeyi yerleştirdik. Bu büyük çatı altında, Baroların, Birlik yönetiminde söz sahibi olacağı bir sistem kurguladık. İlk yönetim kurulu toplantımızda da Haziran ayında delegelerle yapacağımız toplantının tarihini belirleyerek, baro başkanları ve delegelerimize ilettik. Şeffaf, etkin ve eleştirilene açık, birlikte yönetim anlayışını benimsedik.

Türkiye Barolar Birliğinin temelde iki görevi bulunuyor. Birincisi meslek örgütü olması sıfatıyla savunma mesleğinin, avukatların sorunlarına çözüm yöntemleri geliştirmek; ikincisi de yasadan kaynaklanan, yargı bağımsızlığını, hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını korumak.

Mesleğimizin yaşadığı aşınmayı ve itibar kaybını, her birimiz hissediyor, yaşıyoruz. Meslektaşlarımız büyük ekonomik sorunları yaşıyorlar. Ortaya çıkan rekabet, meslektaş dayanışmasını tehdit eder durumdadır. Bu çerçevede, mesleğe yeni başlayan ve bağlı çalışan meslektaşlarımızın en kırılgan durumda olduklarının da farkındayız.

Meslektaşlarımıza yönelik fiili müdahale ve saldırıların yoğunluk kazandığını da görüyoruz. Bu durumu bir yandan yargıya güvenin azalması, iktidar gücü kullanma durumunda olanların savunma mesleğine yönelik kasıtlı yaklaşımları gibi siyasi sebeplerin sonuçları olarak görürken öte yandan mesleğimizin iktisadi ve sosyal anlamda yaşadığı yıpranma, aşınma ve itibar kaybının sonucu olarak da görüyoruz.

Başkan'dan

Özellikle son yıllarda, Türkiye Barolar Birliğinin temel insan hak ve özgürlükleri noktasındaki hukuksuz müdahalelere, adil yargılanma hakkı başta olmak üzere yaşanan hak ihlallerine karşı tepkisiz bir görüntüsü oldu.

Biz "Bundan sonra hiçbir avukat, hiçbir baro yalnız, hiçbir vatandaş savunmasız kalmayacak" sözü verdik. Artık Türkiye Barolar Birliği, baroları gerek hedef haline getirildikleri süreçlerde gerekse birlikte anayasal demokratik tepkileri ortaya koymak konusunda yalnız bırakmayacak gerektiğinde üst meslek birliği olma misyonunu yerine getirecektir. Bundan böyle, bir adım önlerinde değil, bir adım arkalarında değil, tam da yanı başlarında, barolarla birlikte hareket edecek bir Türkiye Barolar Birliği olacaktır.

Bildiğiniz üzere Türk hukuk sistemine ve demokratik, laik, sosyal hukuk devletine hiçbir katkı sağlamayan, meslektaşlarımızı siyaseten ayırıştırmaya dönük bir proje olan çoklu baro yapılanması bir dayatma olarak çıkarıldı. TBB 36. Olağan Genel Kurulunda, yönetimimize çoklu baro yasasının ortadan kaldırılmasına yönelik çalışma yapma görev ve sorumluluk yüklendi. Bu konuda Türkiye Barolar Birliği olarak görev ve sorumluluğumuzu yerine getireceğiz.

Aktarmaya çalıştığım tüm bu nedenlerden dolayı ciddi anlamda bir Avukatlık Kanunu değişikliği ihtiyacı ortaya çıkmış bulunuyor. Barolarımızla birlikte meslektaşlarımızın da görüşünü alarak ihtiyaçlarımızı giderecek, ekonomik sorunlarımıza çare olacak, savunmanın bağımsızlığını net olarak hissettirecek bir Avukatlık Kanunu üzerinde çalışıp hayata geçirmek önceliklerimizden olacaktır.

Saygılarımla,

**Av. R. Erinç Sağkan**  
**Türkiye Barolar Birliği Başkanı**

# 2017 ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ ÇERÇEVESİNDE OLAĞANÜSTÜ HALİN HUKUKİ REJİMİ ÜZERİNE BİR İNCELEME

## AN ANALYSIS ON THE LEGAL REGIME OF THE STATE OF EMERGENCY IN THE FRAMEWORK OF THE 2017 CONSTITUTIONAL AMENDMENTS

Semih Batur KAYA\*

**Özet:** Bu çalışmada olağanüstü hâl rejimi bütünüyle hukuki bir rejim olarak ele alınmaktadır. Gerçekten de olağanüstü halin, burada gerek iktidarın yarattığı gerek halihazırda var olan krizin hukuk içerisinde ve hukukla aşılabileceğine inanmaktayız. Bu yaklaşımla çalışmamızda 2017 Anayasa değişiklikleri çerçevesinde öngörülen olağanüstü halin hukuki rejimini kaleme aldık. Bu doğrultuda önce kavramsal çerçeveyi ortaya koyduktan sonra 1982 Anayasası'nda özellikle Anayasa'nın 12. maddesi çerçevesinde hak ve özgürlükler rejimini kısaca ele aldık. Nihayetinde ise Anayasa'nın 15. maddesini analiz ettik. Ulaştığımız sonuç ise hukuk kıskacında bir olağanüstü hâl rejimi ihtiyacının ortaya konulmasıdır.

**Anahtar Kelimeler:** Olağanüstü Hal, 1982 Anayasası, 2017 Anayasa Değişikliği, Sert Çekirdek Haklar, Temel Hakların Kaybedilmesi

**Abstract:** In this study, the state of emergency regime is considered as a purely legal regime. Indeed, we believe that the state of emergency, both created by the government and the current crisis, can be overcome within the law and with the law. With this approach, we have written the legal regime of the state of emergency envisaged within the framework of the 2017 Constitutional amendments. In this direction, after first putting forward the conceptual framework, we briefly discussed the regime of rights and freedoms in the 1982 Constitution, especially within the framework of Article 12 of the Constitution. Finally, we analyzed Article 15 of the Constitution. The result we have reached is that the need for a state of emergency regime has been put forward under the legal grips.

**Keywords:** State of Emergency, 1982 Constitution, 2017 Constitutional Amendment, Hard Core Rights, Forfeiture of Fundamental Rights

\* Dr. Öğr. Üyesi, Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, drsemihbatur@gmail.com, ORCID: 0000-0001-5888-1750, Makalenin Gönderim Tarihi: 04.08.2021, Kabul Tarihi: 04.08.2021

## Giriş

Olağanüstü halin kesinkes bir tanımını vermek oldukça zordur. Zaten olağanüstü hâl doğası gereği hukuken atipik olay ve olgulardan oluşmaktadır. Ancak burada devlet ve bunun operasyonel gücü olan siyasi iktidar bağlamında olağanüstü halin bir çerçevesi çizilebilir. Biz burada olağanüstü hali siyasi iktidarın dışında gelişen ve siyasi iktidarın bizzat kurguladığı olay ve olgular olarak belirtiyoruz ve böylece konumuzu bu çalışma bakımından daraltıyoruz. Bu açıdan olağanüstü halin özellikle devletin derinliği ve siyasi iktidarın dirimsel bir kaynağı olduğunu belirtmek gerekir. Buna göre devlet iktidarı hukukun dışında bir eylem ile olay ve olguları belirler, sınırlandırır ve tanımlar. Devlet iktidarı burada hukukun da bir üreticisi olarak bir yaşam rejimi tasarlar. Bu yaklaşımda olağanüstü halde iktidarın saf teorisi çerçevesinde geliştirilen faaliyetler asli ilke olmakta ve hukuk ise karşıt bir ilke olarak görülmektedir.

Olağanüstü hâl kavramını bu haliyle aldığımızda, yani salt iktidar ve bunun şiddeti sorunuyla ilişkisi içerisinde tanımlayarak asgarileştirilmiş ve saflaştırılmış anlamıyla kullandığımızda, yukarıdaki değerlendirmeyi hukuk-hukuk dışılık ilişkisi ekseninde formüle edebiliriz. O halde soruyu şu şekilde sorabiliriz: Acaba olağanüstü hâl hukuktan bir kopuş sürecini mi işaret eder? Olağanüstü hâl artık olağanlaşmış, modern toplumlara özgü bir haslet midir; yoksa modernliğin siyasal yaşam ve örgütlenme biçimine uygun bir dönüşümle varlığını sürdürmekte midir? Bağlı bulunan hukuk yaklaşımına göre bu sorulara verilen yanıtlar farklılaşabilmektedir. Az bir indirgeme ile bu sorulara şu tür net bir cevap verilebilir: olağanüstü hâl modern devletin bir cevheridir; iktidar üretiminin operasyonel ve dirimsel kabiliyetini teşkil eden bir yapılanmadır. Fakat acaba bu haliyle modern hukukun karşısında konumlanan olağanüstü hâl bu şekilde mi olmalıdır? Yani gerçekten hukuk dışılık üzerinden mi tanımlamak gerekir olağanüstü hali? Bu siyasal veya her şeyden önce toplumsal gerçeklikle uyumakta mıdır? Yani hukuk ötelenerek şiddetin tek merkezde yoğunlaşması ya da meşru şiddet kullanımının tekelleşmesi toplumsal bir edilginleşmeye sebep vermez mi?

Bireyler arasındaki ilişkiler hukuk içerisinde ve hukukla tanımlanırken birey-devlet ya da toplum-devlet ilişkileri hukukun dışında bir

olgu ile tanımlanamaz.<sup>1</sup> Şu hâlde olağanüstü halin de bir hukuki olgu olduğu, dolayısıyla hukukla belirlendiği, sınırlandırıldığı ve tanımlandığı, en azından bunun böyle olması gerektiği, unutulmamalıdır. Çünkü modern hukukun oluşum sürecinde belirleyici gelişmelere tanıklık etmiş olan 17. ve 18. yüzyılların hukukun anayasacılık eksenindeki bilişsel devrimi ile de hukuk, şiddetten arınma, ondan kurtulma veya şiddeti toplumsal hayatın önemli alanlarından tasfiye etme konusundaki daimî sorunu çözmeye yönelik bir olgu olarak ortaya çıkmıştır.

<sup>1</sup> Spoit'e göre bizi oluşturanı anlamaktan daha zoru yoktur. Hepimiz, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin insanların özgür doğduklarını ve bir akla sahip olduklarını ifade eden birinci maddesine inanmaktayız. Alain Sopot, Homo Juridicus, Dost Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 30. Fakat aklın siyasal alana aktarılması ve beden bir siyasal konu haline gelmesi her zaman için bir sorun yumağına dönüşür. Modern hukukun kökeni olan bilişsel devrim bizim aklımıza ve en önemlisi bedenimize siyasal alanda bir konfor sağlamaktadır. Çünkü anayasacılık ve bunun beraberinde getirdiği ilkeler dizisi olan kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi bize bu imkânı beraberinde getirmektedir. Siyasetin gücü aklımızı ve bedenimizi modern devlet ile birlikte her zamankinden daha çok tehdit eder hale gelmiştir. Bunun sebebi modern devletin bilişsel bir devrim olan modern hukuku dışlaması veya daraltmasıdır. Bedenimiz eğer modern hukukla çevrelenmiyorsa iktidarın dehşeti, yıkımı ve yok ediciliği karşısında çıplaktır. İnsan her canlı gibi aklını ve bedenini korumak ister. Bu doğrultuda kendi anlam dünyasını yaşam pratiğine aktarmak ister. Böylece organik ve döngüsel hayatın sınırlılığı anlam dünyasının sınırsızlığı ile kuşatılır. Fakat insan aklı için girince, özellikle kümülatif bir iradeye dönüşürse yine insan bedeni için bir sorun başlar. Hukuku dışladığımızda insanı koruyacak olan geriye hiçbir şey kalmaz. Hukukun imgesel dünyasından çıktığımızda geriye bizi kurtaracak tek şey beyin ölümüdür. İşte Agamben'e göre egemen iktidarın tözünü oluşturan şey çıplak hayatın, bize göre biyolojik varlığımızın ve onun çevresindeki fiziksel evrenine ve buradan insan zihninin uzandığı imgesel evrene kadar, siyaset alanına aktarılmasıdır. Burada artık "kutsal insan" (homo sacer) gerektiğinde öldürülebilir. İnsan tüm fiziksel, düşünsel ve duygusal boyutuyla yok edilmesinin meşrulaştırması iktidarın dehşet, yıkım ve yok edim gücünü ifade etmektedir. İnsan hukuk dışlandığında, yani "homo juridicus" olmadığında, iktidarın bu gücü karşısında tüm çıplaklığı ile kalakalmaktadır. Agamben'in yorumu ile egemen, hukuk düzeninin kendisine olağanüstü hali belirleme ve hukuku askıya alma yetkisini vermesi açısından bu düzenin içerisinde olmasına rağmen, karar veren olarak bu düzenin dışındadır da. Bu şekilde egemen hukukun dışında konumlanarak, "hukukun dışında hiçbir şeyin olmadığını ilan eden" kişidir. Peki, egemen hukukun sınırlarına nasıl karar verir? Bu noktada hukukun sınırlarını istisnalar (expection) belirler. İşte istisna hukukun düzenlediği homojen ortamın çıkıntısı, istenmeyeni, tehlikesi olarak ortaya çıkar. Egemen tam bu noktada olağanüstü hali ilan ederek istisnayı ve onu üretene etkisiz kılmaya yönelir. Burada temel amaç istisna hallerindeki anayasal haklarını ellerinden almak ve onları bu biçimde etkisiz hale getirmektir. Ezgi Tuncer Gürkaş, "Belirsizlik Mantığı Ya Da Daimî İstisna Hali Olarak Sınır: Güneydoğu Kampı İçinde Mardin-Kızıltepe İkiz Kampları", *Toplum Bilim Dergisi*, C. 131, 2014, 219-237, s. 224.

Dolayısıyla hukuklaşma süreci ile şiddetin toplumsal ilişkilerden çıkarılması, şüphesiz bu siyasal ilişkiler için de geçerli, arasında doğrusal bir bağıntı vardır. Şu hâlde fiziksel şiddetin modern devlet tekelinde olması bu şiddetin hukuk dışında bir olağan hal üretimini tasvip etmez. Bu nedenle baştaki başlığımız olan kavramsal çerçeveye dönersek olağanüstü halin bir hukuki olgu olduğu gerçeği ortaya çıkar.

## A. Olağanüstü Hal Rejiminin Anlamı

### 1. Kavramsal Çerçeve

Modern devletin pek çok görevi sayılabilir; ancak tüm zamanlar için modern devletin temel ve daimî amacının iç güvenliği sağlamak olduğu söylenebilir. İç güvenlik “Tanrı’nın gazabı” ile sağlanamayacağından, devlet bu görevi üstlenmiştir. Anayasal devlet biçimi ise “kurumsal bir çerçeve dahilinde barış ve düzenin sağlandığı herkesin hür biçimde kendi kaderini tayin etmesini garanti eder”.<sup>2</sup> İşte olağanüstü halin ilan edilmesinin gerçek işlevi iç güvenliğin sağlanması ve düzenin temin edilmesidir. Bu da modern devletin şiddet tekelini ortaya koymaktadır.

Şiddet tekeli, her durumda (maddi tesiri bakımından da) fiziki şiddetin meşru bir tarzda tatbik edilmesini devletin inhisarına bırakan normatif bir yetki olması açısından diğer şiddet türlerinden ayrılmaktadır. Devletin sahip olduğu bir dizi yetki arasında şiddet tekelinin özel bir yeri söz konusudur. Bu kavram potestas (iktidar) değil vis’e (fiziki kuvvet) ilişkindir.<sup>3</sup> İşte olağanüstü halde devletin şiddet tekelinin demirden yüzü daha net bir şekilde ortaya çıkmaktadır.

Olağanüstü halde şiddet tekelinin devlette bulunması esasında her zaman için olduğu gibi toplumu daha da önemli bir yükten kurtarmaktadır. Şöyle ki modern devlet hukukun uygulanması ve yargılama için gerekli hallerde zorlayıcı araçlar da devreye sokulmaktadır. Fakat burada dikkat edilmesi gereken nokta hukukun yaşam pratiğine dökülmesi için zorlayıcı araçlar müdahil kılınmaktadır. Bu itibarla özel-

<sup>2</sup> Eckart Klein, “Devletin Şiddet Tekeli”, Çev. Ali Emrah Bozbayındır, içinde Anayasa Teorisi, Ed. Otto Depenheuer ve Cristoph Grabenwarter, Çev. Ed. İlyas Doğan, Lale Yayıncılık, 2014, s. 645-646.

<sup>3</sup> Klein, a.g.e., s. 646.

likle olağanüstü halde devletin şiddet tekeline sahip olması toplum için faydalıdır. Zaten yukarıda da değindiğimiz gibi olağanüstü hâl hukukun askıya alındığı bir hal değildir. Hukuk her hal ve şartta mutlak bir biçimde söz konusudur. Devletin sahip olduğu fiziki şiddetin hukukileştirmesi esasında en çok olağanüstü halde ihtiyaç duyulan bir şeydir.

Görüldüğü gibi devletlerin demokratik kurumlarını korumak yolunda kimi olağanüstü tedbirleri almak zorunda kalabilir.<sup>4</sup> Gerçekten de uluslar arası hukuk, hak ve özgürlükleri koruyan antlaşmalarla iradi olarak bağtlanan devletlerin siyasi, iktisadi ve sosyal kriz hallerinde bu sözleşmelerden doğan korumanın kapsamını kısıtlamasına imkan tanımıştır.<sup>5</sup> Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de bu bağlamda “zaruret ilkesi”ne dayandığı söylenebilir.<sup>6</sup> Bununla birlikte olağanüstü dönemlerde devlet iktidarının keyfiliği oldukça artmaktadır. Bu doğrultuda da olağanüstü dönemlerde insan hakları ihlallerinde önemli oranda artış sergilenmektedir. Burada da yargısal denetimin, özellikle anayasa yargısının her zamankinden daha çok dikkatli ve özenli davranması gerekir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 15. maddesinin başlığı genellikle Türkçeye “olağanüstü hallerde yükümlülükleri askıya alma” biçiminde çevrilmektedir. Esasında İngilizce metindeki kullanılan “derogation” kavramını ifade etmek için “askıya alınma” kavramını kullanmak pek yerinde değildir. Çünkü kamuoyunda da olduğu gibi, sanki kimi hakların ve hatta Sözleşmenin “askıya alındığı”, yani uygulamasının geçici bir süre için tümüyle tatil (suspend) edildiği gibi yanlış bir anlaşılmaya yol açmaya elverişlidir. Halbuki “derogation”ın esas anlamı a) bir hukuk kuralından müstesna tutulma veya b) bir kuralın içeriğinin gevşetilmesi, hafifletilmesidir. İşte, AİHS m. 15’te kast

<sup>4</sup> Cees Flinerman, “Derogation From the Rights and Freedoms in Case of a Public Emergency”, içinde Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Ed. Pieter van Dijk/Fried van Hoof/Arjen van Rijn/LEo Zwaak, Fourth Edition, Intersentia, 2005, s. 1054.

<sup>5</sup> Fionnuala Ni Aolain, “Transitional Emergency Jurisprudence: Derogation and Transition” içinde Transitional Emergency Jurisprudence and the European Convention on Human Rights, Ed. Antonie Buyse ve Michael Hamilton, Cambridge University Press, Cambridge 2011, s. 24.

<sup>6</sup> Robin C. A. White/Clare Ovey, The European Convention on Human Rights, Fifth Edition, Oxford University Press, 2010, s. 113.



edilen de buradaki ikinci anlamıdır. Buna göre hakkın uygulanmasına devam edilmektedir; ancak olağan dönemlerde mazur görülmeyecek kimi ilave kısıtlamalara başvurma imkânı, kimi koşullarla ve AİHM denetimine tabi olmak üzere, doğmaktadır.<sup>7</sup>

Gerçekten de AİHS'nin temel amacı olağanüstü dönemlerde bile çoğulcu demokrasiyi ve hukuk devletini korumaktır. Burada temel hedef devlet iktidarını insan hakları alanında üstlendiği yükümlülüklerle uymaktan muaf tutmak değildir. Aksine burada bu hallerde bile devletin uygulayabileceği sınırların sınırını göstermek amaç edinmektedir.<sup>8</sup> Dolayısıyla, Anayasa m. 15'te yer alan ve olağanüstü halde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının tamamen durdurulabileceğine dair ibareleri insan hakları hukuku sınırları dahilinde anlamak gerekir. Zaten Anayasa hükmünde de "milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla" denilmektedir.<sup>9</sup>

## 2. Modern Devletin Olağanüstü Hal Etkileşimi

"İnsanın devlet ile dansı bilimkurgu filmlerine benzer. İnsan zekâsı önce, Nietzsche'yi doğrularcasına 'iktidar arzusu' ile, dünyayı kontrol edecek silahları ya da robotları icat eder. Sonra da filmin gerçek kahramanı sahneye çıkar... Dünyayı hatta bütün gezegenleri bu ölümcül silahtan ya da robottan kurtarmak için. Kurtarır da... Ancak filmin finalinde, ölüm saçan robotun diriliş işaretleri görülür..."<sup>10</sup>

Devletin menşei, aydınlanma düşüncesinde ve o dönemi izleyen her çeşitlemede, farazi bir açıklamaya dayanır. Özellikle Rönesans dönemini izleyen devir düşüncesinde ilkel toplumlardaki bireylerin "bon sauvage" (iyi vahşi) olduğu tezine dayanılmaktadır. İşte bu iyi ve saf insan yahut evrimci görüş sahiplerine göre evrimimizin başlangıç noktasındaki insan, toplumda devletin doğuşu için temel hareket noktasını teşkil eder.<sup>11</sup> Bu iyi ve saf insan kitleye dönüştüğü vakit ise kanı-

<sup>7</sup> R. Murat Önok, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Olağanüstü Hal Uygulamalar", içinde KHK'ler Türkiyesinde Savunma Hakkı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2016, s. 112.

<sup>8</sup> Oliver de Schutter, International Human Rights Law-Cases, Materials, Commentary, Cambridge University Press, 2010, s. 515.

<sup>9</sup> Önok, a.g.e., s. 113.

<sup>10</sup> Zühtü Arslan, "Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı", *Doğu Batı Dergisi*, Y. 4, S. 13, 2000-2001, 89, s. 67.

<sup>11</sup> İber Ortaylı, "Devlete Nasıl Bakmalı?", *Doğu Batı Dergisi*, Y. 6, S. 21, 2002-3, 11-15,

mızca kötü ve vahşi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Toptancı yaklaşım kümülatif olarak devleti iyiliğin dışına atmaktadır. Bu şekilde toplum bireyleri için adil ve saygılı bir mekanizma olarak devlet varlık bulmamaktadır. Bu kötü ve vahşi kitlesel olguyu ehlileştiren ise hukuktur.

Bireyin devlete temelde bir zaafı söz konusudur. Bunun esas nedeni devletin hem bizatihi kendi için ve kendinde bir varlık olması, hem de ancak egemen olarak var olabildiği için uyruksuz yaşayamamasından ötürü, bize göre, bizim için, yani dolaylı ve tartışmalı bir varlığa da sahip olmasıdır.<sup>12</sup> Bu görelî olgu devleti birey nezdinde her defasında yeniden üretmektedir. Bunun sonucu da devlet eğer egemense bu ancak kendinden kaynaklanıyor olmalıdır yaklaşımıdır. Buna göre devlet kendinde egemenliği üretir. Bu ontolojik dayanak devletin köken ve geleceğini belirlemektedir. Şöyle ki; devlet bağımsız ve fakat kitleyi kendine bağımlı tutan bir yapılanma olarak varlık bulur.

Ancak devletin gözle görülür yapısının temel amacı paradoks bir şekilde gizliliktedir. Devlet görünen yüzünü ortaya koyarak görünmeyen yapısını korur. Yüzeyde cereyan edenleri meşrulaştıran görünen yüz, derininde gerçekleştiren faaliyetleri gizleme işlevi görür. Bu hal ise zorunlu olarak derin devlete uzanır. Modern devlette derin devlet, devletin yapıtaşısıdır. İşte bu yapıtaşı çevreleyen, kuşatan ve elbette gizleyen geniş hacimli ama kof diğer unsurlar, bir göz yanlılığı yaratmakta, insanlar devleti burada teşhis etmekte, ancak yanılmaktadırlar. Gerçekten de bir şeyi ikincil işlevleri itibarıyla tanımlamak, onu tanımlamamak ile eşdeğerlidir.<sup>13</sup> Çünkü burada ayırt edicilik vasfı yeterince ortaya konulmamaktadır. Bize göre tanrı, halk, ulus ve hatta kimi zaman hukuk gibi unsurlar devletin söz konusu bu yapıtaşını gizleyen göz kamaştırıcı olgulardır. Devletin yapıtaşı olan “raison d’Etat” belki de bu veriler sayesinde hükmünü sürdürmektedir.

Bu yönüyle devlet tüm fiziksel gücü elinde barındıran devasa bir örgüttür. Sahip olduğu fiziksel güç ile devlet, şiddetin tekelliğini ve tekilliğini elinde bulundurur. Weber’in belirttiği gibi modern devlet tüm siyasal oluşumlar gibi, sosyolojik olarak ancak kendine özgü somut

s. 11.

<sup>12</sup> Mehmet Ali Kılıçbay, “Devletin Yeniden Yapılanması”, *Doğu Batı Dergisi*, Y. 6, S. 21, 2002-3, 17-22, s. 17.

<sup>13</sup> Kılıçbay, a.g.e., s. 18.

araçları açısından tanımlanabilir ki bu da fiziksel güç ve şiddet kullanımıdır.<sup>14</sup> Modernliğin tüm koşullarını arkasına alan devlet şiddet tekeli ile bir ayrıcalık vasfını taşımaktadır. Bu ayrıcalık vasfı ile birlikte modern devleti, Laviathan'ı biz oluşturduk.

Gerçi yönetme, her zaman şiddet araçları üzerine belirli bir denetimi de içerir.<sup>15</sup> Fakat modern devlet her zaman kendi içindeki bu “yapı bozumu” ile mücadelede. Öyle ki hukukun olmadığı yerde bu mücadeleyi devletin yapıtaş kazanmaktadır. Gerçekten de ortaya çıktığı zamandan beri, devletin fiziksel şiddeti tekeline almasının bir zorunluluk olduğu insancı öylesine yaygınlaşmıştır ki, şiddet tekeli neredeyse “doğal” bir olgu olarak görülmüştür. Geleneksel olarak, fiziksel şiddet üzerindeki devlet tekelinin, sosyolojik meşruluğunu toplumsal barışı ve güvenliği gerçekleştirme hedef ve işlevinden aldığı; bir diğer anlamıyla, modern devlete bu tekelin, şiddeti toplumsal ilişkilerden tasfiye etme veya toplumsal ilişkilerde şiddet kullanımını en aza indirme karşılığında verildiği kabul edilir.<sup>16</sup> Esasen Machiavelli’den Hobbes’a kandiğimiz temel nokta da budur.

Modern devlette fiziksel şiddetin toplumsal dinamiklerdeki işlevi ve şiddet tekelinden kaynaklanan tehditleri dikkate alarak şu şekilde bir soru sorabiliriz: Modernleşen devletin şiddet tekilliğini ve tekilliğini minimal seviyeye indirecek ve potansiyel tahrip gücünü azaltacak bir araç var mıdır? Bu soruya yalın ve net bir cevap verilebilir: hukuk. Peki, ne ölçüde hukuk kötü ve vahşi “bir”i, yani devleti ehlileştirir? Bunun cevabını biz aşağıda arayacağız.

Ancak burada “devlet aklı” ile modern devletin şiddet içeren potansiyeli ve pratiğine biraz değinmek gerekir. Devlet aklı devlet eksenli bir yaşam rejimini öngören siyasal anlayıştır. Buna göre devlet bizatihi bir amaç ve “kendinde varlık” olarak görülür. İktidar; ahlak, adalet ve hukuktan önce gelir ve bunlardan bağımsızdır.<sup>17</sup> Devletin düşünsel ve eylemsel kabiliyetini teşkil eden devlet aklı bu yönüyle devletin şid-

<sup>14</sup> Max Weber, *Sosyoloji Yazıları*, Çev. Taha Parla, Hürriyet Vakfı Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 1987, s. 79-80.

<sup>15</sup> Mithat Sancar, “Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti”, *Doğu Batı Dergisi*, Y. 4, S. 13, 2000-2001, 27-46, s. 29.

<sup>16</sup> Sancar, *Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti*, s. 30.

<sup>17</sup> Mustafa Erdoğan, “‘Hikmet-i Hükümet’ten Hukuk Devletine Yol Var Mı?”, *Doğu Batı Dergisi*, Y. 4, S. 13, 2000-2001, 47-59, s. 47.

det potansiyelini ve bunun pratiğe dökümünü gerektirecek her türlü adımın atılmasını öngörür. Devlet aklının temel çıkış noktası hukuk dahil ilkesel tüm gerçeklikleri politikanın dışına atmak ve politikanın saf teorisi doğrultusunda bir yönetimi kurmaktır.

Devlet aklı doktrininin en temel eylem kılavuzu politikada devlet olmanın ve/veya devlet yönetiminin “zaruretleri”nin tanınmasıdır. Genel olarak “devlet” olmanın zaruretleri yanında her bir devletin ayrıca kendine özgü zorunlulukları da söz konusudur. Hukuktan da bağımsız olan bu zorunluluklar doğa yasası gibidir; onlardan kaçınmak mümkün değildir. Öyle ki, devlet aklı politikada tutulması gereken yol konusunda yöneticilere de tercih alanı bırakmaz; onlar “sebebe sonuç ilişkisinin demirden zinciri” içinde hareket etmek zorundadırlar.<sup>18</sup> Bu iktidar determinizmi devletin üstün amacı fikri etrafında toplanan siyasi düşünüş tarzını her zaman diri tutmaktadır. Machiavelli’nin “prensi”nin modernleşmesi işte bu anlayışın söylem ve eylemlerinde somutlaşmaktadır. Modern prens bu anlayış çerçevesinde hem düzenleyici hem yol gösterici bir rol üstlenmektedir.

### 3. Hukukilik ve Olağanüstü Hal: Arkeolojik Bir Kazı

İktidar ilişkilerinin başlamasıyla birlikte o anda hukuk da söz konusu olur. Nitekim Romalılar *ubi societas ibi jus* demektedir. Hukuk bu yönüyle temelde bir siyasal eşitsizliğin sonucudur. Geriye kalan ise hukukun bağımsızlığı ve iktidarın sınırlandırılması ve denetlenmesi serüvenidir. Modern devlet ile birlikte her ne kadar iktidar form bulmuş, cisimleşmiş ise de iktidarın hukuk ile ilişkileri oldukça karmaşık bir hal almıştır. Bu bağlamda hukuk ile hukukiliğin sorgulanması gerekir.

“Hukuk nedir?” sorusu hukukun kökeni hakkında bir sorundur ve bu soru ister istemez hukukun öncesi olmayan bir “sıfır noktası”nı gerekli kılmaktadır.<sup>19</sup> Hukukun sıfır noktasını iradeye indirgeyenler için veya bu anı aşkın değerlerde arayanlar için cevap oldukça basittir; meta ötesi ya da meta iradenin karar anıdır. Söz gelimi Fransız Devrimi ile birlikte eski yasaların kaldırılması ve yeni yasaların ihdas edilmesi bir sıfır noktasıdır. Kurucu iktidar kuramı kokan yaklaşım huku-

<sup>18</sup> Erdoğan, ‘Hikmet-i Hükümet’ten Hukuk Devletine Yol Var Mı?, s. 49.

<sup>19</sup> Cemal Bali Akal, Hukuk Nedir? Dost Yayınları, Ankara 2017, s. 59.

ku her iki anlamda da iradeye indirgemektedir. Zira ister aşkın olsun ister olmasın hukuk burada bir iradenin türevi olarak görülmektedir. Hukuk bu şekilde bir iradi tanımlanmaya tabi tutulduğunda ortada olağanüstü hal için bir karar beklenir yalnızca.

Şüphesiz yasaların yaratımı için bir yasa koyucuya ihtiyaç vardır. Ancak hukuk yasa mıdır? Hukukilik ile hukuk arasında nasıl bir ilişki bulunmaktadır? Bize göre hukuk yasaya indirgense bile hukuk ile hukukilik arasında fark vardır. Hukuk yasa ile eşitlendiğinde ortada "bir" in, yani hâkim bir iradenin somutlaşması olarak kalır. Burada yapmak istediğimiz yasaları yok sayarak bir hukuk olgusu üretmek değildir. Amacımız sonsuz koşullarla belirlenen iradelerin hukukun sıfır noktasını teşkil etmediğini belirtmektir. Hâkim olan iradenin hukuku yarattığı tezi beraberinde hukukiliği dışlayan bir zorunluluklar dizisi içermektedir. Bu zorunluluklar kısaca aşkın irade, dünyevi irade, toplumsal sınıflara dayanan irade ve sosyallik olarak ortaya konulabilir. Ancak biz hukukun bir insan yaratımı olduğunu kabul etmekle birlikte hukukiliğin bir bilişsel devrimin sonucu olduğunu söylemekteyiz.

Sorun bu şekilde çözümlendiğinde olağanüstü hâl için egemen iradenin karar anı pek çok koşullandırmaya tabi tutulabilir. Bu koşullandırmanın en önemlisi ise hukukiliktir. Hukukilik olgusu hukukun yoksul tanımıyla bağtılanamaz. Hukuk otokratik bir eğilim taşır ancak hukukilik özgürlüğe açılan kapıdır; çünkü kökeni irade değildir. Hukuk geleneği klasik iradeci görüş içerisinde daha dar ve gerçek dışı bir yol izleyip köktenci bir pozitivizmi benimsedi. Bu kuramda yaratıcı irade her an değişebilmekte kendi yasası, yani hukuku ile kendisini bağlı görmemekte, hukuk ve hukukiliği özdeşleştirip hukuku ve yasayı içerisinde eritmektedir. Hobbes'tan Austin'e yapılmak istenen budur.

Bu savın temel çıkış noktası hukuku egemen iradenin bir türevi olarak görmektir.<sup>20</sup> Buna göre, modern şekliyle, hukuk siyasetin bir

<sup>20</sup> Modern devletin ayırt ediciliği nedir? Bu soru beraberinde pek çok sorunlar yumağını getirmektedir. Modern devlet şiddet tekeli ve tekilliği ile olağanüstü hali olağanlaştıran bir aygıt görevini görmektedir. Modern devlet ilkeyi, yani hukuku önce ötekileştirir daha sonra araçsallaştırır. Hukukun askıya alındığı bir hal olarak olağanüstü hâl kuramı modern devletin özünü teşkil eder. Potestas olarak

üretimidir. Bir dünyevi egemen irade onu meşrulaştıran bir olguya dayanarak ya da dayanmadan artık hukuku oluşturabilecektir. Gerçi siyaseti, yalnızca yönetenin iradesi ile değil, yönetilenlerin devreye girmesiyle oluşan güç ilişkilerine indirgeyenler de aynı kapıya çıkmaktadır. Buna göre de denge yönetilenler kaydıında, yani güç ilişkilerinin belirleyicisi yönetilenler olduğunda bu halde hukukun egemen iradeyi kuşattığı söylenebilir. Bunda bir doğruluk payı olmakla birlikte hukukiliğin bu güç ilişkilerini aştığına yönelik savımızın iktidarın belirlilik, sınırlılık, denetimlilik konforunu sağlamadığı da ortadadır. Sonuç olarak hukukilik, egemen irade veya güç ilişkilerindeki beliren hakimiyet alanının oluşumundan üretilen veya türetilen bir nedensellik bağına indirgenemez.

---

devletin nomosu olağanüstüyü olağanlaştırmaktır. Modern devlet ontolojik meşruiyetini buna göre kurgular. De facto olan de jure olana göre her zaman önceliklidir. Fiili olanın modern devletin meşruiyet temelini bu denli kuşatması, bir diğer iade ile modern devletin meşruiyet kategorisini kendisi üretmesi modern hukukun tam da karşısında konumlanmaktadır. Baştaki soruya dönersek fiili olanın yasa halini alması modern devletin ayırt edici özelliğini oluşturmaktadır. Bunda modern devletin en önemli kuramcılarında Schmitt'in rolü küçümsenemez. Dolayısıyla Schmitt'çi düşünce tarzında temel sorun şudur: modern devlet karşısında hukuk otonom bir olgu mudur? Bu sorunun cevabı Schmitt'in olağanüstü hâl kuramına ilişkin bize ipuçları vermektedir. Schmitt'in hukuk kuramına bakıldığında hukukun otonom bir olgu olduğuna ilişkin bir değerlendirmeye varmak mümkün değildir. Bunun temel nedeni Schmitt'in liberal hukukun egemenliğine karşı bir savaş açmasında yatmaktadır. Nitekim Schmitt hukuku kendine özgü bir olgu olarak görmemektedir; Ona göre hukuk devletin istediğince askıya alabildiği bir olgudur. Enes Güran, "Carl Schmitt: Olağanüstü Halde Hukuk", *Felsefe Arkivi*, S. 46, 2017/1, 21-40, s. 32. Öyle ki Schmitt Weimar Anayasasının temel haklara ilişkin bölümünü bir anayasa olarak görmemektedir. Zira Ona göre her anayasal norm bir anayasa esası içermez. Esas olan toplumun kendi yazgısını inşa sürecinde takındığı tavır ve aldığı karardır. Ece Göztepe, "Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt'in 'Anayasa Öğretisi'", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXXIII, S. 1, 2015, 129-180. Toplum anayasasının üreticisidir. Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, Çev. Jeffrey Seitzer, Duke University Press, London 2008, s. 77-78. Görüldüğü gibi bu ifadeler oldukça "milli irade" mistifikasyonu içermektedir. Schmittçi yaklaşımda olağanüstü hâl bir anlamda dünyanın durması demektir. Günlük olağan halin dışında bir atipik eylem ve düşün olgusudur. Ancak bu bir çelişkidir; zira modern devlet kendi içerisinde olağanüstü hali mümkün olduğunca olağanlaştırması özelliğini taşır. Hatta bu modern devletin ilkesi; yani hukuku boyutuna varmaktadır. Nitekim Schmitt'in olağanüstü halde ilkenin ve bunun türevi olan normun da durduğunu belirtmesi buna işaret etmektedir. Buna göre olağanüstü hâl kendi ilkesini ve bunun türevi normları oluşturur. Olağanüstü halde deyim yerindeyse bizim bildiğimiz anlamda uygulanabilecek norm yoktur; olağanüstü hâl kendi normunu üretir.

#### 4. Olağanüstü Halin Siyasal Olan ile İlişkisi: Türkiye Üzerine Bir Değerlendirme

Türkiye demokratik hukuk devleti yolunda çoğu zaman bir adım ileri iki adım geri atan bir pozisyondadır. Türkiye'deki çoğunlukçu demokrasi sorunu beraberinde hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı ve insan hakları sorunlarını da getirmektedir. Bu çerçevede denilebilir ki Türkiye'de liberal, çoğulcu bir demokrasi anlayışı egemen değildir.

Gerçekten de dünyada önde gelen demokrasi derecelendirme kuruluşu olan Freedom House'un yıllık ölçümlerine göre Türkiye şu ana kadar hiçbir yılda "hür" (free) kategorisinde yer almamış, hep "kısmen hür" (partially free) kategorisinde bulunmuştur. Freedom House, söz konusu bu ölçümleri siyasal haklar ve temel haklar olarak iki eksen üzerinden gerçekleştirmekte ve ülkelere her iki eksende 1 ile 7 arasında değişen puanlar vermektedir. Burada 1 rakamı en yüksek, 7 rakamı en düşük özgürlük düzeyini temsil etmektedir. Freedom House, 1 ile 2.5 arasında skoru olan ülkeleri "hür", 3 ile 5.5 arasında olan ülkeleri "kısmen hür", 5.5 ile 7 arasında skora sahip ülkeleri de "hür olmayan" ülkeler olarak sınıflandırmaktadır.<sup>21</sup>

Bu veriler ışığında Türkiye'nin 1997 yılı sonu itibari ile skoru, siyasal ve temel hakların ortalaması olarak 4.5'tir. Dolayısıyla Türkiye bu yılda kısmen hür kategorisinde yer almaktadır. Söz konusu skorlar 2001-2002 araştırmasında da aynı kalmıştır. 2002-2003 ölçümünde nispi bir iyileşme kaydedilmiş ve 4 skoru yakalanmıştır. 2006 verilerine göre skorlar, her iki eksende 3'e yükselmiş ve 2009 araştırmasında da aynı kalmıştır. 2014 yılında Türkiye 3 ve 4 skorlarını korumuş ancak gerilemeyi ifade eden "aşağı yönlü ok"la işaretlenmiştir. Freedom House'un "Demokrasiden Vazgeçme: Demir Yumruğa Dönüş" alt-başlıklı 2015 raporu, demokrasinin dünya genelindeki gerileşimine işaret etmekte ve Türkiye'nin dahil olduğu pek çok ülkeyi buna örnek göstermektedir.<sup>22</sup>

Raporda aynen şu ifadeler geçmektedir: "son zamanlarda otokratlar, fiili iktidar tekellerini muhafaza etmek amacıyla, daha modern ve nüanslı yöntemleri tercih ederek, bir taraftan da bir demokratik

<sup>21</sup> Ergun Özbudun, *Anayasalcılık ve Demokrasi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2015, s. 120.

<sup>22</sup> Özbudun, *Anayasalcılık ve Demokrasi*, s. 120-121.

plüralizm cilasını korumuşlar ve 20. yüzyılın totaliter rejimlerinin ve askeri diktatörlerin pratiklerinden kaçınmışlardı. Geçtiğimiz yılda ise, otoriter rejimlerin, Soğuk Savaş sonrası dünyada varlıklarını sürdürmelerine ve refah düzeylerini yükseltmelerine imkan vermiş olan demokrasi-benzeri kamuflajı terk etmeye başladıklarının işaretleri görülmüştür”.<sup>23</sup>

Burada önemli bir saptama olarak Türkiye “modern otoriterizm” kapsamında ele alınmış olmasıdır. Rapora göre modern otoriter stratejinin temel hedefi siyasal çoğulculuğu güçlendiren kurumların zapt edilmesidir. Hedef, yalnızca yasama ve yürütme organlarının değil, aynı zamanda medyaya, yargı organına, sivil topluma, ekonomiye ve güvenlik güçlerine hâkim olmaktır. Otoriter liderler kendi lehlerine seçim sonuçlarını sağlamayı halen zorunlu görmektedirler. Bu bağlamda bilgi akışını kontrol etmeye, sivil toplumu marjinalleştirmeye ve yargıyı etkin denetimleri altına almaya eşit derecede, hatta daha çok önem vermektedirler.<sup>24</sup>

Peki, tüm bu veriler ışığında Türkiye’nin günümüzdeki siyasal rejiminin görünüm biçimi nedir? İşte bu bağlamda raporun da ortaya koyduğu üzere modern otoriterizm kavramı kilit bir noktadadır. Buna göre, Levitsky ve Way’ın da ortaya koyduğu gibi, biçimsel demokratik kurumlar vardır ve iktidara gelmek için başlıca araçtır; ancak iktidar sahipleri bu rejimde devleti kötüye kullanabilmekte ve muhalifleri karşısında önemli avantajlar elde edebilmektedir. Bu rejimler, muhalefet partilerinin iktidar yarışında demokratik kurumları ciddi ölçüde kullanmaları bakımından yarışmacı olmakla beraber demokratik değildirler; zira yarışma alanı iktidar sahipleri lehine aşırı oranda eşitsizdir. Yarışma vardır burada; ancak adil değildir. Şüphesiz buradaki durum tam otoriter rejimlerdeki gibi de değildir; çünkü iktidar sahipleri bu rejimlerde rahatlarını bozmak zorunda kalırlar ve bu yarışta ter dökerler. Buradaki eşitsiz oyun alanının üç yönü söz konusudur: özellikle önem taşıyan kaynaklara, medyaya ve hukuka erişim. İktidar sahipleri muhalefetin yarışma direncini kırmak için kaynak eşitsizliklerini orta-

<sup>23</sup> Freedom House, “Freedom in the World 2015: Discarding democracy: Return to the Iron Fist”, [www.freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2015](http://www.freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2015), s. 1-2-5-13-26.

<sup>24</sup> Freedom House, “Freedom in the World 2014: The Democratic Leadership Gap”, [www.freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2014](http://www.freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2014), s. 3-14.



ya koyarlar. İktidar sahipleri, devleti, özel sektör finansmanına erişimi tekeline almak için de kullanabilmektedirler. Medyaya erişim de eşitsizlik içerir. Buna göre neredeyse tüm medya kontrol altına alınır. Nihayet yargıya erişim hususunda da iktidar sahipleri, yargı organını, seçim kurullarını ve diğer sözde bağımsız hakemlikleri kendi yandaşlarıyla doldurur.<sup>25</sup>

Çoğulcu demokrasiyi ve bu bağlamda insan haklarını da dışlayan yarışmacı otoriterizmin söylemleri farklı olabilmektedir. Kimi yerde ve zamanda “ulusal birlik”, “ulusal güvenlik”, “istikrar”, “kalkınmanın gerekleri” ön plana geçebilir.<sup>26</sup> Burada haklardan yararlanabilme rejime sadakat ile ancak mümkün olabilmektedir. Yargı organı itibar kaybına uğrar. Türkiye’de de bu bağlamda yargının ve medyanın bağımsızlığı ve tarafsızlığı oldukça zedelenmiştir. Yargı iktidarın hegomonyası altına girmiş ve medya iktidarın eylemleri ve söylemleri etrafında tekelleşmiş ve tekilleşmiştir.

## B. 1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlükler

### 1.1982 Anayasası’nda 12. madde Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Anlamı

Burada Anayasa’nın 12. maddesinin bir analizini gerçekleştirmek gerekir. Maddeye göre “Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.” Birinci fıkraya geçmeden hemen önce belirtelim ki ikinci fıkra Anayasada temel hak ve özgürlüklerin anlam derinliğini ortaya koymada elverişli bir hüküm içermektedir. Buna göre her ne kadar ikinci fıkra temel hak ve özgürlüklerin niteliğini ortaya koymasa da temel haklar ve özgürlüklerin kullanılmasında ve sınırlandırılmasında bir dizi zımni gerekçe öngörmektedir. Bu doğrultuda üretilebilecek sınırlandırma gerekçeleri ise Anayasanın hak ve özgürlük anlayışının daha başta alacakaranlıkta olduğunu göstermektedir.

<sup>25</sup> Steven Levitsky ve Lucan A. Way, *Competitive Authoritarianism: Hybrid Regimes After the Cold War*, Cambridge University Press, Cambridge 2010, s. 5-6, 15-28.

<sup>26</sup> Bkz. Bülent Tanör, *Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, BDS Yayınları, 3. Baskı, s. 292.

Fakat buna rağmen ilgili maddenin birinci fıkrası doğal hukuktan esinlenmekte<sup>27</sup>, esasında İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinden ilham alınmakta<sup>28</sup>, özgürlükçü bir yaklaşımı ortaya koymaktadır. Bu bağlamda söz konusu bu hükümde dikkati çekmesi gereken husus, sahip olunan hak ve özgürlüklerin yalnızca Anayasada belirlenen hak ve özgürlükler değil, genel olarak özgürlükler olduğudur. Yani Anayasanın bizatihi kendisi, özgürlüklerin Anayasada düzenlenenlerden ibaret olmadığını “herkesin... temel hak ve hürriyetlere sahip” olduğunu belirtmek suretiyle kabul etmiştir. <sup>29</sup> Bu durum da “özgürlük karinesi” ile de bütünüyle bir uyuşum içerisindedir.<sup>30</sup>

İlgili maddenin birinci fıkrasının çözümlenmesi geliştirilen parametreler ekseninde şu şekilde yapılabilir: a. “kişiliğe bağlılık”, b. “dokunulmazlık”, c. “devredilmezlik”, d. “vazgeçilmezlik”.

Kişiliğe bağlılık olgusunun çözümlenmesi kolaydır. Buna göre kişi herhangi bir işleme gerek olmaksızın, yalnızca sırf kişi olduğu için hak ve özgürlüklere sahip olmasını anlatır. Peki, anayasal olarak bu kişiliği kazanma anı nedir? İşte Anayasanın başlangıç kısmının altıncı fıkrası “doğuştan sahip olma”ya yollama yapmaktadır. Şu hâlde kişiliğin başlangıç anı doğumdur. Buna göre kişilik doğuştan itibaren kazanılmaktadır. Dolayısıyla herkes doğuştan temel hak ve özgürlüklere sahiptir. Dokunulmazlık ise bize göre kişiliğe bağlı temel haklara en temel koruma kalkanı vazifesini görmektedir. Fakat bu koruma kalkanı temel hak ve özgürlüklerin sınırsız olduğu anlamına da gelmemektedir. Zira kişi, birey-birey, birey-toplum ve birey-devlet bağlamlarında kimi hak ve özgürlüklere sahip olduğu kadar belirli bir ödev veya ödevler dizi-

<sup>27</sup> Mümtaz Soysal, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınevi, İstanbul 1987, s. 193.

<sup>28</sup> Ömer İzgi/Zafer Gören, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, TBMM Yayınları, Ankara 2002, s. 174.

<sup>29</sup> Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukuku, Ekin Yayınları, 1. Baskı, Bursa 2017, s. 283.

<sup>30</sup> Özgürlük karinesinden çıkan sonuçlar şunlardır: a. Yasaklanmamış her fiil serbesttir. b. İnsanın hürriyet sahibi olabilmesi için devletin ona hürriyet vermesine gerek yoktur. c. İnsanların sahip oldukları hürriyetler, onlara anayasa ve kanunlarla verilenlerden ibaret değildir. d. Kendiliğinden hürriyet olur; ancak kendiliğinden yasak olmaz. e. Hürriyetin değil, yasağın varlığı ispata muhtaçtır. f. Yasak, yasak koymaya yetkili makam tarafından usulüne uygun olarak ayrıca ve açıkça konulmuş olmalıdır (yorum yoluyla yasak üretilemez). g. Hürriyet geniş, yasak dar yorumlanır. h. “In Favorem Libertatis” ilkesi. Bunlar için bkz. Gözler, İnsan Hakları Hukuku, s. 146-149.

sini de yüklenmektedir. Aksi durumda mutlak dokunulmazlık kalkanı esasında hak ve özgürlükleri genişletmez; bunların yok olma tehlikesini anlatır.<sup>31</sup> Şu hâlde bu olgudan temel hak ve özgürlüklere sahip kişinin söz konusu bu hak ve özgürlüklerden mahrum bırakılmayacağını anlatmaktadır. Devredilmezlik olgusu ise kişinin sahip olduğu temel hak ve özgürlükleri bizatihi bile devredemeyeceğini belirlemektedir. Nitekim vazgeçilmezlik olgusu da devredilmezliğin bir tamamlayıcısı olarak kişinin kendisinin bile sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerden vazgeçemeyeceğini ortaya koymaktadır. Görüldüğü gibi bu olgularla hak ve özgürlükler alanı kişiye karşı bile korunmaktadır. O halde kişinin doğuştan sahip olduğu temel hak ve özgürlükler kişinin kendisi dahil, birey-toplum ve devletten korunmaktadır. Bu şekildeki bütüncü yaklaşım Anayasanın kişiye öngördüğü temel hak ve özgürlükler alanının tespit edilmesinde bize önemli veriler sunmaktadır. Hak ve özgürlükler bütünsel olduğu kadar yaşam pratiğinde geniş bir hacme sahiptir.

Ancak kanımızca 2017 Anayasa değişikliği bu hacmi daraltmıştır. Bunun da temel sebebi artık takıntı haline getirilen yürütme iradesinin güçlendirilmesi olgusudur. Bununla birlikte yürütme iradesinin güçlendirilmesi Soysal'ın da belirttiği gibi ille de özgürlüklerin sınırlandırılması anlamına gelmez. Özgürlükleri sınırlamadan da yürütmeyi güçlendirmek, hatta bu güçlendirmeyi özgürlüklerin genişletilmesi yönünde gerçekleştirip yürütmeyi özgürlükleri güçlendirici olanaklarla donatmak yolu pekala düşünülebilir.<sup>32</sup> Aksi haldeki bir tutum, yani yürütmeyi güçlendirirken, hatta yürütmeyi güçlendirmek için, aynı zamanda hakları ve özgürlükleri kısıtlamak, pek basit bir işlem, çözüm sayılmayacak kadar kolay bir tutumdur.<sup>33</sup> Ancak ne yazık ki 2017 Anayasa değişikliklerinde yürütme iradesi güçlendirilirken hak ve özgürlükler kısıtlanmış ve alanı daraltılmıştır. Bu Anayasa değişikliği hak ve özgürlükleri belirli sınırlar içerisine almış ve özellikle olağanüstü hâl rejimini geliştirilen mekanizmalar çerçevesinde oldukça katılaştırmıştır. Bu bağlamda da birey güçlü ve etkin iktidar karşısın-

<sup>31</sup> Gerhard Van der Schyff, *Limitation of Rights: A Study of the European Convention and the South African Bill of Rights*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen 2005, s. 22.

<sup>32</sup> Soysal, a.g.e., s. 196.

<sup>33</sup> Soysal, a.g.e., s. 196.

da hak ve özgürlükler bakımından cılız bir halde bırakılmıştır. Zira temel hak ve özgürlükleri sınırlama olanakları iktidar lehine genişletilmiştir.

## 2. Olağanüstü Halde Temel Hak ve Özgürlüklerin Alacakaranlığı

Yukarıda belirttiğimiz gibi kişi doğuştan temel hak ve özgürlüklere sahiptir. Ancak kişi kimi hallerde söz konusu bu hak ve özgürlüklerinden mahrum kalabilmektedir. Gerek kuramsal gerek pratik yönden gerçekten de anayasacılık anlayışı da bu yaklaşımı benimsemiştir. Nitekim Federal Almanya Anayasası'nın 18. maddesi "temel hakların yitirilmesi" başlığını taşımaktadır.<sup>34</sup> Bu durum esasında çağdaş çoğulcu demokrasilerde hakların korunması ile de yakından ilgilidir. Burada hak ve özgürlükler yönünden bir alan daraltılması amaçlanmamaktadır.

Fakat Türkiye'de olağanüstü hâl hukuki rejimi daha ziyade haklar için bir alacakaranlık kuşağı öngörmektedir. Bu bakımdan özellikle şiddet hareketleri nedeniyle olağanüstü hal ilanında, doğal afet ve

<sup>34</sup> Madde şu şekildedir: "Düşünceyi dışa vurma özgürlüğünü, özellikle basın özgürlüğünü (madde 5 fıkra 1), eğitim özgürlüğünü (madde 5 fıkra 3), toplanma özgürlüğünü (madde 8), örgütlenme özgürlüğünü (madde 9), mektup, posta ve telefon haberleşmelerinin gizliliğini (madde 10), mülkiyet (madde 14) veya sığınma hakkını (madde 16a) özgür demokratik temel düzene karşı kötüye kullanan kişi, bu temel haklarını yitirir. Hakkın yitirilmesine ve bunun kapsamına Federal Anayasa Mahkemesi tarafından karar verilir." Türkiye'de de benzer fakat daha ağır şartların olduğu bir düzenleme mevcut olmuştur. Nitekim 1982 Anayasası'nın oluşturulması safhasında Anayasa Komisyonu'nun Danışma Meclisine sunduğu taslakta 13. madde aynen şu şekilde düzenlenmiştir: "Bu Anayasa'da yer alan hak ve özgürlüklerden hiçbiri, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devleti'nin ce Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, temel hak ve özgürlükleri yok etmek, devletin bir kişi veya zümre tarafından yönetilmesini veya sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak veya dil, ırk, din ve mezhep ayrımı yaratmak ya da sair herhangi bir yoldan komünizme, faşizme veya dini temellere dayanan bir devlet düzenini kurmak amacıyla kullanılamaz; bu amaçla kullananlar, kötüye kullandıkları hak ve özgürlüğü kaybeder. Hak kaybı hükmü mahkemelerce verilir." Bkz. "04/08/1982 tarihli 120'nci Birleşim Tutanaklarına Ek Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı", *Danışma Meclisi Tutanak Dergisi*, S. 166, C. 7, s. 10. Fakat daha sonra bu madde revize edilmiş ve eleştirel kimi noktalardan temizlenmiştir. Bu bağlamda Kaboğlu'na göre askerlerin de rolü olmuştur. Öyle ki askerler sivillere göre daha çok hak ve özgürlüklere sahip çıkmıştır. İbrahim Ö. Kaboğlu, "Haktan Mahrumiyet Mümkün mü?", *BirGün*, 21/02/2008.

tehlikeli salgın hastalıklar nedeniyle olağanüstü hal ilanında alınacak önlemleri belirleyen olağanüstü Hal Kanunu'nun 9. maddesinde sayılan önlemlere ek olarak şu önlemler de alınabilmektedir:<sup>35</sup> Sokağa çıkmayı sınırlamak veya yasaklamak, belirli yer ve saatlerde kişilerin dolaşmalarını ve toplanmalarını, araçların seyirlerini yasaklamak; kişilerin üstünü, araçlarını, eşyalarını aratmak, bulunacak suç ve kanıt niteliğini taşıyan eşyalara el koymak; kimlik taşıma zorunluluğu getirmek; gazete, dergi, broşür, kitap vb. basılmasını yayımlanmasını, dağıtılmasını olağanüstü Hal Bölgesi dışında basılmış olanların bölgeye sokulmasını ve dağıtılmasını izne bağlamak, yasaklamak, yasaklananları toplamak; söz, yazı, resim, film, plak, ses ve görüntü bantlarını ve sesle yapılan her türlü yayını denetlemek, gerektiğinde sınırlamak veya yasaklamak; her türlü sahne oyunlarını ve gösterilen filmleri denetlemek, gerektiğinde durdurmak veya yasaklamak, ruhsatlı da olsa her türlü silah ve mermilerin taşınmasını ve naklini yasaklamak; her türlü tahrip maddelerini patlayıcı maddeler, yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı eczalar veya diğer her türlü zehirler, boğucu gazlar vb. maddelerin bulundurulmasını, hazırlanmasını veya naklini izne bağlamak, yasaklamak, yasaklananların hazırlanmasına ya da yapılmasına yarayan araçların teslimini istemek veya toplatmak; kamu düzenini veya kamu güvenliğini bozabileceği kanısını uyandıran kişi ve toplulukların bölgeye girişini yasaklamak, bölge dışına çıkarmak veya bölge içerisinde belirli yerlere girmesini veya yerleşmesini yasaklamak, bölgede güvenliklerinin sağlanması gerekli görülen tesis veya kuruluşların bulunduğu alanlara giriş ve çıkışı düzenlemek, sınırlamak veya yasaklamak; toplantı ve gösteri yürüyüşlerini yasaklamak, ertelemek, izne bağlamak, toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yapılacak yeri ve zamanı belirlemek, izne bağlanan toplantıları izletmek, gözetim altında tutmak veya gerekli görüldüğünde dağıtmak; dernek faaliyetlerini üç ayı geçmemek şartı ile durdurmak; grev ve lokavt kararlarının uygulanmasını en fazla bir aya kadar ertelemek; Genel Kurmay Başkanlığı aracılığı ile Hükümetin izni alınarak, ihtiyaca göre, Kara, Hava veya Deniz Kuvvetleri ile hedefi belirli sınır ötesi hareket planlayıp yürütmek.

<sup>35</sup> Sevtap Yokuş, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimine Etkisi, Beta Yayınları, İstanbul 1996, s. 88-89.

Dolayısıyla olağanüstü Hal Kanunu'nun, özellikle şiddet hareketleri nedeniyle<sup>36</sup> olağanüstü hal ilanında, genel güvenlik, kamu düzenini korumak, şiddet olaylarının yaygınlaşmasını önlemek amacıyla alınacak ek önlemlerin düzenlendiği 11. maddesinde; özel hayatın gizliliği (Anayasa m. 26), bilim ve sanat özgürlüğünü (Anayasa m. 27), basın özgürlüğünü (Anayasa m. 28), düzenleyen anayasal hükümleri, Olağanüstü Hal Kanunu'nun madde 11 (e), (f) ve (h) hükümleri ile yerleşme ve seyahat özgürlüğünün düzenlendiği Anayasanın 23. maddesi hükmü de Olağanüstü Hal Kanununun madde 11 (k) hüküm ile toplantı ve gösteri düzenleme hakkı (Anayasa m. 34), Olağanüstü Hal Kanunu madde 11 (m) ile, dernek kurma hakkı (Anayasa m. 33), Yasanın madde 11 (o) hükmü ile grev ve lokavt hakkı (Anayasa m. 54) Yasanın madde 11 (ö) hükmü ile durdurulabilmektedir.<sup>37</sup>

Görüldüğü gibi özellikle şiddet hareketleri nedeni ile ilan edilen olağanüstü halde alınabilecek önlemleri sayan Olağanüstü Hal Kanunu, tüm hak ve özgürlüklerin durdurulabilmesine olanak sağlayabilmektedir. Hak ve özgürlüklerin neredeyse tümünün ortadan kaldırılmasına neden olunmaktadır. Olağanüstü Hal Kanunu'nun yürürlükte bulunduğu hallerde, hak ve özgürlüklerin korunmasına yönelik tutulabilecek yegâne hüküm, en az korunmayı sağlayan, hak ve özgürlüklerin çekirdek alanına dokunma yasağını getiren Anayasa'nın 15. madde hükmüdür.<sup>38</sup> Şimdi 15. maddenin analizine geçelim.

### C. Bir Güvence Mekanizması: Anayasa'nın 15. maddesinin Bir Analizi

Anayasanın 15. maddesi "temel hak ve hürriyetlerin durdurulması" başlığıyla temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması veya durdurulması ile ilgili kural getirmektedir.<sup>39</sup> Maddeye göre "Savaş,

<sup>36</sup> Yokuş, a.g.e., s. 92.

<sup>37</sup> Fakat Anayasa'nın özellikle yukarıda incelediğimiz 12. maddesi esas itibarıyla anlamını olağanüstü halde de korumaktadır. Buna göre OHAL döneminde bir kararname ihdas edilerek OHAL'den sonra da geçerli olacak biçimde "kamu hizmetine girme hakkı", "örgütlenme hakkı", "eğitim özgürlüğü", "seçme ve seçilme hakkı", vb. haklardan kişi mahrum bırakılamaz, bu haklara dokunulamaz, bu haklar söz konusu bu yollarla devredilebilir ve vazgeçilebilir kılınmaz. Bu durum son yıllarda süregelen OHAL olgusu için de geçerlidir. Bkz. Levent Gönenc, "Acele Olağanüstü Hal", *Birikim*, S. 330, Ekim 2016, ss. 32-47.

<sup>38</sup> Yokuş, a.g.e., s. 89.

<sup>39</sup> Yılmaz Aliefendioğlu, "Anayasa Yargısı Açısından Olağanüstü Yönetim Usulleri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 87, 1992, 411-434, s. 415.

seferberlik (...) veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler (...) (1) dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez, suçluluğu mahkeme kararı ile saptanuncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.” Bu yönüyle madde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 15. maddesine benzer bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre olağanüstü yönetim usullerinin uygulanması durumlarında, temel hak ve özgürlükler maddede sayılı koşullarla kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı önlemler alınabilir.

Peki, olağanüstü hallerde devreye giren 15. maddenin uygulanmasında öngörülen temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamanın sınırları nelerdir? 15. madde yürütmeye, savaş, seferberlik ve olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlüklerin kısmen veya tamamen durdurulması veya bunlar için Anayasa’da öngörülen güvencelere aykırı önlemler alınması yetkisini verirken, sınırlamanın sınırını da kendi içerisinde getirmektedir.<sup>40</sup> Şu hâlde sınırlamanın sınırları olarak geliştirilen parametreler şunlardır:

1. Uluslararası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmeyecektir: Uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerin esası uluslararası hukukun genel prensipleridir.<sup>41</sup> Bununla birlikte Türkiye’nin taraf olduğu sözleşmeler de buna dahildir. Bu bağlamda örneğin İnsan

<sup>40</sup> Aliefendioğlu, a.g.e., s. 417.

<sup>41</sup> Anayasa Mahkemesi de bu doğrultuda aynen şunu demektedir: “Anayasa’nın 15’inci maddesinin birinci fıkrasına göre, olağanüstü yönetimlerde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulması veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı önlemler alınabilmesi, bunların milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerle aykırı olmaması koşulu ile olanaklıdır. Milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerin içine öncelikle milletlerarası hukukun genel ilkeleri, sonra da Devletin taraf olduğu sözleşmelerden doğan yükümlülüklerin girdiği kabul edilmektedir. Şu durumda olağanüstü yönetimlerde kişi hak ve özgürlüklerine getirilebilecek sınırlandırmaların önce milletlerarası hukukun genel ilkelere, sonra da Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu sözleşmelere aykırı aykırı olmaması gerekir.” E. 1990/25, K. 1991/1, K.T. 10.01.1991.

Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi<sup>42</sup>, AGİK süreci içerisinde kabul edilen ilkeler, İLO sözleşmelerinden doğan yükümlülükler ve diğerleri bu kapsam içerisinde. Görüldüğü gibi uluslararası hukuktan doğan yükümlülükler kavramı, uluslararası hukukun genel ilkelerini kapsadığı gibi, taraf olunan diğer uluslararası sözleşmelere de uygun davranılması yükümlülüğünü de içermektedir. Bu nedenle de hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında taraf olunan diğer sözleşmelere aykırılık doğup doğmayacağı dikkate alınmalıdır. Şu hâlde OHAL Kanunu ile hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalar sözleşmelerden doğan yükümlülükleri ihlal etmemesi gerekir.

2. Getirilen sınırlama durumun gerektirdiği ölçüde olmalıdır: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. maddesi olağanüstü halde durumun gerektirdiği ölçüde sözleşmede kabul edilen yükümlülükler aykırı tedbir alınmasını öngörmektedir. Ulusal hukuk açısından baktığımızda ise Anayasa'nın olağanüstü hâl rejimini düzenleyen 121/2 maddesinin göndermede bulunduğu 15. madde hükmü esas alınmaktadır ve buna göre hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması durumun gerektirdiği ölçüde olmalıdır. Ölçülülük ilkesi de elverişlilik, gereklilik ve oranlılık ilkelerini içermektedir.<sup>43</sup>

Elverişlilik ilkesi, sınırlamada başvuru aracının, sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını ifade etmektedir. <sup>44</sup> Şu halde buradaki tedbir istenen sonuca bir katkı sunmalıdır.<sup>45</sup> Daha baştan öngörülen tedbirin hedeflenen amacın gerçekleşmesine bir katkıda bulunamayacağı anlaşılıyorsa, düzenlemenin elverişlilik ilkesi, dolayısıyla da ölçülülük ilkesine ve nihai olarak da Anayasa'nın 13. maddesine

<sup>42</sup> 15'inci maddenin 3'üncü fıkrasına göre; "Yükümlülüklerini azaltma yetkisi kullanan bir Sözleşmeci Taraf Devlet, aldığı önlemler ve bunların sebepleri hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreterini ayrıntılı olarak bilgilendirir. Sözleşmeci Taraf ayrıca, bu önlemlerin kullanılmasının ne zaman sona ereceği ve Sözleşme hükümlerinin ne zaman yeniden tamamıyla uygulanacağı konusunda Genel Sekreteri bilgilendirir."

<sup>43</sup> 15 Temmuz 2016 darbe teşebbüsünden sonra 20 Temmuz 2016 tarih ve 2016/9064 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla ilan edilen olağanüstü halden sonra çıkartılan 667 ve 676 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelerle gerçekleştirilen birçok temel hak ve özgürlüklerin sınırlamasının, söz konusu olağanüstü halin ilan edilme amacıyla bir ilgisinin olmadığı, bu sınırlamaların söz konusu amaca elverişli olmadığı, zira bu amacın gerçekleşmesine katkıda bulunmayacakları oldukça açıktır. Bu bağlamda örnekler için bkz. Gözler, İnsan Hakları Hukuku, s. 426-428.

<sup>44</sup> Gözler, İnsan Hakları Hukuku, s. 371.

<sup>45</sup> Fazıl Sağlam, Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması ve Özü, s. 114.



aykırı olduğu söylenebilir.<sup>46</sup> Gereklilik ilkesini ise Sağlam bu şekilde ortaya koymaktadır: “Bu ilke, sınırlamanın dayandığı amacı gerçekleştirmek için ilgili temel hak açısından en yumuşak aracın seçilmesi gerektiğine işaret etmektedir... Bu seçim, amaca ulaşmak için aynı derecede etkili olan araçlar arasından yapılmalıdır. Başka bir deyişle temel hakkı sınırlama derecesi bakımından karşılaştırılacak olan yasal önlemler güdülen amacı gerçekleştirmeye aynı yoğunlukta elverişli olmalıdır. Eğer bu nitelikte çeşitli araçlar söz konusuysa, bunlardan temel hakkı en az sınırlayanın yasa koyucu tarafından seçilmiş olması gerekir. Aksi takdirde yapılacak sınırlandırma Anayasaya aykırı olur”.<sup>47</sup> Keza oranlılık ilkesine göre de sınırlandırılmayla ulaşılmak istenen amaç ile sınırlandırmada başvuru olan araç ölçsüz bir oran içerisinde bulunmamalıdır.<sup>48</sup> Nitekim Türk Anayasa Mahkemesi de oranlılık ilkesini ifade etmek için genellikle “adaletli ve kabul edilebilir bir denge”, “makul bir denge”, “hakkaniyetli bir denge”, “amaçla araç arasındaki makul ölçü” gibi parametreler kullanmaktadır.<sup>49</sup>

3. İkinci fıkrada sayılan çekirdek haklara dokunulmamalıdır: Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrası, temel hak ve özgürlüklerin durdurmasına veya bunlara yönelik Anayasada öngörülen güvencelelere aykırı tedbirler alınmasına istisna alanı açmıştır. Bu istisna alanı için “sert çekirdek haklar” kategorisi de denilmektedir.<sup>50</sup> Bunlar şu şekilde sayılabilir:<sup>51</sup>

<sup>46</sup> Gözler, İnsan Hakları Hukuku, s. 371.

<sup>47</sup> Sağlam, a.g.e., s. 115.

<sup>48</sup> Sağlam, a.g.e., s. 116.

<sup>49</sup> Gözler, İnsan Hakları Hukuku, s. 373. Anayasa Mahkemesi bir kararında şunu demektedir: “Ölçülük ilkesi gereğince, getirilen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin bulunması gerekmektedir. Orantılılık olarak ifade edilen ölçülülüğün bu alt ilkesi, amaca ulaşmak için gerekli olan önlemin alınmasına imkân tanımakta, ancak amaca ulaşmak için gerekli olmayan önlemlere başvurulmasına ve ilgil hakkın ölçsüz bir şekilde sınırlandırılmasına müsaade etmemektedir. Demokratik bir toplumda, temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olmaması gerekir. Orantılılık ilkesi, meşru bir amaca ulaşmak için gerekli olan sınırlayıcı araçlardan daha hafif olanı tercih edebileceksen daha ağır olanına başvurulmasına izin vermez”. E. 2015/96, K. 2016/9, K.T. 10.02.2016.

<sup>50</sup> Ayrıca bkz. Kemal Gözler, “Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukukî Rejimi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 47, S. 4, Ağustos 1990, s.561-590.

<sup>51</sup> “Bunlardan ilk iki hak için Anayasa, istisnanın istisnasını düzenlemiş ve “savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler”i bu güvencenin dışında

- a. Yaşam hakkı,
- b. Maddî ve manevî varlığının bütünlük hakkı,
- c. Din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanma ve bunlardan dolayı suçlanmama hakkı,
- d. Suç ve cezaların geçmişe yürütmesi yasağından faydalanma hakkı,
- e. Suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar suçlu sayılma hakkı.<sup>52</sup>

Bununla birlikte sert çekirdek haklarla içerikli istisnai alanın içerisine Anayasa'nın 2. maddesinde sayılan ilkeler de dahil edilmelidir.<sup>53</sup> Bu bağlamda Anayasa'nın 2'nci maddesinde toplanan bu ilkelerden;

---

lutmuştur. Burada geçen "savaş hukuku" kavramının, "saldırı savaşı yasağı" ve/veya "barış hakkı" ile beraber algılanması ve irredentist savaş politikalarının buna dahil olmadığını söylenebilir. Nitekim, Başlangıç'ta yer alan "yurtta sulh cihanda sulh" mottosu ve 92'nci maddede savaş ilanının "Milletlerarası hukukun meşrû saydığı haller" ile asker kabul ve gönderiminin ise "Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anlaşmaların veya milletlerarası nezaket kurallarının gerektirdiği haller" ile kayıtlanması, böyle bir yoruma izin vermektedir. Öte yandan üçüncü hak, bazı çalışmalarda "din, vicdan, düşünce ve kanaat özgürlüğü" şeklinde algılsa da, bu fıkra yönünden söz konusu hakların tamamına değil, bu hakların sadece "zorlanma yasağı" ve "suçlanmama hakkı" boyutuna güvence tanındığının altını çizmek gerekir. Dördüncü hak yönünden "suç" ve "ceza" kavramlarının, İHAM'ın bunları yorumlama biçimi doğrultusunda, idari suç ve cezaları dışlayarak sadece dar anlamda ceza hukuku bağlamında bir anlam taşıyıp taşımadığı net değildir. Bununla birlikte, AYM'nin bu kavramlara geniş bir anlam veriyor olması karşısında, söz konusu hükmün, daha geniş olarak, idari suç ve cezaları da kapsıyor şekilde anlaşılması gerekir. Son olarak, altıncı hak, bazı çalışmalarda genel olarak "masumiyet karanesi" şeklinde kavranıyor olsa da, maddede "mahkeme kararına" gönderme yapılıyor olması, özel bir anlamla yorumlanmalıdır. İlgili hüküm, kişilerin mahkeme kararı olmadan suçlu kılınamayacağını söylemekte, diğer yandan da aslında suç ve cezalarla bağlantılı olarak genel bir idari başvuru yolunun ötesinde mahkemeye erişim hakkına yönelik bir güvence getirmektedir. Bu bakımdan örneğin bir OHAL KHK'sinin bir kişiyi suçlu gibi "damgalaması" durumunda, kişilerin bu OHAL KHK'sine karşı bir "mahkemeye" (tribunal değil court) başvuru hakkı bulunmaktadır. Bu bakımdan son hak, suç belirlemele-ri yönünden OHAL KHK'lerinin yargısal denetimi konusunda özel hüküm (lex specialis) niteliği taşımaktadır. Bunların dışında Anayasa'nın bütünlüğü ilkesi gereği, Anayasa'nın diğer maddelerinin ve Anayasa'nın 15'inci maddesinin 1'inci fıkrasının yaptığı gönderme uyarınca diğer uluslararası sözleşmelerin de dikkate alınması gerekmektedir. Bu konuya bir alt başlıkta dönülecektir." Bkz. Tolga Şirin, s. 18-19.

<sup>52</sup> Bu konuda detaylı bir çalışma için bkz. Metin Feyzioğlu, "Suçsuzluk Karanesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 48, S. 1, 1999, s. 135-163.

<sup>53</sup> Aynı yönde bkz. Şirin, a.g.e., s. 19-20.

demokrasi ilkesi serbest seçim hakkı ile, laiklik ilkesi din özgürlüğü ile, sosyal devlet ilkesi sosyal haklar ile, hukuk devleti ilkesi adil yargılanma hakkı ile ilgisi bulunmaktadır; öyle ki bu ilkeler, burada sayılan haklardan çok daha fazlası için “Anayasa’da öngörülen güvence” niteliğindedir. Bu bakımdan konuya lafzî yorumla yaklaşıldığında, OHAL döneminde bu ilkelere aykırı tedbirlerin de alınabileceği sonucuna ulaşılabilecektir. Ancak bu tür bir sonuç, Anayasa’nın özü, OHAL rejiminin anlamı ve Anayasa’nın 4’üncü maddesinin amacı ile uyumsuz olacaktır. Nitekim Anayasa’nın 4’üncü maddesinin “bu maddelerdeki ilkeler değiştirilemez, değiştirilmesi teklif dahi edilemez” düzeyinde netlikle ifade etmesi karşısında, OHAL sürecinde de ilkelerin içeriğinin boşaltılamayacağı rahatlıkla savunulabilir.<sup>54</sup>

<sup>54</sup> Şirin, a.g.e., s. 19-20. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bu doğrultuda aynen şu ifadeleri kullanmıştır: “Anayasa’nın 125. maddesinin 7. fıkrası olağanüstü yönetimlerde yasanın, yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlandırabileceğini belirtmektedir. Bu hükmün karşıt anlamı, olağanüstü yönetim usullerinde bile iptal davası açılması yolunun yasa ile olsa dahi engellenemeyeceğidir. Olağanüstü hâl bir keyfilik ve denetimsizlik yönetimi değildir. Olağanüstü yönetimlerde, yetkili organların tesis ettikleri bireysel ve düzenleyici işlemlerin idari yargı denetimine tabi tutulması özgürlükçü ve demokratik düzenin bir gereğidir. Dava konusu hüküm yargı yolunu kapatmaya ilişkindir. Bu hüküm, Anayasa’nın hukuk devletini belirleyen 2. maddesine ve idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunu açan 125. maddesine aykırıdır. Çünkü, kamu düzeninin korunmasına ve şiddet eylemlerinin önlenmesine yardımcı olacak bir yönü bulunmamaktadır. Bu nedenle ölçü kuralı, elverişlilik ilkesiyle çelişmekte ve dolayısıyla da Anayasa’ya aykırılık taşımaktadır.” E. 2003/28, K. 2003/42, K.T. 22.05.2003. Öte yandan Anayasada çeşitli maddelerde “her ne (...) olursa olsun” kayıtları ve mutlak dille kaleme alınmış olanlar bakımından olağanüstü halde de bunların sert çekirdek haklar alanına dahil olduğunu belirtmek gerekir. Bunlar örnek olarak şunlar gösterilebilir: (Bu bağlamda detaylı bir çalışma için bkz. Şirin a.g.e., s. 20-25)  
19’uncü maddenin 8’inci fıkrasına göre; “Her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir.”  
24’üncü maddenin 5’inci fıkrasına göre; “Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukukî temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasi veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz.”  
25’inci maddenin 2’nci fıkrasına göre; “Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.”  
42’nci maddenin 8’inci fıkrasına göre; “Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukukî temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasi veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve

Öte yandan olağanüstü hâl rejiminin temel mantığı, “özgürlükçü anayasal düzeni” korumaktır. Nitekim Şirin bu doğrultuda bizim de katıldığımız şu değerlendirmede bulunmaktadır: *“Anayasal düzenin, anayasal düzenin özünü tahrip ederek korunması, bu rejimin mantığı ile de uyumlu olmayacaktır. Dolayısıyla 15’inci maddedeki ölçülülük ilkesi yönünden, temel hakları durdurma veya güvencelere aykırı tedbir alma pratiğinin gidebileceği en ileri sınırın bu ilkelerin sert çekirdeği olduğu söylenebilir. Hatta herhangi bir hak yönünden bu ilkelerin içeriğini boşaltacak ve bu bağlamda haklılaştırılmayacak bir müdahale yapılamaz. Zira; bu ilkeler, esasen bütün insan haklarının arka planında yer alan “insan onuru”nu güvence altına almak için vardır. Karşılaştırmalı anayasa hukukunda da sıklıkla kabul edildiği gibi, Anayasa’nın bütün maddelerinin, insan onuruna üstün bir değer verilerek yorumlanması gerekir. Bu gereklilik, Anayasa kavramına içkin bir gerçektir. Dolayısıyla “insan onuru”nun korunmasının sütunlarını oluşturan bu ilkelerin de temel hakların sert çekirdeği belirlemesinde dikkate alınması gerekmektedir. Nitekim, BM İnsan Hakları Komitesi’nin “Yükümlülük Azaltma” konusunun düzenlendiği 4’ncü maddeye ilişkin 2001 tarihli 29 no.lu Genel Yorum’da insan onurunun OHAL döneminde dahi vazgeçilemez niteliğinin altını çizilmesi bunu doğrulamaktadır.”<sup>55</sup>*

#### D. Genel Çıkarım

Modern toplumda devletin bireye yönelik yaklaşımı “bekçi” usulünden “bahçıvan” usulüne evrilmiştir. Devlet, toplumsal düzenin devamlılığını (yani insan hareketinin belli parametreler içinde tutulmasını ve insan davranışının bu parametreler içinde tahmin edilmesi-

kötüye kullanamaz.”

130’uncu maddesinin 7’nci fıkrasına göre; “Üniversite yönetim ve denetim organları ile öğretim elemanları; Yükseköğretim Kurulunun veya üniversitelerin yetkili organlarının dışında kalan makamlarca her ne suretle olursa olsun görevlerinden uzaklaştırılmazlar.”

Ayrıca şu maddelere de dikkat çekmek gerekir:

Angarya yasağı (md. 18/1),

Yurttaşlarını sınır dışı edilmesi yasağı ve yurda girme hakkı (md. 23/son),

İbadete, dini ayin ve törenlere zorlanmama hakkı (md. 24/3),

Basına sansür, izin ve teminat yatırma şartı yasağı (md. 28/1)

Dernek/toplantı/gösterilerin izne tabi tutulması yasağı (md. 33 ve 34).

Yaşına/cinsiyetine/gücüne göre çalıştırılma hakkı (md. 50/1)

Yurttaşlıktan çıkartma kararına karşı yargı yolunun kapatılmaması (md. 66/son)

<sup>55</sup> Şirin, a.g.e., s. 20.

ni) gündemde tutulacak, üstüne düşünülecek, tartışılacak, ilgi gösterilecek ve çözülecek bir sorun olarak görür. Modern toplum güvenliği sağlamak için bilinçli önlemler alınmasını gerekli görür. Söz konusu bu önlemler her şeyden önce insan davranışının yönlendirilmesi ve kontrol edilmesi yani toplumsal kontrol anlamına gelir. Zira ancak bu şekilde insan, yapılmasını istenmeyen şeyleri yapmaktan alıkoynulabilir ve yapılması istenen şeyleri yapabilir. Bu bağlamda insanın şans verildiğinde toplumsal düzenin sürdürülmesinin aksine davranacaklarına yönelik inanmak için yeterli neden varsa, devletin amacı bunu engellemektir.<sup>56</sup> Devlet bu telosu ile ayakta duracağına inanır çünkü.

Esasında toplumsal düzenden kasıt burada devletin oluşturduğu özellikle siyasal yaşam rejimidir. Yaşam rejimi diyoruz çünkü modern devlet tekil değil fakat kümülatif bir anlam dünyasını birey için kurular. Onun beklediği toplumun topyekün bu şekilde bir düşün ve eylem yeteneğine sahip olmasıdır. Bu bakımdan modern devletin toplum için öngördüğü daimî bir "ponoptikon" halidir.

Bir tür kontrol makinesi olan ponoptikon hali devletin "mahkumları", yalnızca kapatılışlarının hizmet etmesi gereken amaçla, yani bekleneceği üzere onları oraya koyanların niyeti ile tanımlanır. İşte birey modern devlet için güvenli gözetimin, bir yere kapatma, yalnızlık, zorla çalıştırma ve bilgilendirmenin nesnelidir. Koşulların ardındaki niyet ise onları olmadıkları ve olma iradesi göstermedikleri şeylere dönüştürmektir.<sup>57</sup> Üstelik buradaki devletçe kontrol ve denetim toplumsal kimliğe göre değişkenlik de gösterebilmektedir. Hedef ise aynıdır: modern devleti tüm benliği ile bireysel ve toplumsal ontolojiye yerleştirmek. Denetçinin, burada devletin, temel amacı gözetim altında tutulanların davranışlarını tanımlamak, yönlendirmek ve denetlemektir.

İşte burada modern devletin olağanüstü hâl ile kast ettiği kümülatif bir biçimde modern insan için bir ponoptikon hazırlamaktır. Fakat ilginçtir olağanüstü halde devlet modern bireyin yalnızca eylemleri ile değil aynı zamanda düşünceleriyle de ilgilenir. Devlet olağanüstü hal-

<sup>56</sup> Zygmunt Bauman, Özgürlük, Ayrıntı Yayınları, Çev. Kübra Eren, 3. Baskı, İstanbul 2018, s. 19.

<sup>57</sup> Bauman, Özgürlük, s. 20-21.

de niyeti sorgular. Emirler meşru görülmeli ve bu içselleştirilmelidir. Olağanüstü halde ideolojik hakimiyet, kültürel hegemonyanın öznesi devlettir. Beyin yıkama ile akli devre dışı bırakmak ve toplumu ruhani itaate eriştirmek temel amacdır olağanüstü halin. Devlet böylece görevi rutin işlemleri uygulamak olan kitleyi üretir ve kolay ulaşılabilir insan kaynağı bulur.

Olağanüstü hâl yalın bir olgudur; özünde ise yasaklama tekniği bulunur. Teknik bir nesne ile, kuvvet kullanma ile, hukuk dışında ve hukukun üstünde bir kültür ortaya koyar ve bunu insana dayatır. Aslında bu fiili olanda devlet hukukunun bütün ruhu mevcuttur. Olağanüstü hâl bu yönüyle birey için çerçevesi belirsiz, graf bir olgu olsa da devlet için her şey kontrol altındadır. Fiili olanı hukuka önceleyen olağanüstü hâl tekniği determinist bir yazgı haline getirir. Kısacası olağanüstü hâl artık hiçbir muhalefetin olmadığı ancak statükonun korunması için boyun eğmeye uygun daha yüksek bir iktidarın icrasındır.

### Sonuç

Modern devletin çelişkisi iktidar kaynağının ilahi alandan ayrımlanmasına rağmen bu sefer kendisini kurgusal ancak yeryüzünün meta ötesi bir bütünü olarak görme yanılgısıdır. Devlete olgusunun derinlik kazanması ve hukuk ötesi bir varlık, bir dünya tını olarak belirtilmesi bu yanılgısının sonucudur.<sup>58</sup> Bu durum modern devletin var oluş sürecindeki anayasallaşmaya, yani demokratik bir hukuk devletine evrilmesine yönelik olarak geliştirilen arkaik bir bilinç yansıması ve direnç noktasıdır. Ancak bu tür bir iktidar metamorfozuyla adeta bir yeryüzü hayaletine dönüşen modern devlete karşı hak ve özgürlük bilinci ve yeryüzünden gökyüzüne doğru ideal bir yönetime varma tırmanışı devam etmektedir. Bireyin iktidar ve modern zamanlardaki bir tür başkalaşımı ile beliren devlet ile ilişkisi oldukça ilgi çekici ve heyecan verici sürece tanıklık etmektedir.

<sup>58</sup> Abrams'a göre devlet "siyasi uygulamaların maskesinin ardındaki gerçeklik değildir; devletin kendisi siyasi uygulamaların olduğu gibi görülmesini önleyen bir maskedir. Devlet [...] mantıksızlıktaki mantık, amaçsız koşulların amacı, vatandaşların afyonudur". Philip Abrams, "Notes on the Difficulty of Studying the State", *Journal of Historical Sociology*, C. 1, S. 1, 1988, s. 82.

Hıristiyan düşüncesinde bireyin “Tanrının küçük bir modeli”<sup>59</sup> olarak görülmesinin belki de bir yansıması olarak kutsallaştırılan iktidar karşısında bireyin bu kez modern devletin bir türevi ve onun küçük bir modeli olarak şartlandırılması hak ve özgürlük bilincinin gelişim serüveninin vardığı alanda sorgulanması olağan karşılanmalıdır. Bu sorgulama sürecinde öncelikle aşılması gereken iki aşama bulunmaktadır. İlk olarak iktidarın kaynağının ilahi alandan bütünüyle ayrımlanması ve reel düzlemde hukuki bir yaklaşım üzerinde temellendirilmesi gerekir. Böylece iktidarın meta ötesi bir olgu olmadığı ve dolayısıyla yönetimin dünyevi bir tasarım olduğu sonucuna ulaşılır. Dolayısıyla modern devlet kurgusal bir mekanizma, siyasi iktidar bu mekanizmanın işleyişine ilişkin hukuki bir olgudur. Aksi takdirde devlet-iktidar hukukla sınırlandırılrsa bile devletin küçük modelleri olarak bireylerin anlam dünyalarını hukuk kültürü doldurmak mümkün olmaz.

Öte yandan devlet ve iktidar pratiği olağan hal için mi tasarlanmıştır yoksa olağanüstü hal için mi? Olağanüstü hâl olgusunun rasyonelitesini olağan hal üzerine kurguladığımızda başka olağanüstü hâl üzerine kurguladığımızda başka ontolojik dayanak ve pratik sergilenir. Modern devlet şiddet tekeli ve tekilliği üzerine kurulmuştur. Machiavelli’den Hobbes’a modern devletin kurucuları devlet ve iktidar pratiğini olağanüstü hâl üzerine tasarlamışlardır. Ancak demokratik hukuk devleti olgusu tam da bu yaklaşımın karşısında konumlanmaktadır. Demokratik hukuk devleti olağan hal üzerine kurulmuştur; olağan hal asıl olağanüstü hal istisnadır. Öyle ki; olağanüstü hâl de demokratik hukuk devletinde demokrasiyi ve hukuk devletini koruyucu ve geliştirici şekilde uygulanır.

Yönetim iradesinin iktidar olgusu ile iletişim ve etkileşimini çözümlmek doğrultusunda en açıklayıcı olgu olağanüstü haldir. Olağanüstü hâl demokratik hukuk devletine varma tırmanışında iktidarı bekleyen en gerçekçi olgudur. Bu bağlamda iktidar olgusu olağanüstü halin kendisi olarak somutlaşmaktadır. Dolayısıyla iktidar bir anlamda kriz hali ile yönetim faaliyeti demektir. Totaliter bir yönü olan ola-

<sup>59</sup> Ayferi Göze, “Hıristiyan Düşüncesinde ve Thomas Aquino’da Siyasi İktidar Karşısında Ferdin Durumu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 32, S. 2-4, 1966, s. 684.

ğanüstü hâl toplumsal, siyasal ve hukuksal boyutları olan ve toplumu kendisiyle koşullandıran bir olgudur. Bu bağlamda olağanüstü hâl üç engelleyici dinamik etrafında şekillenmektedir.

Birincisi iktidarın hukuk devletine mesafeli yaklaşımıdır. İradeci bir saf halin yansıması olan iktidar olgusu hukuk devletinin araçlarını yok saymaktadır. İktidarın hukuka ilişkin temel çıkış noktası hukuku iradenin bir türevi olarak görmesidir. Bu durum hukukun evrensel olan ile bağını koparmaktadır. Hukukun kökeni iradeye indirildiğinde hukuk bir yandan ontolojik meşruiyetini yitirmekte diğer yandan da hukukun epistemoloji pratiği engellenmektedir. Burada “hukukun sıfır noktası”<sup>60</sup> iktidara ve bunun iradeci yaklaşımına indirildiğinde hukukun katmanları birer birer işlevsizleştirilmektedir.

Öte yandan iktidar olgusuna ilişkin beliren bir diğer kriz hali noktası demokrasi ve özellikle de çoğulcu demokrasi konusunda ortaya çıkan çelişki ve hatta çatışkıdır. Demokrasi modern anlamıyla siyasi partiler demokrasisidir. Buradaki çoğulculuk bir tür polarizasyon karşıtlığı anlamına geldiği gibi kendi içerisinde bir rölativite içermektedir. Halbuki iktidar bu anlamda da bunun tersine tekil ve tekel bir siyasal ve hukuksal zemin ortamını hedeflemektedir. Bu tekellik ve tekellik ilkel düzeyde bir siyasal ve hukuksal kavrayışa yol açmaktadır.

Nihai olarak iktidarın üçüncü kriz alanı denetim sorunudur. Denetim kendi içerisinde belirlenebilirlik, sınırlandırılabilirlik içerir. Denetim bir tür özne nesne ilişkisi veya yine bu doğrultuda *primus inter pares* olgusunu gerektirir. Demokratik hukuk devletinin özü bu bağlamda denetimde ortaya çıkmaktadır. Sınırlı iktidarı ve bu sınırlı ortamda insan hak ve özgürlüklerini koruyup geliştirmeyi amaçlayan anayasacılığın da özü yine bu anlamda denetimdir. İşte iktidar olgusu bu noktada da bir kriz alanı yaratmaktadır. Zira iktidar için denetim söz konusu olmamalıdır.

Olağanüstü halin, burada gerek iktidarın yarattığı gerek halihazırda var olan krizin hukuk içerisinde ve hukukla aşılabileceğine inanmaktayım. Hukukun içerisinde ve hukukla yaşanılması gerekir.<sup>61</sup>

<sup>60</sup> Bu kavram için Cemal Bali Akal’a teşekkür ederim. Önemli çalışması için bkz. Cemal Bali Akal, *Hukuk Nedir?* Dost Yayınevi, Ankara 2017, özellikle s. 59-65.

<sup>61</sup> Hukukun içerisinde ve hukukla yaşama için bkz. Ronald Dworkin, *Law’s Empire*, Harvard University Press, Cambridge 1986.



Bu özellikle siyasal rejimler için zorunludur. Zira hukuk içerisinde ve hukukla yaşamak beraberinde belirlenebilirliği, öngörülebilirliği ve sınırlanabilirliği getirir. Aksi takdirde denge ve denetimin sağlanması mümkün değildir. Sonuç olarak iktidara ilişkin diğer pek çok sorun gibi iktidar olgusunun da ancak hukukun içerisinde ve hukukla çözümlenebildiğini belirtmek gerekir.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Akal Cemal Bali, Hukuk Nedir? Dost Yayınları, Ankara 2017.
- Aolain Fionnuala Ni, "Transitional Emergency Jurisprudence: Derogation and Transition". içinde Transitional Emergency Jurisprudence and the European Convention on Human Rights, Ed. Antonie Buyse ve Michael Hamilton, Cambridge University Press, Cambridge 2011.
- Bauman Zygmunt, Özgürlük, Ayrıntı Yayınları, Çev. Kübra Eren, 3. Baskı, İstanbul 2018.
- Daver Bülent, İcra Organının İstisnai Yetkileri Bakımından Fevkalade Hâl Rejimleri, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1961.
- Dworkin Ronald, Law's Empire, Cambridge: Harvard University Press, Cambridge 1986.
- Esen Selin, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimi, Adalet Yayınevi, Birinci Baskı, Ankara 2008.
- Flinerman Cees, "Derogation From the Rights and Freedoms in Case of a Public Emergency". içinde Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Ed. Pieter van Dijk/Fried van Hoof/Arjen van Rijn/Leo Zwaak, Intersentia, Fourth Edition, 2005.
- Gemalmaz Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları, BDS Yayınları, İstanbul 1991.
- Gören Zafer, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.
- Gözler Kemal, İnsan Hakları Hukuku, Ekin Yayınları, 1. Baskı, Bursa 2017.
- Gözler Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Yayınevi, 22. Baskı, Bursa 2018.
- Klein Eckart, "Devletin Şiddet Tekeli". Çev. Ali Emrah Bozbayındır, içinde Anayasa Teorisi, Ed. Otto Depenheuer ve Cristoph Grabenwarter, Çev. Ed. İlyas Doğan, Lale Yayıncılık, İstanbul 2014.
- Kuzu Burhan, Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal rejimi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1993.
- Levitsky Steven ve Lucan A. Way, Competitive Authoritarianism: Hybrid Regimes After the Cold War, Cambridge University Press, Cambridge 2010.
- Metin Yüksel, Ölçülülük İlkesi-Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuk İncelemesi, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, Ankara 2002.

- Önok R. Murat, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Olağanüstü Hal Uygulamalar", içinde KHK'ler Türkiye'sinde Savunma Hakkı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2016.
- Özbudun Ergun, Anayasalcılık ve Demokrasi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2015.
- İzgi Ömer ve Zafer Gören, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, TBMM Yayınları, Ankara 2002.
- Sağlam Fazıl, Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması ve Özü, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1982.
- Schmitt Carl, Constitutional Theory, Çev. Jeffrey Seitzer, Duke University Press, London 2008.
- Schutter Oliver de International Human Rights Law-Cases, Materials, Commentary, Cambridge University Press, Cambridge 2010.
- Schyff Gerhard Van der, Limitation of Rights: A Study of the European Convention and the South African Bill of Rights, Wolf Legal Publishers, Nijmegen 2005.
- Sopit Alain, Homo Juridicus, Dost Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2014.
- Soysal Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınevi, İstanbul 1987.
- Şirin Tolga, "1982 Anayasası'na Göre Temel Hak ve Özgürlüklerin Olağanüstü Hal Rejimi: Eski Kavramlara Yeniden Bakmak", [https://www.academia.edu/29493839/1982\\_Anayasas%C4%B1na\\_G%C3%B6re\\_Temel\\_hak\\_ve\\_%C3%96zg%C3%BCr%C3%BCklerin\\_Ola%C4%9Fan%C3%BCst%C3%BC\\_Hal\\_Rejimi\\_Eski\\_Kavramlara\\_Yeni\\_Yorumlar](https://www.academia.edu/29493839/1982_Anayasas%C4%B1na_G%C3%B6re_Temel_hak_ve_%C3%96zg%C3%BCr%C3%BCklerin_Ola%C4%9Fan%C3%BCst%C3%BC_Hal_Rejimi_Eski_Kavramlara_Yeni_Yorumlar), (erişim 10.05.2021).
- Tanör Bülent, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, BDS Yayınları, 3. Baskı.
- Yokuş Sevtap, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimine Etkisi, Beta Yayınları, İstanbul 1996.
- Weber Max, Sosyoloji Yazıları, Çev. Taha Parla, Hürriyet Vakfı Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 1987.
- White Robin C. A., Calre Ovey, Jacobs, The European Convention on Human Rights, Oxford University Press, Fifth Edition, Oxford 2010.

## Makaleler

- Aliefendioğlu Yılmaz, "Anayasa Yargısı Açısından Olağanüstü Yönetim Usulleri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 87, 1992, 411-434.
- Arslan Zühtü, "Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı", *Doğu Batı Dergisi*, C. 4, S. 13, 2000-2001.
- Erdoğan Mustafa, "Hikmet-i Hükümet'ten Hukuk Devletine Yol Var mı?". *Doğu Batı Dergisi*, C. 4, S. 13, 2000-2001, 47-59.
- Feyzioğlu Metin, "Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 48, S. 1, 1999, 135-163.
- Gönenç Levent, "Acele Olağanüstü Hal", *Birikim*, S. 330, 2016, 32-47.

- Göze Ayferi, "Hıristiyan Düşüncesinde ve Thomas Aquino'da Siyasi İktidar Karşısında Ferdin Durumu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 32, S. 2-4, 1966, 684-692.
- Gözler Kemal, "Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukuki Rejimi", *Ankara Barosu Dergisi*, C. 47, S. 4, 1990, 561-590.
- Göztepe Ece, "Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt'in 'Anayasa Öğretisi'", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXXIII, S. 1, 2015, 129-180.
- Güran Enes, "Carl Schmitt: Olağanüstü Halde Hukuk", *Felsefe Arşivi*, C. 46, S. 1, 2017, 21-40.
- Gürkaş Ezgi Tuncer, "Belirsizlik Mıntıkası Ya Da Daimi İstisna Hali Olarak Sınır: Güneydoğu Kampı İçinde Mardin-Kızıltepe İkiz Kampları", *Toplum Bilim Dergisi*, S. 131, 2014, 219-237.
- Kaboğlu İbrahim Ö., "Haktan Mahrumiyet Mümkün mü?". *BirGün*, 21/02/2008.
- Kılıçbay Mehmet Ali, "Devletin Yeniden Yapılanması". *Doğu Batı Dergisi*, C. 6, S. 21, 2002-2003.
- Ortaylı İlber, "Devlete Nasıl Bakmalı?", *Doğu Batı Dergisi*, C. 6, S. 21, 2002-2003.
- Özkol Adil, "Çağdaş Parlamenter Demokrasilerde Kuvvetli İcra Eğilimi", *Ankara Ü. HFD.*, C. XXVI, S. 1-2, 1969, 43-76.
- Sancar Mithat, "Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti". *Doğu Batı Dergisi*, C. 4, S. 13, 2000-2001, 27-46.
- Sarıca Ragıp, "Fransa ve Türkiye'de Örfi idare Rejimi", *İstanbul Barosu Mecmuası*, S. 2-3, 1941, 81-100.

# TÜRK HUKUKUNDA MALVARLIĞININ İÇ DONDURULMASI

## DESIGNATED DOMESTIC OF ASSET IN TURKISH LAW

Hayrettin KURT\*

**Özet:** Türk hukukuna ilk defa 6415 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 2013 yılında giren malvarlığı dondurma yöntemi, terörizmin finansmanı ile mücadelede kabul edilen idari bir karar niteliğindedir. Bu çerçevede Bakanlar Kurulu Kararı ile BM'nin listelerinde yer alan kişi, kuruluş ve organizasyonların malvarlığının dondurulabilmesi; yabancı devletlerin Türkiye'den ve Türkiye'nin yabancı devletlerden, kendi kamu düzenini terör ve terörizmin finansmanı suretiyle bozan kişi, kuruluş ve organizasyonların malvarlıkları üzerinde dondurma kararı tesis edilmesini talep etmesi için düzenleme yapılmıştır. FATF'ın Türkiye IV. Tur Değerlendirme raporunda Türkiye'nin ulusal mevzuatında bir eksiklik olarak tespit ettiği "iç dondurma", 7262 sayılı Kanun'la ilk defa Türk hukukunda kabul edilmiştir. Bu kapsamda ulusal mahkemelerin kesin olarak terör örgütü olduğuna karar verdiği örgütlerin ve bu örgüt üyelerinin Türkiye'deki malvarlıkları, Malvarlığı Değerlendirme Komisyonu'nun önerisi, Hazine ve Maliye Bakanı ile İçişleri Bakanı'nın ortak kararı ile dondurulabilecektir. Bu karar, nezdinde dondurma kararı verilen kişi, kuruluş ve organizasyonların malvarlığı bulunan tüm finansal kuruluşlar için hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Karar, kamu düzeni bakımından kolluk faaliyetine yakın bir görünüm arz etmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** İç Dondurma, Malvarlığının Dondurulması, El Koyma, İdari Kolluk, Kamu Düzeni, Kolluk Faaliyeti

**Abstract:** The method of freezing assets, which was first introduced into Turkish law in 2013 when the Law No. 6415 entered into force, has the characteristics of an administrative decision adopted on fight against financing of terrorism. In this context, through the Council of Ministers' decision, freezing of the assets of persons, institutions and organizations designated in the UN lists; requesting to have the freezing decisions made based on foreign countries' requests or Turkey's requests for persons, institutions and organizations who violate the public order via terror and financing of terrorism

\* Dr., Hazine ve Maliye Bakanlığı, Hrktbek@outlook.com, ORCID: 0000-0002-7941-7911, Makalenin Gönderim Tarihi: 05.10.2021, Kabul Tarihi: 05.10.2021

were regulated. “Domestic designation”, which was identified as a deficiency in Turkey’s national legislation in the Fourth Round of Mutual Evaluation Report of FATF, has been adopted for the first time in Turkish legislation thanks to the Law no 7262. In this regard, assets of organizations which were precisely decided as terrorist organizations by courts and members of these organizations in Turkey can be frozen with the proposal of Assessment Commission for Freezing of Assets and co-decision of Minister of Treasury and Finance and Minister of Interior. This decision will bear legal consequences for all financial institutions that have assets records of the persons, institutions and organizations whose assets have been frozen. The freezing decision has an administrative function in terms of protecting and maintaining public order. Thanks to this decision, the government freezes all assets of the persons, institutions and organizations subject to the decision by taking an ex officio, unilateral, executive decision. In terms of public order, the decision has similar characteristics with law enforcement activities.

**Keywords:** Domestic Designation, Asset Freezing, Seizure, Administrative Law Enforcement, Public Order, Law Enforcement

## I. GİRİŞ

Türk hukukunda ilk defa 7262 sayılı Kanun’la kabul edilen “iç dondurma” düzenlemesi, terörizmin finansmanını önlemek için Mali Eylem Görev Gücü (FATF) tarafından hukuken tavsiye edilen tedbirler ve yaptırımlar bütününe önemli bir parçasıdır. Birleşmiş Milletler Şartının 5. bölümü kapsamında kabul edilen ve anılan Şartın 7. bölümü kapsamında uluslararası güvenliğin sağlanmasına ilişkin Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi’nin (BMGK) almış olduğu önemli kararlardan birisi 1373(2001) sayılı karardır.<sup>1</sup>

Bu karar ile tüm üye devletler, terörizmin önlenmesi kapsamında tedbir alma ve iş birliğine gitme konusunda yükümlü hale getirilmiştir. Anılan karar kapsamında ülkelerin Birleşmiş Milletlerin terörizmle mücadele konulu anlaşmalarına taraf olmaları, bu bağlamda iş birliğine gitmeleri kabul edilmiştir. Söz konusu tedbirlerin en önemlisi de terör eylemlerinin işlenmesine karışan, iştirak eden ya da bu eylemleri kolaylaştıran kişilerin belirlenerek, bu kişilerin doğrudan ya da dolaylı olarak sahibi buldukları fonların gecikmeksizin dondurulması, bu kişilerin herhangi bir fon, finansal ya da ekonomik varlığa erişiminin engellenmesinin sağlanmasıdır.

<sup>1</sup> S/RES/1373 (2001).

## II. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GÜVENLİK KONSEYİNİN MALVARLIĞI DONDURMA MEKANİZMALARI

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi (BMGK), terör ve terörizmin finansmanı ile mücadele etmek için bir dizi mekanizma kabul etmiştir. Bu araçlar BM üyesi ülkelerin iç hukuklarında yasal olarak düzenlenmeli ve etkili bir şekilde uygulanmalıdır.<sup>2</sup> Bu bağlamda BMGK'nın üye ülkelerden kurulmasını istediği mekanizma aşağıda belirtilmektedir.

1. BMGK'nın 1267 (1999),<sup>3</sup> 1988 (2011),<sup>4</sup> 1989 (2011),<sup>5</sup> 2253 (2015)<sup>6</sup> ve müteakip kararlarında DEAŞ, El-Kaide ve Taliban ile bağlantılı BMGK tarafından oluşturulan yaptırım komitelerindeki kişilerin malvarlıklarının gecikmeksizin (without delay) dondurulması;
2. Bu örgütlerle bağlantılı olduğu değerlendirilen kişilerin ülkeler tarafından BMGK'ya listelenmesi için bildirilmesi; BMGK'nın 1373 (2001) numaralı kararına göre, yukarıdaki örgütlerle bağlantısı olmaksızın terör bağlantısı olan kişilere ait malvarlıklarının ülkelerce dondurulması;
3. BMGK'nın üstte belirtilen kararı uyarınca, yukarıda belirtilen örgütlerle bağlantısı olmaksızın terör bağlantısı olan kişilere ilişkin malvarlıklarının dondurulmasının da diğer devletlerce talep edilebilmesi;
4. Aynı BMGK kararı uyarınca yukarıdaki örgütlerle bağlantısı olmaksızın da terör bağlantısı olan kişilere ilişkin malvarlıklarının dondurulmasını diğer devletlerin talebi üzerine dondurulabilmesi<sup>7</sup> şeklindedir.<sup>8</sup>

<sup>2</sup> Zeki Yıldırım, "Türk Hukukunda Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Amacıyla Malvarlığını Dondurma Tedbiri", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 1 (2016), s. 67.

<sup>3</sup> S/RES/1267 (1999).

<sup>4</sup> S/RES/1988 (2011).

<sup>5</sup> S/RES/1989 (2011).

<sup>6</sup> S/RES/2253 (2015).

<sup>7</sup> Halis Ayhan, "Terör Kavramı, Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul Özelinde Birleşmiş Milletler'in 2001 Sonrası Terör Yaklaşımı", *Güvenlik Stratejileri Dergisi*, C. 11, S. 21 (2015), s. 130.

<sup>8</sup> Ferhat Kara, *Terörün Finansmanı ve Karapara Aklama Suçları*, 1. b., Ankara: Vergi Müfettişleri Derneği, 2018, s. 159.

### III. İÇ DONDURMA REJİMİ

İç dondurma, kamu düzenini korumak ve sağlamak için idari bir karar almak suretiyle kişi, kuruluş ve organizasyonların malvarlıklarının ya da bu malvarlıkları üzerindeki tasarruf yetkisinin kısıtlanması ya da kaldırılması sonucunu doğuran, idari kolluk niteliği taşıyan tedbir ve müeyyideler bütünüdür.<sup>9</sup>

BMGK tanımına göre iç dondurma, BMGK'nın 1267 (1999) ve 1373(2001) sayılı kararı uyarınca, "terör eylemlerine karışan, bu eylemlere iştirak etmiş olan, terör eylemlerini kolaylaştıran kişi, kuruluş ve organizasyonların, doğrudan ya da dolaylı olarak sahip oldukları her türlü fon, finansal ve ekonomik varlıklar üzerindeki tasarruf yetkisinin kaldırılmasıdır".<sup>10</sup> Mali Eylem Görev Gücü'nün<sup>11</sup> (FATF) 2012 yılında revize etmiş olduğu 6 numaralı tavsiyesinde, "Terörizm ve Terörün Finansmanı ile Bağlantılı Hedeflenen Finansal Yaptırımların Uygulanması" iç dondurmanın uluslararası hukuktaki sebebinin teşkil etmektedir. Diğer taraftan, FATF 10 numaralı kısa vadeli hedefinde, iç dondurmanın ülkeler tarafından etkili bir şekilde uygulanıp uygulanmadığı da FATF tarafından izlenmektedir.<sup>12</sup>

1373(2001) sayılı BMGK Kararının uygulanması kapsamında Birleşik Krallık (BK) Hazinesi bünyesindeki Finansal Yaptırımları Uygulama Ofisi (Office of Financial Sanctions Implementation (OFSI)), Avrupa Mekanizması ve Terörizm Yasası 2000 (TACT) bölüm 14-18 ve Terörist Malvarlıklarının Dondurulması Yasası 2010 bölüm 2 kapsamında terörizmle bağlantılı kişileri belirlemek ve listelemek husu-

<sup>9</sup> Mine Kasapoğlu Turhan, "İdari Kolluk Yetkisi Bağlamında Zorunlu Aşu Uygulanması", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 1 (2019), S. 18; Mehmet Onur Yurdakul, *Uluslararası Sözleşmeler ve Avrupa Birliği Hukuku Çerçevesinde Suç Kaynaklı Malvarlıklarının Geri Alınması, Ülke Uygulamaları ve Türkiye ile Mukayese*, 1. B., Ankara: Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı, 2013, S. 126; Yıldırım vd., *İdare Hukuku*, s. 615. Yazar, "İdari yaptırımlar alanında idari kolluk faaliyetinin de cezalandırıcı bir yönü bulunmaktadır." demekle, fonksiyonel olmakla birlikte kolluk alanında kesin bir ayırım olmadığını da kabul etmektedir.

<sup>10</sup> S/RES/1267 (1999) Page 2, S/RES/1373 (2001) page 2.

<sup>11</sup> Mehmet Yüce, Hüseyin Akkaya, "Mali Suçlarla Kurumsal Mücadele ve Bazı Ülke Örnekleri", *Uygulamalı Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 2 (2020), s. 44.

<sup>12</sup> Methodology For Assessing Technical Compliance With The Fatf Recommendations And The Effectiveness Of Aml/Cft Systems, Updated November 2020, Immediate outcome 10, s. 123. <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/methodology/FATF%20Methodology%202022%20Feb%2020213.pdf> (Erişim Tarihi: 02.01.2022, saat:03:01), Yurdakul, s. 60.

sunda yetki sahibidir. Birleşik Krallık Mali İstihbarat Birimi, istihbarat servisleri ve kolluk birimlerinden alınan bilgiler bu süreçte merkezi listeleme makamı olan Hazine Bakanlığı'na aktarılmakta ve bu Bakanlık tarafından da bilgi talebi alınması halinde yabancı ülkelerdeki muadil birimler ile konu paylaşılmaktadır. Bu yetki Birleşik Krallık vatandaşlarına ve söz konusu ülkede mukim ancak ülke vatandaşı olmayan kişilere uygulanabilmektedir. AB mekanizması çerçevesinde de ülkenin BM ve AB yaptırımları kapsamında politikalar geliştirmekle görevli birim olan *Yabancı ve İngiliz Milletler Topluluğu Ofisi (Foreign and Commonwealth Ofisi)*, Ulusal Terörist Mali Soruşturma Birimi, Hazine, İçişleri Bakanlığı ve istihbarat servisleri ile istişare etmek suretiyle, AB Konseyi'ne listeleme önerisinde bulunabilmektedir. Delil standardı olarak ise "makul şüphe" standardı esas alınmaktadır.<sup>13</sup>

Amerika Birleşik Devletleri'nde, yabancı ülkelere alınan talepler, BMGK Kararlarının uygulanmasında olduğu gibi Hazine Bakanlığı tarafından değerlendirilmekte olup söz konusu talebe göre, makul şüphe delil standardının karşılandığına ilişkin bir idari kayıt tutulmaktadır. Listelenecek kişi ve kuruluşlar, makul şüphe delil standardına göre, ABD Hazine Bakanı'nın kararı ile "Özel Olarak Listelenen Vatandaşlar ve Engellenen Kişiler Listesi (SDN List)"ne eklenmektedir. Hazine Bakanı bu kararı alırken, Dışişleri Bakanı (Secretary of State), İç Güvenlik Bakanı (Homeland Security) ve Başsavcı ile istişare etmektedir. ABD'nin güvenliğine, vatandaşlarına, dış politikasına ve ekonomisine zarar verecek faaliyetlerde bulunan yabancılar ile ilgili listeleme kararı ise Dışişleri Bakanı tarafından yapılmaktadır. Üçüncü devletlerden gelen talepler ise Hazine ya da Dışişleri Bakanlıklarına yapılabilmektedir. BMGK 1373(2001) sayılı Kararının uygulanmasına istinaden ABD tarafından aktif bir listeleme yapılmakta, yabancı devletlere talepler gönderilmekte ve ayrıca bu devletlerden talep alınmaktadır. Karar alma sürecinde merkezi makam olan FINCEN'e, istihbarat servisleri ve kolluk birimlerinden bilgi akmaktadır.<sup>14</sup>

Almanya'da ise 1373(2001) sayılı BMGK Kararını Avrupa mekanizması ve diğer ulusal düzenlemeler gereğince yerine getirmektedir. Ulusal düzeyde, Bankacılık Kanunu, Dış Ticaret ve Ödemeler Yasası'nda

<sup>13</sup> <https://www.ukciu.gov.uk> (Erişim Tarihi:14.01.2022, saat:13:30)

<sup>14</sup> <https://www.fincen.gov> (Erişim Tarihi:14.01.2022, saat: 15:00)



yer alan sınırlamalar ve Ceza Kanunu bölüm 443'te yer alan el koyma tedbirleri de uygulanmaktadır. Almanya Bankacılık Kanunu, finansal sektör denetim otoritesine (BaFİN) dondurma ve işlemleri askıya alma yetkisi vermektedir. Bu yetki, AB vatandaşlarına ya da AB vatandaşı olmayanlara da uygulanabilmektedir. Dış Ticaret ve Ödemeler Yasası da uluslararası ticaret ve ödeme işlemleri bakımından sınırlamalar getirmektedir. Buradaki yetki, Maliye ve Dışişleri Bakanları ile koordineli olarak Federal Ekonomik İşler ve Enerji Bakanlığında bulunmaktadır. Diğer taraftan, Ceza Kanunu bölüm 443'te yer alan el koyma tedbirleri de uygulanmaktadır. AB Dış İlişkiler Konseyi nezdinde yapılacak listelemeler için isim önerme yetkisi ise Dışişleri Bakanlığında bulunmaktadır. Merkezi isim belirleme (listeleme) makamları, Mali İstihbarat Birimi, kolluk ve istihbarat birimlerinden bilgi almaktadır.<sup>15</sup>

Ulusal mevzuatımız, "iç dondurma" rejiminden önce "malvarlığının dondurulması" rejimini kabul etmiştir. Malvarlığının dondurulması 7.2.2013 tarihli ve 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun ile ulusal hukukumuzda kabul edilmiştir. Diğer taraftan malvarlığının dondurulması, 1999 tarihli Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme'de, malvarlığı üzerindeki tasarrufları önlemek için bu tasarrufların hukuken sınırlandırılmasıdır.<sup>16</sup> Bu yetki, her türlü terör ya da terörizmin finansmanı işlem ve fiillerini sınırlandırmak ve tamamen ortadan kaldırmak için bir idareye ya da idari kurula verilmiştir. Özellikle 11 Eylül saldırısından sonra küresel terörle mücadele etmek için öncelikle terörizmin finansmanı ve buna erişim yollarını ortadan kaldırmak amacıyla başta FATF olmak üzere ulusal mevzuatlarda düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemeler, temelde terör gruplarının küresel faaliyetleri ile etkin mücadele etme aracı olarak da kullanılmıştır.

Malvarlığı dondurma kavramı, 6415 sayılı Kanun'un 2.maddesinin (d) bendinde şu şekilde tanımlanmaktadır: "Malvarlığının ortadan kaldırılmasının, tüketilmesinin, dönüştürülmesinin, transferinin, devir ve temlik edilmesinin ve sair tasarrufi işlemlerin önlenmesi amacıyla, mal-

<sup>15</sup> [https://www.zoll.de/DE/FIU/fiu\\_node.html](https://www.zoll.de/DE/FIU/fiu_node.html) (Erişim Tarihi: 14.01.2022, saat: 16.30)

<sup>16</sup> Ahmet Barbak, "Devletlerin Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Politikalarının Oluşumu: Küresel Yönetişim ve Mali Eylem Görev Gücü Etkisi", *Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 31, S. 2 (2016), s. 148.

varlığı üzerindeki tasarruf yetkisinin kaldırılması veya kısıtlanması.” Bu tanım genel olarak bir sınırlandırma faaliyetini ya da kamu düzenini korumayı amaçlayan bir özel rejimi ifade etmektedir.<sup>17</sup> Söz konusu sınırlandırma faaliyetinde, tasarrufun engellenmesi amacına yönelik bir kamu düzeni faaliyeti olduğu göze çarpmaktadır. Başka bir deyişle maddi ya da gayri maddi bir malvarlığının temliki ya da ortadan kaldırılması bir idari işlemle engellenmektedir. Bu anlamda iç dondurma, genel malvarlığını dondurma faaliyeti olarak ortaya çıkmaktadır.

İdari kolluk etkinliği, maddi kamu düzenini korumayı hedeflediğine göre riskli faaliyetlerin önceden belirlenerek, kamu düzeninin bozulmasının önüne geçilmektedir.<sup>18</sup> 6415 sayılı Kanun, terör eylemlerinin finansal ayağını ortadan kaldırmayı amaçlayan bir kanun olup bu bağlamda kamu düzeninin korunmasını ya da bozulmasını önlemeyi amaçlamaktadır. Bu kanun, terörün mali ayağına karşı 5549 sayılı Kanun kapsamında kabul edilen yükümlüleri bazı uygulamalar bakımından sorumlu tutmuştur. Bu sorumluluk normları, 5549 sayılı Kanun hükümlerinin 6415 sayılı Kanun karşısında tamamlayıcı norm olmasından ileri gelmektedir. 5549 sayılı Kanun’un 5.maddesine göre yükümlülerin “risk temelli yaklaşımla” eğitim, iç denetim, kontrol ve risk yönetim sistemleri oluşturması da idari kolluğun riskli etkinlikleri önceden düzenleme ya da “önleyici” kolluk faaliyeti yapmasını ifade etmektedir.<sup>19</sup> Ancak burada, salt terörizmin finansmanını önlemek için bir idari kolluk faaliyetinden bahsedemeyiz. Zira, 6415 sayılı Kanun’un 3 ve 4.maddelerine göre fiilen ya da halihazırda terör eylemleri ile amacına ulaşmak isteyen dinamik bir örgütün varlığı ve bu örgütün üyelerinin bulunması halinde dahi “iç dondurma” yapılabileceğine göre, bir mahkeme kararı beklenmeksizin yapılabilecek idari işlemten bahsedebiliriz. Bu bakımdan iç dondurma yalnızca “idari kolluk” faaliyeti olarak değil “kendine özgü” (sui generis) bir kolluk faaliyeti olarak kabul edilmelidir.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> Yurdakul, s. 248; Yıldırım Akar, Karaparanın Aklanması, 1. b., Ankara: Sermaye Piyasası Kurulu, 1997, s. 46.

<sup>18</sup> Özay, s. 950.

<sup>19</sup> İlhan Özay, “İdari Kolluk Eylemlerinde Amaç”, *Journal of Istanbul University Law Faculty*, C. 45, S. 1-4 (2011), s. 318; Mustafa Arslan, “İdari Kolluk Uygulamalarında Kolluk Kuvveti Anlayışından Kolluk Hizmeti Anlayışına Geçiş”, *Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, S. 52 (2018), s. 180.

<sup>20</sup> Özay, s. 950.

#### IV. MAKUL SEBEP DELİL STANDARDI

“Makul sebep”, bir delil standardı olarak FATF tarafından kabul edilmektedir. BMGK 1267 (1999), 1988 (2011), 1989 (2011), 2253 (2015) sayılı kararları ile FATF’in 6 numaralı tavsiyesinde, iç dondurma kararının, makul sebep delil standardı ile alınabileceği kabul edilmektedir. 6 numaralı tavsiyeye göre, ülkeler tarafından herhangi bir soruşturma ya da kovuşturma olmasa dahi makul sebep gerekçe gösterilerek iç dondurma yapılabilecektir. Makul sebep, AngloSakson hukukunda ortaya çıkmıştır. Özellikle ABD’de gelişim göstermiştir. Makul sebep, bir delil standardı olup, bu sebebe giden ya da bu sebebin ötesine geçen diğer delil standartlarına şu örnekler verilebilir:

ABD Anayasa Mahkemesi’nin *Terry v. Ohio*, 392 US.1 (1968) sayılı kararında,<sup>21</sup> makul şüphe delil standardına göre bir şüphe üzerine herhangi bir şahıs durdurulabilir ve aranabilir. Bu standart, Türk hukukundaki “yeterli şüphe” standardına benzemektedir. Diğer taraftan bu şüphe ile tek başına kovuşturma aşamasına da geçilemez. Zira, yeterli şüphe, basit bir şüpheden öteye de geçmemektedir. ABD Anayasa Mahkemesi’nin *USA v. Sokolow*, 490, US. 1 (1989) sayılı kararında<sup>22</sup> “makul sebep” delil standardı tartışılmış olup bu karara göre, bir suçun işlendiğine ilişkin yeterli ihtimal” kovuşturma başlatılması için yeterli görülmüştür. Burada makul sebep standardı, yeterli delil standardı olarak kabul edilmiştir.

*Miller* davasında,<sup>23</sup> olasılıklar dengesi ya da delil üstünlüğü şeklinde kabul edilen bir diğer delil standardı ise “olmamasından daha olası” şeklinde ifade edilen bir delil standardıdır. Bu standart, hukuk ve aile mahkemelerinde kullanılmakta olan bir delil standardı aracıdır. Bazı ülkelerde malvarlığına karşı açılan davalarda geri alım kararı olasılıklar dengesi ya da delil üstünlüğü ilkesine göre alınmaktadır. Her hâlükârda davanın açılması için makul sebep standardı gereklidir. Yine, “makul şüphenin ötesi” bir diğer delil standardı olarak, hüküm verilebilmesi için gerekli en kuvvetli delil standardıdır. Sonuç olarak,

<sup>21</sup> <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/392/1/> (Erişim Tarihi: 28.04.2021, saat:11:47)

<sup>22</sup> <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/490/1/> (Erişim Tarihi:28.04.2021, saat: 11:48)

<sup>23</sup> <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2015-0246-judgment.pdf> (Erişim Tarihi:28.04.2021, saat:11:53)

makul sebep delil standardının, bir ceza soruşturması başlatılması bakımından makul şüpheden daha kuvvetli ancak hüküm verilebilmesi için gerekli delil standardından daha az kuvvetli bir delil düzeyine işaret ettiği görülmektedir.

Türk hukukunda makul şüphe delil standardına verilebilecek örnek CMK m. 160/1 hükmüdür. Buna göre, “Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar” şeklindedir. Türk hukukunda makul sebep delil standardına verilebilecek örnek ise CMK m. 170/2’dir. Söz konusu madde, “Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler.” hükmünü amirdir. Türk hukukunda, olasılıklar dengesi ya da delil üstünlüğü standartlarına ilişkin bir norm da bulunmamaktadır. Ancak bu eksikliğin CMK m. 217/1’deki “hâkimin delilleri vicdani kanaati” ile değerlendirilebileceği normu ile karşılandığını ifade edebiliriz. Buna rağmen CMK m.223/5’te “Yüklenen suç işlediğinin sabit olması halinde, sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilir.” hükmü ile “sabit olma” halinin delil üstünlüğü ya da olasılıklar dengesi bağlamında delillerin serbestçe değerlendirileceği dolayısıyla olasılıklar dengesini karşılayacağını belirtebiliriz.

## V. İÇ DONDURMADA MALİ EYLEM GÖREV GÜCÜ KRİTERLERİ

Mali Eylem Görev Gücü (FATF) kriterlerine göre iç dondurma kararı adli ya da idari merciler tarafından verilebilir. Dondurma tüm malvarlığına ilişkin külli olmalıdır. İç dondurma kararı adli süreçlere bağlanmamalıdır. Dolayısıyla bir muhakeme şartı olarak kabul edilmemelidir. Dondurma kararının alınması, el koyma ya da müsadere kararı alınmasına engel değildir.<sup>24</sup>

İç dondurma için “makul sebep” yeterli görülmelidir. Daha kuvvetli bir delil standardı aranmamalı ancak daha az bir şüphe sebebine de yer verilmelidir. Burada ölçülülük ilkesi<sup>25</sup> bağlamında bir değerlendirilme

<sup>24</sup> Yurdakul, s. 126.

<sup>25</sup> Özay, s. 950. Yazar, ayrıca ölçülülük ilkesini “vur deyince, yalnızca vurmak” şeklinde ironik bir şekilde ifade etmektedir.

dirme yapılabilir. İç dondurma süreye bağlı olarak yapılmamalı ancak belirli periyotlarda kararın devamının ya da ortadan kaldırılmasının değerlendirilmesi yapılabilirdir. İç dondurma kararına karşı idari ya da yargısal bir itiraz prosedürü getirilmelidir. İç dondurma, ülkelerin risk algısına göre listeledikleri terör örgütlerine ve örgüt üyelerine karşı yapılmalıdır.<sup>26</sup>

## VI. ULUSAL MEVZUATTA İÇ DONDURMA

İç dondurma ile ilgili hukuki düzenleme, 27.12.2021 tarihli ve 7262 sayılı Kitle İmha Silahlarının Yayılmasının Finansmanının Önlenmesine İlişkin Kanun'un 35 ilâ 42. maddelerinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme ile FATF IV. Tur Türkiye Değerlendirme Raporu'ndaki (Turkey Mer. 2019) eleştiriler de karşılanmıştır.<sup>27</sup> Buna göre;

### A- Listeleme Prosedürü Getirilmiştir

7262 sayılı Kanun ile FATF 6(2)(b)<sup>28</sup> kriteri uyarınca ulusal mevzuatımıza listeleme usulü getirilmiştir. Söz konusu kriter, 7262 sayılı Kanun'un 38. maddesi ile kabul edilmiştir. Bu düzenlemede Malvarlığı Değerlendirme Komisyonu, terörizmin finansmanı suçunu işledikleri yönünde makul sebeplerin varlığı halinde kişi, kuruluş ve organizasyonların iç hukukta hüküm ve sonuçlarını doğuracak bir dondurma kararı alınmasını İçişleri ve Hazine ve Maliye Bakanlarına önereceklerdir.

İlgili Bakanların dondurma kararı almaları halinde kararın etki doğurması için bu karar derhal Resmî Gazete'de yayımlanacak olup yayım ile birlikte dondurmanın etki ve sonuçları da doğacaktır. Diğer taraftan, terörizmin finansmanı suçunu işledikleri yönünde karar alınacak kişilerle ilgili olarak ulusal mahkemelerin "terör örgütüne" yönelik kesinleşmiş kararı gerekmektedir. Bu karar, komisyonun takdir

<sup>26</sup> Yurdakul, s. 272.

<sup>27</sup> Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures Turkey Mutual Evaluation Report, December 2019. <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer4/Mutual-Evaluation-Report-Turkey-2019.pdf>. (Erişim Tarihi: 02.01.2022, saat: 03:06).

<sup>28</sup> Turkey Mer. 2019, s.123.

yetkisini kullanırken, idari işlemin hukuki sebebi ile konusu bakımından hukuka uygun bir karar almasını ya da takdir yetkisinin hukuki denetiminin yapılabilmesini sağlayacaktır. Başka bir deyişle, bir yargı kararı ile kesin olarak terör örgütü olduğuna karar verilen örgüt/örgütler adına suç işleyen kişileri kapsama almak için temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimine vaki müdahalelerin önüne geçebilecek bir kriter getirilmiştir.

### **B- İç Dondurma Kararına Karşı Yargı Denetimi Getirilmiştir**

İç dondurma kararının Resmî Gazete’de yayımlanmasından sonra kararın hukuksal denetiminin yapılabilmesi için Kanunla kararın devamının sağlanması ya da iptal edilebilmesi için yargısal bir mekanizma oluşturulmuştur. Buna göre, mahkeme listelenen kişi, kuruluş ve organizasyonlar ile ilgili olarak hukuki sebebin ya da makul sebebin bulunup bulunmadığını incelemek için sınırlı bir denetim yapacaktır.

Buradaki denetim, 6415 sayılı Kanun’da geçen “makul sebep” delil standardına göre yapılacak olup, terörizmin finansmanına ilişkin olarak Kanun’un 3 ve 4. maddelerindeki fiillerin işlenmesi halinde söz konusu kişi, kuruluş ve organizasyonlar “makul sebep” olması halinde listelenecektir. Yargısal denetimde de “makul sebep” olması niteliği itibarıyla dondurma kararının devamı için bir ön şart mahiyetindedir. Diğer taraftan, dondurma kararı alındığı tarihten itibaren hüküm ve sonuçlarını doğuracak olup, mahkemenin “devam kararı” ile süreklilik kazanacak, “iptal kararı” ile kararın hüküm ve sonuçları ortadan kalkacaktır.

Denetim, listelenen kişilerin “makul sebep” standardına uygunluğunun incelenmesi ile sınırlıdır. Türk hukukuna ilk defa 6415 sayılı Kanun ile giren “makul sebep”, hukuki sebebin gerçekleşmesi bakımından basit bir şüpheden daha fazlasını gerekli kılar. Burada hâkimin yapacağı denetimde, kolluk birimleri ile istihbarat birimlerinde söz konusu kişi, kuruluş ve organizasyonlar ile ilgili terör ve terörizmin finansmanına ilişkin irtibat ya da iltisak mahiyetindeki bilgi ve belgeler, soruşturma ve kovuşturma bilgileri ile ilk defa Değerlendirme Komisyonu’na gelen bilgi ve belgeler inceleme kapsamına dâhil olacaktır.

### C- Malvarlığı Tanımı Uyumlu Hale Getirilmiştir

7262 sayılı Kanun'un 35. maddesi ile değiştirilen 6415 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (ç) bendindeki malvarlığı tanımı genişletilmiştir. Buna göre, malvarlığının dondurulması kararına konu olacak malvarlığı tanımı, bir gerçek kişinin ya da tüzel kişinin doğrudan ya da dolaylı olarak kontrol ettiği fon ve gelirler ile "bunlardan elde edilen" fon ve gelirleri; ayrıca listelenecek kişi, kuruluş ve organizasyonlar adına ya da hesabına hareket eden kişiler, bu kişilerin mülkiyeti ve zilyetliğindeki fonlar, gelirler, bunların birbirine dönüştürülmesinden elde edilecek menfaat ve değerleri ihtiva edecek şekilde değiştirilmiş ve genişletilmiştir. Bu bağlamda, adına ve hesabına hareket eden kişi ile gerçek faydalanıcı kavramlarını da açıklamak gerekmektedir.

Malvarlığı tanımı, FATF IV. Tur karşılıklı değerlendirme raporunda, FATF standardını karşılamadığı eleştirisine konu olduğu için düzenlemeyle uyum sorunu giderilmiştir.<sup>29</sup> Burada gerçek ve tüzel kişinin adına ve hesabına hareket eden kişilerin temsil, vekâlet, gerçek faydalanıcı ilişkisi içinde bulunmaları önem taşımaktadır. Ancak bir hukuki ilişki çerçevesindeki temsil ve vekâlet ile gerçek faydalanıcıyı da ayırtırmak lazımdır. Zira kimi zaman gerçek faydalanıcıyı tespit etmek zordur. Hatta neredeyse imkânsızdır. Ancak fiilen hesaplar üzerindeki kontrol, bir paranın çekilmesi için kısmi yetki verilmesi, banka hesapları üzerinde yetki gibi durumlar da adına ve hesabına hareket etme unsurunu karşılamaktadır.

### D- Dondurma Kararlarının Etkisi Netleştirilmiştir

FATF IV. Tur karşılıklı değerlendirme raporunda, malvarlığı dondurma kararının Türkiye'de etki doğurmadığı eleştirisinde bulunulmuştur. Bu eleştiriye karşılamak için 7262 sayılı Kanun'un 42. maddesi ile 6415 sayılı Kanun'un 15. maddesinin ikinci fıkrası değiştirilmiş ve maddeye yeni bir fıkra eklenmiştir. Buna göre; haklarında malvarlığı dondurma kararı verilen kişi, kuruluş ve organizasyonlar yararına fon toplama ya da finansal hizmet veren kişilere 1 ilâ 3 yıl ile on bin Türk lirasından iki milyon Türk lirasına kadar idari para cezası verilebilmesine imkân sağlanmıştır. Böylelikle dondurma kararının etki sahası da genişletilmiştir.

<sup>29</sup> Turkey Mer. 2019, bkz. 123 ilâ 138. s.

## VII. İÇ DONDURMA BİR KOLLUK FAALİYETİDİR

Kolluk, kamunun dirlik, esenlik ve sağlık düzenini sağlamayı ve korumayı, bu düzenin bozulması halinde eski hale getirmeyi amaçlayan bir idari faaliyettir.<sup>30</sup> Kolluk yetkisi kullanılırken ancak amaçla orantılı işlem tesis edilebilir. Niteliği itibariyle bireysel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması demek olan kolluk faaliyeti, kamu düzenini sağlama amacıyla dahi yapılırsa bu amaç ancak yasal dayanakla mümkün olur.<sup>31</sup>

Klasik idare hukuku terminolojisinde, kolluğun genel ve özel kolluk şeklinde ikiye ayrıldığı ve idarenin tek taraflı bir işlemi ile icra'ı ya da zor kullanma yetkisini kullanarak kamu düzenini sağlama ve koruma faaliyeti anlaşılmaktadır. Ancak, iç dondurma kararı, etki ve sonuçları itibariyle bir kolluk faaliyeti midir, idari tedbir<sup>32</sup> midir ya da sui generis bir idari faaliyet midir? Söz konusu rejimin ilk defa Türk hukukunda kabul edilmesi ile doktriner tartışmaların yapılacağı da kesindir. Diğer taraftan biz bu çalışmamızda iç dondurma rejimini kamu düzeni, kolluk faaliyeti ve idari yaptırımlar itibariyle tartışarak bir sonuca ulaşmaya çalışacağız. Bu rejime ilişkin Türk hukukunda temel hukuk kaynaklarının bulunmaması zor bir diyalektik içinde olacağımızı da göstermektedir.

Devlet müdahalesi, ekonomik kamu düzeninin sağlanması ve korunması için de yapılmaktadır. Bu müdahale, bir taraftan ekonomik aktivitelerin, makroekonomik dengenin, gayrisafi milli hasılanın ve piyasaların korunması ve güvenliğinin sağlanması için gereklidir.<sup>33</sup> Ekonomik kamu düzeni, somut olarak bir piyasayı ya da ticari faaliyetler düzenini değil, devletin kamusal yetki ve usullerle ekonomiye, ekonomik aktivitelere, piyasayı bozucu, tahrip edici, yok edici diğer aktivitelere de müdahaleyi amaçlayan geniş bir kamusal düzeni ifade etmektedir.<sup>34</sup> Bu doğrultuda, Sermaye Piyasası Kurulu'nun (SPK) pi-

<sup>30</sup> Turgut Tan, (2020) İdare Hukuku, 9. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 415. Yıldırım vd., İdare Hukuku, s. 615; Ramazan Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, 7. b., Ankara: Adalet Yayınevi, 2019, s. 267.

<sup>31</sup> Tan, s. 416.

<sup>32</sup> Mutlu Kağıtöğlü, "İdarenin Ekonomik Kolluk Faaliyetinin Bir Görünümü: Sermaye Piyasası Kanununda İdari Tedbirler", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 3 (2016), s. 3325.

<sup>33</sup> Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku*, Ankara, 1984, Sevinç Matbaası, s. 3.

<sup>34</sup> Tan, "Anayasal Ekonomik Düzen", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 7 (1990), s. 167.



yasa bozucu eylemlere karşı görevleri neyse, Mali Suçları Araştırma Kurulu'nun (MASAK) terörizmin finansmanına karşı aldığı idari tedbirler de bu kamusal düzeni ifade eder. SPK'nın, piyasa dolandırıcılığı gibi bir faaliyete karşı aldığı idari kararlar, bir kolluk faaliyeti midir ya da idari tedbir midir? Nitekim, Sermaye Piyasası Kanunu m. 104/1'de, "Makul bir ekonomik veya finansal gerekçeyle açıklanamayan, borsa ve teşkilatlanmış diğer piyasaların güven, açıklık ve istikrar içinde çalışmasını bozacak nitelikteki eylem ve işlemler," ekonomik kamu düzenini bozucu eylem sayılarak, bu eylem bir idari yaptırıma bağlanmıştır. Şunu da belirtmek isteriz ki, iç dondurma rejiminin kamu hukuku kaynakları ile tahlil edilmesi de güçlük taşımaktadır. Ancak, bu kaynaklarla söz konusu rejime yorum getirmek nihai amacımızdır. Bu çerçevede, iç dondurma, genel kolluk yetkilerinden ayrıksız ve istisnai olarak, özel kanun uyarınca devletin terörizmin finansmanını önlemek ya da durdurmak amacıyla kişi, kuruluş ve organizasyonların malvarlıklarının kısıtlanmasıdır<sup>35</sup>. Bilinmelidir ki, açıkça bir kanun hükmü olmadığı müddetçe, genel kolluk yetkisi ile iç dondurma yapılamaz. İç dondurma rejiminde, sınırlama her ne kadar bireysel işlem şeklinde tezahür etse de burada korunan toplum menfaati başka bir deyişle kamu yararadır. Bu bağlamda iç dondurma rejimi, bireysel nitelikte denilebilir.

Sonuç itibariyle, iç dondurma, genel kolluktan ayrı ve istisnai, saf anlamda ekonomik kolluk yetkisi görünümünde olmayan sui generis bir kolluk türüdür. Bunu "idari tedbir kolluğu" şeklinde ifade edebiliriz. Bu kolluk türü, idare hukuku alanından terör ve finansman cihetiyle ceza hukuku alanına daha yakındır. İç dondurma kararının hazırlayıcı işlemini yapacak olan Değerlendirme Komisyonu, Komisyon üyeleri, kararlar ve niteliği ile kararların etki ve sonuçları itibariyle idari, ancak sonuçları itibariyle bir ceza hukuku alanı olan terörün ya da terörizmin finansmanı alanında sonuç doğurucu bir işlem türüdür.

### A. İç Dondurma Sınırlandırıcıdır

Anayasa'nın 13. maddesindeki sınırlandırmalar, idarenin özel kolluk yetkisinin kullanılmasında neticesinde ortaya çıkmaktadır<sup>36</sup>. İç don-

<sup>35</sup> Tan, Ekonomik Kamu Hukuku, s. 130.

<sup>36</sup> H. Gökçe Zabunoğlu, "AİHM Kararlarında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı ve Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.

durma rejiminde dondurma, bir idari tedbir türü olan yasaklama, geçici olarak askıya alma, izin vermeme şeklinde ortaya çıkmaktadır.

İçişleri ve Hazine ve Maliye Bakanlarının ortak kararıyla Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girecek olan iç dondurma kararı, hukuki, ekonomik ve yarı yargısal bir nitelik taşımaktadır. Komisyon’un, iç dondurma konusu edilecek kişilerle ilgili “makul sebep” delil standardı, kamu düzeninin korunması amacına yönelik bir kolluk tedbiri mahiyetindedir. Bu kolluk tedbiri, mahiyeti gereği sınırlandırıcıdır. Zira kararın alındığı tarihten itibaren kişi, kuruluş ve organizasyonlar şahsi malvarlıkları üzerinde herhangi bir tasarrufi işlem yapamayacakları gibi, üçüncü kişiler de bu kişilerle mali herhangi bir ilişkiye de giremezler. Karar, kolluk faaliyetlerinden “faaliyetin durdurulması”, “lisansın askıya alınması”, “ruhsatın geçici olarak askıya alınması”, “toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin tatil edilmesi” gibi diğer kolluk faaliyetlerine benzemekte olup, dondurma kararı süreklilik taşımayıp süreli olarak bir malvarlığı tatil edilmektedir. Bu tatil, sınırlandırıcıdır. Diğer taraftan, malvarlığı dondurulan kişiler, malvarlıkları üzerinde, MASAK Başkanlığı’nın izni dâhilinde sınırlı tasarruflar da yapabilmektedir. Bu kapsamda malvarlığı üzerinde sınırlı olarak idame, iâşe ya da temlik tasarruflar Başkanlığın izni dâhilinde yapılabilecektir.

## B. İç Dondurma Küllidir

İç dondurma, mülkiyet hakkının kısıtlanması sonucunu doğurabilecek bir tedbirdir. Bu tedbirin, kararın alınması sürecinde yargı kararı olmaksızın doğrudan idari bir kararla tamamlanması Anayasa’nın 35. maddesi bakımından eleştiri konusu edilebilir. Mülkiyet hakkının sınırlandırılmasının ancak kanunla yapılabilmesi bu özel sınırlandırma sebebinin yanında Anayasa’nın 13. maddesindeki sınırlama sebepleri ile birlikte değerlendirildiğinde idarenin “makul sebep” gibi bir kavrama normatif, sınırlı, açık, kapsamı belirli anlam verme zorunluluğu doğuracaktır.

Diğer taraftan, Değerlendirme Komisyonu kararı ile ilgili bakanların dondurma kararı alması, kanunla yetkili bir idari merciin tasarruf-

larının Anayasa'nın yukarıda belirtilen maddelerini ihlal etmeyeceği sonucunu doğurabilir. Bu çerçevede kararın etkisinin sürdürülmesinin Ankara ağır ceza mahkemesinin incelemesine bırakılması da muhtemel Anayasa'ya aykırılık iddialarını karşılayacak bir düzenlemedir. İç dondurma kararı tek tek kişi, kuruluş ve organizasyonların malvarlıklarını değil, bir bütün halinde tüm fon, alacak, hesap, finans kaynakları, malvarlıkları gibi tüm varlıklarını konu edinir. Bu bakımdan külli bir tedbir türüdür.

### C. İç Dondurma İdari Bir İşlem Niteliği Taşır

Değerlendirme komisyonu iç dondurma kararının alınmasını önerir. Bu öneri, hazırlayıcı işlem mahiyetinde olup, tek başına kesin ve yürütülmesi gereken ya da icrai bir işlem değildir. Ancak komisyonun önerisi, iç dondurma kararının alınabilmesinin ön şartıdır. Zira, 7262 sayılı Kanun açıkça kararın ancak değerlendirme komisyonunun önerisi üzerine alınabileceğini düzenlemiştir. Bu doğrultuda, komisyonun önerisi ile İçişleri ve Hazine ve Maliye Bakanlarının müşterek imzaları ile dondurma kararı alınır. Karar alındığı andan itibaren, tekemmül etmiş bir karar olup, kararın üçüncü kişilere duyurulması Resmî Gazete'de ilan edilmesi şartına bağlanmıştır. Burada, haklarında dondurma kararı tesis edilen kişilere karşı ayrıca bir tebligat yapılması gerekmez.

İç dondurma kararı, artık hukuken tekemmül etmiş, icrai, kesin, nihai bir işlem haline gelmiş olup bu haliyle bir idari işlemin tüm unsurlarını taşır. Başka bir deyişle söz konusu karar, idari makam ya da organlarca alınan herhangi bir idari işlemde başka bir işlem değildir. Ayrıca idari işleme bağlanan her hukuki sonuç, bu kararla artık doğmaya başlar.

### SONUÇ

Türk hukukunda ilk defa 7262 sayılı Kanun'la kabul edilen "iç dondurma", FATF üyesi tüm ülkelerin iç hukuklarına dahil etmek zorunda oldukları terörizmin finansmanı ile ilgili tedbirler ve yaptırımlar bütününe bir parçasıdır. Bu bakımdan, belki de en önemli mücadele araçlarından bir tanesidir.

İç dondurma, Türk hukukunda ilk defa kabul edilmekle birlikte, 6415 sayılı Kanun'un kabul edildiği 2013 yılında BMGK'nın listelediği ya da yabancı ülkelerin Türkiye'den talep ettikleri ya da Türkiye'nin yabancı devletlerden talep ettiği malvarlığı dondurma talebinin devamı niteliğindedir. İç dondurma, terör örgütlerinin, terör örgütü üyelerinin ve terör örgütü ile iltisaklı organizasyonların her türlü hak, alacak, malvarlığı ve fonlarının dondurularak, tasarruf kabiliyetinin ortadan kaldırılması, sınırlandırılması, kullanılamaz hale getirilmesi gibi işlevleri haizdir.

Bu bağlamda, mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına yönelik Anayasa'nın 35. maddesindeki sınırlandırma rejimine tabi olmalıdır. Daha doğrusu sınırlandırmanın sınırlandırılması diyebileceğimiz, hakkın özünü kullanılamaz hale getirebilecek bir müdahaleye karşı da işlemin kanunilik, ölçülülük, belirlilik gibi fonksiyonlara sahip kılınması şarttır. İç dondurma idari bir kararla tesis edilir. Kararın denetimi "makul sebep" delil standardının varlığı ya da yokluğu çerçevesinde değerlendirilir. Karara karşı bir taraftan Ceza Muhakemesi Kanunu'nda öngörülen itiraz prosedürü diğer taraftan da idari itiraz ve idari yargı yolu öngörülmüştür. Bu anlamda karara karşı, güçlendirilmiş bir yargı güvencesinden bahsetmek mümkündür. İç dondurmanın, kamu düzenini korumaya yönelik bir kolluk usulü olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bu usul, idari kolluk şeklinde önleyici karakter taşımaktadır. Diğer taraftan kararın, suç işlenmeden ya da suç işlenmesinden sonra uygulanabilir nitelikte olması, bu konudaki adli-idari kolluk şeklindeki klasik ayırımdan bizi uzaklaştırmaktadır.

Zira, idari kolluğun önleyici işlevi, adli kolluğun bastırıcı işlevi hep bir aşamayı ifade etmektedir. Bu aşama, suçun öncesi, suç işlenmesinden önceki aşama, hazırlık aşaması, risk, riskli fiiller, potansiyel riskler gibi gri alanları ihtiva ettiği gibi suç işlendikten sonra adli makamların bir soruşturma ya da kovuşturması olup olmadığına bakılmaksızın da tesis edilebilecek bir tedbir ve müeyyideler bütünü- nü önümüze çıkarmaktadır. Ancak kesin olan bir husus var ki, idari kolluğun, "risk"li alanları düzenleme yükümlülüğü, iç dondurma faaliyetinin de öncelikle riskli alanları kapsamına almasıyla hayatiyet kazanmaktadır.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Akar Yıldırım, Karaparanın Aklanması, 1. b., Ankara: Sermaye Piyasası Kurulu, 1997.  
Çağlayan Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, 7. b., Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.  
Çağlayan Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, 7. b., Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.  
Tan Turgut, (2020) İdare Hukuku, 9.Bası, Ankara, Turhan Kitabevi.  
Tan Turgut, Ekonomik Kamu Hukuku, Ankara, 1984, Sevinç Matbaası.  
Yıldırım Turan vd., İdare Hukuku, ed. Yıldırım T, Güncelleştirilmiş 8. Baskı., İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.

### Makaleler

- Arslan Mustafa, "İdari Kolluk Uygulamalarında Kolluk Kuvveti Anlayışından Kolluk Hizmeti Anlayışına Geçiş", *Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, S. 52 (2018), ss. 175-96.
- Arslanel M. Nazan/Eryücel Ertuğrul, "Modern Devlet Anlayışının Felsefi Temelleri", *Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 15, S. 2 (2012), ss. 1-20.
- Ayhan Halis, "Terör Kavramı, Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul Özelinde Birleşmiş Milletler'in 2001 Sonrası Terör Yaklaşımı", *Güvenlik Stratejileri Dergisi*, C. 11, S. 21 (2015), ss. 117-47.
- Barbak Ahmet, "Devletlerin Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Politikalarının Oluşumu: Küresel Yönetişim ve Mali Eylem Görev Gücü Etkisi", *Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 31, S. 2 (2016), ss. 147-77, doi:10.24988/deuuiibf.2016312509.
- Başpınar Veysel, "Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukuku'nda Mülkiyet Hakkı Teminatı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, S. 3 (2016), ss. 633-58.
- Erzurumluoğlu Bayram, "Kolluk Kuvvetlerinin Demokratik Denetimi", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2 (2009), ss. 48-57.
- Kağıtoğlu Mutlu, "İdarenin Ekonomik Kolluk Faaliyetinin Bir Görünümü: Sermaye Piyasası Kanununda İdari Tedbirler", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 3 (2016), ss. 3323-51.
- Kara Ferhat, Terörün Finansmanı ve Karapara Aklama Suçları, 1. b., Ankara: Vergi Müfettişleri Derneği, 2018.
- Kovan Bağış Alper, "Tacitus ve Eserleri Üzerine Bir İnceleme/A Review About Tacitus and His Works", *Amisos*, C. 4, S. 7 (2019), ss. 148-61.
- Orer Gürsel, "Ekonomik Kamu Düzeni ve Devletin Ekonomiye Müdahalesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 6 (2016), ss. 363-93.
- Özay İlhan, "İdari Kolluk Eylemlerinde Amaç", *Journal of Istanbul University Law Faculty*, C. 45, S. 1-4 (2011), ss. 315-19.
- Tan Turgut, "Anayasal Ekonomik Düzen", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 7 (1990).
- Telli Arda, "Machiavelli'nin Gambiti: Devlet Akli Doktrini'nin Kökenlerine İlişkin Bir Soruşturma", *Felsefe Arşivi*, S. 53 (2020), ss. 91-103.

- Turhan Mine Kasapoğlu, "İdari Kolluk Yetkisi Bağlamında Zorunlu Aşu Uygulaması", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 1 (2019), ss. 1-40.
- Yıldırım Zeki, "Türk Hukukunda Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Amacıyla Malvarlığını Dondurma Tedbiri", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 1 (2016), ss. 61-108.
- Yurdakul Mehmet Onur, *Uluslararası Sözleşmeler ve Avrupa Birliği Hukuku Çerçevesinde Suç Kaynaklı Malvarlıklarının Geri Alınması, Ülke Uygulamaları ve Türkiye İle Mukayese*, 1. b., Ankara: Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı, 2013.
- Zabunoğlu H. Gökçe, "AİHM Kararlarında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı ve Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 66, S. 3 (2017), ss. 627-58.

### İnternet Kaynakları

- <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/392/1/>
- <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/490/1/>
- <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2015-0246-judgment.pdf>
- Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures Turkey Mutual Evaluation Report, December 2019.
- <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer4/Mutual-Evaluation-Report-Turkey-2019.pdf>.
- <https://www.ukciu.gov.uk>
- <https://www.fincen.gov>
- [https://www.zoll.de/DE/FIU/fiu\\_node.html](https://www.zoll.de/DE/FIU/fiu_node.html)
- S/RES/1373 (2001).
- S/RES/1267 (1999).
- S/RES/1988 (2011).
- S/RES/1989 (2011).
- S/RES/2253 (2015).



Ali Osman ONAR\*

**Özet:** Ötanazi ceza hukukunun önemli tartışma konuları arasında yer almaktadır. Son yıllarda yaşamının ötanazi uygulanarak sona erdirilmesini isteyen kişilerin sayısının arttığı gözlemlenmektedir. Ancak Türkiye'nin de içinde bulunduğu birçok ülkede ötanazi yasal değildir. Bu yola başvurmak isteyen kişiler ötanazi yapılan ülkelere seyahatler yapmaya başlamışlardır. Örneğin İsviçre'de bulunan Dignitas ya da Exit isimli kuruluşlar yaşamını ötanazi uygulanarak sona erdirmek isteyen kişilere hizmet vermektedir. Bu çalışmada ötanazi kavramının yakın kavramlar olan intihar, intihara yönlendirme ile talep üzerine öldürmeden farkına değinildikten sonra ötanazi türleri açıklanmıştır. Daha sonra çeşitli ülkelerin ötanazi konusundaki düzenlemeleri ve uygulama örnekleri incelenmiştir. Ötanazinin engellenmesine yönelik ulusal ve uluslararası hukuktaki düzenlemelerin ortaya konulması ile çalışma sonlandırılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Ötanazi, Destekli İntihar, Rıza, Ovideo Sözleşmesi

**Abstract:** Euthanasia is one of the important discussion topics of criminal law. In recent years, it has been observed that the number of people who want to end their lives by euthanasia has increased. However, in many countries including Turkey, euthanasia is not legal. People who want to apply to this way have started to travel to countries where euthanasia has been made. For example, organizations named Dignitas or Exit in Switzerland provide services to people who want to end their lives by euthanasia. In this study, after mentioning the difference between the concept of euthanasia, persuasion and assistance to suicide and killing on demand, which are close concepts, the types of euthanasia are explained. Then, the regulations and application examples of various countries on euthanasia were examined. The study was concluded with the introduction of the regulations in national and international law for the prevention of euthanasia.

**Keywords:** Euthanasia, Assisted Suicide, Consent, Ovideo Convention

\* Yargıtay 2. Ceza Dairesi Tetkik Hâkimi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, onaraliosman@windowslive.com, ORCID: 0000-0002-2121-9488, Makalenin Gönderim Tarihi: 15.07.2021, Kabul Tarihi: 15.07.2021



## Giriş

Son yıllarda hayatlarını çekmiş oldukları hastalıkların acılarına dayanamamaları sebebiyle ötanazi yoluyla sona erdirmek isteyen kişilerin sayısı artmıştır. Öyle ki; bu kişiler kendi ülkelerinde ötanazinin uygulanması yasal olarak mümkün değilse, ötanazi uygulanan başka ülke ve merkezlere seyahatler gerçekleştirmektedir. Bunun yanı sıra, herhangi bir sağlık sorunu yaşamamalarına rağmen keder, korku, ölüm gibi olaylardan etkilenen bazı kişiler de yaşamlarını sonlandırmak için bu olayların yaşandığı yerlere seyahat etmeye başlamıştır. Bu seyahatler, uluslararası literatürde “dark tourism” olarak isimlendirilirken, ulusal literatürde “hüzün turizmi, ölüm turizmi, karanlık turizmi” olarak da isimlendirilmektedir.<sup>1</sup> Bu kapsamda insanlar örneğin ünlü merkezlerden atlayarak intihar yoluyla yaşamlarını sonlandırabilmektedirler.<sup>2</sup> Şu hâlde ötanazinin yakın ama farklı kavramlar olan intihar, intihara yönlendirme ve talep üzerine öldürmeden farklarına değinmek gerekir.

İntihar, kişinin kendi yaşamını kendisinin sonlandırmasını, bu yöndeki düşünce ve girişimini içerir.<sup>3</sup> İntihar kişiler tarafından önceden planlanmakta ve ardından kişi tasarladığı biçimde ölmek için girişimde bulunmaktadır. Ötanazi ise tıbbi olarak bir hekim tarafından gerçekleştirilmektedir.<sup>4</sup> İntihara yönlendirmede intihar düşüncesi başka birisi tarafından aşılınmakta ancak ötanaziden farklı olarak intihar yine kişinin kendisi tarafından gerçekleştirilmektedir.<sup>5</sup> Talep üzerine öldürmede mağdurun ısrarları üzerine öldürücü hareket bir başkası

<sup>1</sup> Ömer Çoban, S. Emre Dilek, Serhat Harman, “İntihar bir turizm türü olarak değerlendirilebilir mi?”, *Neveşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C.7, S. 1, 2017, s. 138; Hande Akyurt Kurnaz, Hüseyin Çeken, Burhan Kılıç, “Hüzün Turizmi Katılımcılarının Seyahat Motivasyonlarının Belirlenmesi”, *İşletme Araştırmaları Dergisi*, 2013, S. 5/2, s.57-73.

<sup>2</sup> Burhan Kılıç, Hande Akyurt, “Destinasyon İmajı Oluşturmada Hüzün Turizmi: Afyonkarahisar ve Başkomutan Tarihi Milli Parkı”, *Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2011, S. 10/1, s. 209-232.

<sup>3</sup> Mehmet Eskin, “İntiharda bilişsel davranışçı sağaltım yaklaşımları”, *Kriz Dergisi*, 2007, S. 15/2, s.15-35; Yeliz Pekerşen, “Hayatı Sonlandırmak İçin Seyahat”, *Manisa Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 15, S. 4, 2017, s. 315.

<sup>4</sup> Çoban, Dilek, Harman, s. 139.

<sup>5</sup> Esra Alan Akcan, “Ötanazi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXXI, S. 1, 2013, s. 4; Özge Demirörs, Sevinç Arslan Hızal, “Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65 (4), 2016, s. 1491.

tarafından yapılmaktadır. Ancak bu hareketi yapan kişinin hekim ya da sıradan bir kişi olması arasında fark yoktur. Oysa ötanazide öldürücü hareket yalnızca hekim tarafından gerçekleştirilebilmektedir.<sup>6</sup> Yine ötanaziden farklı olarak talep üzerine öldürmede mağdurun acılarından kurtulmak için ölmek isteyen bir hasta olması koşulu da bulunmamaktadır.<sup>7</sup>

## 1. Ötanazi Kavramı

Ötanazi iyileşmeyeceği ve dayanılmaz acıları ölümüne kadar tıbbi olarak süreceği benimsenmiş olan, durumu kendisi tarafından da bilinen kişinin özgür iradesiyle vereceği karar üzerine bir hekim aracılığıyla acısız bir şekilde yaşamının sonlandırılmasıdır.<sup>8</sup> Ötanazi eylemin gerçekleştirilmesine göre aktif ötanazi ve pasif ötanazi; hastanın iznine göre istemli ötanazi, istem dışı ötanazi, istemsiz ötanazi olarak ayrımlara tabi tutulmaktadır.

## 2. Ötanazi Türleri

### 2.1. Eylemin Gerçekleştiriliş Biçimine Göre Ötanazi

#### 2.1.1. Aktif Ötanazi

Aktif ötanazi, hekim tarafından hastaya derin bir sedasyon verilmesini müteakip ani ölüm yapacak dozda ilaç da verilmek suretiyle hastanın hayatının sonlandırılmasıdır.<sup>9</sup>

#### 2.1.2. Pasif Ötanazi

Pasif ötanazi, hekimin hastanın belli bir süre daha yaşamasını sağlayacak yaşam destekleyici tedaviyi sunmayarak ya da tedaviyi son-

<sup>6</sup> Hakan Hakeri, Derya Tekin, 100 Tartışmalı Soruyla Türk Ceza Hukuku Özel Hükmümler, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 27.

<sup>7</sup> Alan Akcan, s. 5; Yusuf Yaşar, Işıl Turan, "Alman, Avusturya ve İsviçre Yüksek Mahkeme Kararları Çerçevesinde Talep Üzerine Öldürme Suçu ile Ötanazi İlişkisi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, C. 19, S. 1, s. 44.

<sup>8</sup> Erdem Özkara, "Ötanaziye Farklı Bir Bakış: Belçika'da Ötanazi Uygulaması ve Ülkemizdeki Durum", *TBB Dergisi*, 2008, S. 78, s. 106.

<sup>9</sup> Erika Biton Serdaroğlu, "Ötanazi- Ölme Hakkı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan Özel Sayısı, 2016, C.1, s.466; Özkara, s. 106; Alan Akcan, s. 6; Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 693.

landırarak ölümü hızlandırmasıdır.<sup>10</sup> Pasif ötanazi hastaya hayatını uzatacak girişimlerin yapılmaması, sonlandırılması ya da hareketsiz kalınması sonucunda hastanın doğal ölümünün sağlanması şeklinde tanımlanabilir. Bu itibarla pasif ötanazi kanun gereği tıp mesleği mensuplarına bağlanan yaşatma sorumluluğunun yerine getirilmemesi ya da sona erdirilmesi sayılan hareketsizlik hallerini de içermektedir.<sup>11</sup>

Bu aşamada beyin ölümüne de değinmek gerekmektedir. Beyin ölümü, santral sinir sistemi fonksiyonlarının geri dönülemez şekilde kaybolduğu ve yapılan tüm müdahalelere karşın hastanın iyileşme olanağı bulunmadığı durumlarda kabul edilmektedir. Bu itibarla, gerçek ölüm, beyin ölümüdür. 2238 sayılı Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun'un 11. maddesine göre, "Bu kanunun uygulanması ile ilgili olarak tıbbi ölüm hali, bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kuralları ve yöntemleri uygulamak suretiyle, biri kardiyolog, biri nörolog, biri nöroşirurjiyen ve biri de anesteziyoloji ve reanimasyon uzmanından oluşan dört kişilik hekimler kurulunca oy birliği ile saptanır." Bu itibarla beyin ölümü gerçekleşmiş olan kişiden ancak bu şartlarda organ ve doku nakli mümkündür. Kanun'la ilgili olan yönetmelikte ise, "hasta yakınına beyin ölümü deklare edildikten sonra organ bağışı izni alınmadığında, hastaya uygulanan tıbbi destek kesilir" denilmektedir. Bu sebeple beyin ölümünden farklı olarak ötanazide kişi doğal ölümünü beklemek yerine, kendisinin hayatına son verilmesini kabul etmektedir.<sup>12</sup>

## 2.2. Hastanın İznine Göre Ötanazi

### 2.2.1. İstemli Ötanazi

Hastanın özgür iradesiyle ve açık bir şekilde istemesiyle yapılan ötanazidir. İstemli ötanazinin temyiz gücü, aydınlatılmış onam ve istemlilik olmak üzere üç şartı bulunmaktadır.<sup>13</sup> Temyiz gücü, kişinin

<sup>10</sup> Biton Serdaroğlu, s. 466-467; Muhammed Sulu, "Ötanazi Üzerine", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S.2., s. 556-557; Hakeri, s. 696.

<sup>11</sup> Özkara, "Ötanaziye Farklı Bir Bakış: Belçika'da Ötanazi Uygulaması ve Ülkemizdeki Durum", s. 106; Hakeri, s. 696.

<sup>12</sup> Özkara, "Ötanaziye Farklı Bir Bakış: Belçika'da Ötanazi Uygulaması ve Ülkemizdeki Durum" s. 107.

<sup>13</sup> Biton Serdaroğlu, s. 465.

kendi durumu hakkında karar verebilecek kapasiteyi haiz olmasıdır. Aydınlatılmış onam, hastaya şu anki durumunun, gelecekteki ve olası tedavilere ilişkin tüm ihtimallerin anlatılarak hastadan seçtiği yöntem konusunda izin alınmasıdır. İstemlilik ise hiçbir hile, tehdit ya da baskı altında kalmaksızın karar verilmesidir.<sup>14</sup>

### 2.2.2. İstem dışı Ötanazi

Hastanın bu konudaki iradesinin hasta tarafından dile getirilemediği, koma, bitkisel hayat gibi bilincin kapalı olduğu hallerde uygulanan ötanazidir.<sup>15</sup>

### 2.2.3. İstemsiz Ötanazi

Kişinin iradesine hiç başvurmadan gerçekleştirilen ötanazidir. Bu ötanazi türünün diğer ötanazi türleriyle tek ortak noktası yaşamaya değer görülmeyip, öldürülen kişinin hasta olmasıdır. İstemsiz ötanazinin en dikkat çekici örneği, Hitler'in Nazi Almanya'sı döneminde kronik hastaları öldürmesi olayı verilebilir.<sup>16</sup>

## 3. Ötanazinin Çeşitli Ülkelerdeki Uygulanma Şartları

Ötanazi yoluyla yaşamlarına son vermek isteyen kişiler kendi ülkelerinin hukuk sistemlerinde ötanaziye izin verilmemesi sebebiyle zorunlu olarak başka ülkelere gitmektedir. Bu sebeple öncelikle yurt dışındaki ülkelerde yasal durum yüksek mahkemelerinin kararları da nazara alınarak incelenmelidir.

### 3.1. Almanya

Alman hukukunda aktif ötanazi ve doktor destekli intihar eylemleri suç sayılmaktadır. Alman Ceza Kanunu'nun Gönüllü Ötanazi başlıklı 216. maddesine göre, "Bir kişinin açık ve ısrarlı, ciddi talebi üzerine onu öldüren kişi altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile ceza-

<sup>14</sup> Özkara, "Ötanaziye Farklı Bir Bakış: Belçika'da Ötanazi Uygulaması ve Ülkemizdeki Durum" s. 108; Alan Akcan, s. 7.

<sup>15</sup> Özkara, "Ötanaziye Farklı Bir Bakış: Belçika'da Ötanazi Uygulaması ve Ülkemizdeki Durum", s. 108; Biton Serdaroğlu, s. 465.

<sup>16</sup> Özkara, "Ötanaziye Farklı Bir Bakış: Belçika'da Ötanazi Uygulaması ve Ülkemizdeki Durum" s. 108; Biton Serdaroğlu, s. 465-466; Alan Akcan, s. 8.

landırılır. Eylem teşebbüs aşamasında kalsa bile cezalandırılabilir.<sup>17</sup> Yine Alman Ceza Kanunu'nun 217. maddesine göre, "kim çıkar amaçlı ve bilinçli olarak başka bir kişinin intiharını destekliyorsa, onlara bu olanağı sunuyorsa veya hazırlıyorsa, üç yıl hapis veya para cezasına çarptırılır. Fakat hastanın yakını ya da hasta ile yakın ilişkileri olan kimse bu desteği kendi çıkarı için vermiyorsa Ceza Kanunu kapsamında cezalandırılmaz."<sup>18</sup>

Almanya'da cezasızlık hallerinin sınırı bakımından hastaya palyatif destek sunan doktorun yardımının cezasızlık kapsamına girip girmeyeceği tartışılmaktadır. Palyatif destek sunan doktorun işini ticari amaçla yapıp yapmadığı ve palyatif destek alan hastanın da doktorun yakını olup olmadığı bu tartışmada cevabı aranan sorulardandır.<sup>19</sup>

Bununla birlikte Alman Federal Mahkemesi 2007 yılında verdiği bir kararda gastrostomi ile beslenme sağlayan düzeneğin fişinin çekilmiş olmasından dolayı hastanın talebini yerine getiren hasta yakınlarına ve avukatına ceza vermemiştir.<sup>20</sup> Alman Federal Meclisi 06.11.2015 tarihli düzenlemesi ile istisnai hallerde pasif ötanazi olarak nitelenebilecek tedavinin kesilmesi durumunun yasal olduğunu belirtmiştir. Ancak kâr amacı güden ticari ötanazi desteği yasaklanmıştır. Kâr amacı güderek pasif ötanaziye yardımcı olan kişilerin üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiştir.<sup>21</sup>

Son olarak 2017 yılının Mart ayında Leipzig Yüksek İdare Mahkemesi ağır hasta olan ve ağır acıları bulunan hastaların kendilerinin talepte bulunmaları üzerine ölme haklarının olduğuna karar vermiştir.<sup>22</sup>

### 3.2. Norveç

Norveç'te ötanazi kasten öldürme suçundan ayrı bir şekilde düzenlenmiş ve daha hafif bir yaptırım belirlenmiştir. Norveç Ceza

<sup>17</sup> Gunnar Duttge, Alman Hukukunda Ötanazi, Çev. Beril Özcanlı/Zeynep Elibol, Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi, (Derleyen: Nur Centel), İstanbul, 2011, s. 215.

<sup>18</sup> Kutluhan Bozkurt, "Ötanazi ve Destekli İntihar- Uluslararası Düzenlemeler ve Farklı Ülkelerdeki Uygulamalar", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, C. XIV, S.2, s. 248.

<sup>19</sup> <http://www.goethe.de/en/kul/ges/20927927.html> (Erişim: 07.11.2020)

<sup>20</sup> Duttge, Alman Hukukunda Ötanazi, s. 215.

<sup>21</sup> "Ötanazi Yardımına Yasak", <http://www.dw.com/tr/ötanazi-yardıma-yasak> (Erişim: 07.11.2020)

<sup>22</sup> <http://www.rdze.de/in-focus/euthanasia/legal-regulations> (Erişim: 08.11.2020)

Kanunu'nun 229 ve 235. maddelerine göre, "Umutsuz bir hastalığa yakalanan kişinin ölümüne yardımcı olan kişi üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır."<sup>23'</sup>

### 3.3. İtalya

İtalya'da ötanazi yasaktır. Cezası da diğer ülkelere nazaran daha ağırdır. İtalyan Ceza Kanunu'nun 579. maddesine göre, "Her kim, mağdurun rızası ile onun ölümüne sebebiyet verirse, altı yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre, "Öldürme fiili; 1- 18 yaşından küçük birine karşı işlenmiş ise, 2- Akıl hastası veya isnat yeteneğini kaldıran başka bir ruhsal eksiklik koşullarında ya da rıza dışı alkol, uyarıcı veya uyuşturucu maddeler verilen kişi üzerinde işlenmiş ise, 3- Cebir, şiddet veya tehdit sonucu elde edilen rızaya dayanılarak işlenmiş ise, hastanın verdiği rıza geçerli olmayacak ve fail hakkında kasten öldürmeye ilişkin hükümler uygulanacaktır."<sup>24'</sup>

Bununla birlikte İtalya 2016 yılının Aralık ayında bir kanun tasarisını onaylayarak kabul etmiştir. Bu kanun doğrudan ötanazi hakkını sağlamayacaktır; ancak kişiler tedavinin belli bir döneminde kararlarını açıklayamayacakları döneme gelmeleri ihtimaline binaen hayatının sonundaki hastaya yaklaşımı önceden tayin edebilme hakkını haiz olacaklardır.<sup>25</sup>

İtalya'nın bu noktaya gelmesinde Eluana Englaro vakasına değinmek gerekir. Eluana Englaro 18.01.1992'de meydana gelen trafik kazası sonucunda komaya girmiş ve uzun süre komada kalmıştır. 1999'da Eluana'nın babası Lecco Mahkemesine başvurup, kızının suni beslenmesine son verilmesini istemiştir. Ancak mahkeme bu talebe olumsuz yanıt vermiş ve Englaro'nun ailesi uzun süren bir hukuk mücadelesinin sonunda 2009'da kızlarının suni beslenmesine son verilmiş ve hayatını kaybetmiştir.<sup>26</sup>

<sup>23</sup> Sulu, s. 563.

<sup>24</sup> Sulu, s. 564.

<sup>25</sup> Bozkurt, "Ötanazi ve Destekli İntihar- Uluslararası Düzenlemeler ve Farklı Ülkelerdeki Uygulamalar", s. 258.

<sup>26</sup> <http://www.theguardian.com>. (Erişim: 09.11.2020)

### 3.4. Hollanda

Hollanda'da aktif ötanazi kanunu çıkarılmadan önce 1994'te ötanaziyi bildirim usûllerini belirten bir kanun çıkartılmıştır. Buna göre hekim usûllere uygun davrandığını belirten belgelerle beraber savcılığa durumu bildirdiğinde hakkında kovuşturma yapılmamaktaydı. Ancak uygulamada ortaya çıkan sorunların sonucunda 2000 yılının Kasım ayında yapılan referandum ile Hollanda halkının %80'den fazlası ötanaziyi istemiş ve 2001 yılının Nisan ayında aktif ötanazi tasarısı Hollanda parlamentosundan geçmiştir.<sup>27</sup>

Hollanda'da 2001'de çıkarılan kanuna göre, hasta dayanılmaz ve sürekli acılar içindeyse, ölüm isteğini açıkça dile getirmişse ve ikinci bir hekimin de görüşü alınmışsa hastanın hayatına uygun bir yöntemle son verilebilmektedir.<sup>28</sup> Buradaki en önemli ölçüt, hastanın iyileşemeyecek, dayanılamayacak ve düzelme imkânı olamayacak bir sağlık sorunu bulunmasının gerekli görülmesidir. Bununla birlikte en az başka bir doktorun da hastayı değerlendirip, iyileşemeyecek olduğunu, dayanılmaz ve düzelmez ağrıları olduğuna kanaat getirmesi gerekmektedir.<sup>29</sup>

### 3.5. Belçika

Belçika ötanazi konusundaki ilk düzenlemeyi 2002 tarihinde yapmış ve 28.05.2002 tarihli yasa ile ilk olarak ötanazi kapsamındaki belirli koşullardaki tıbbi yardımı suç olmaktan çıkartmıştır. Aynı zamanda ötanaziye izin veren ikinci ülkedir.<sup>30</sup> Kanuna göre ötanazi "Bir kişinin yaşamına, kendi isteği üzerine, bir başka kişi tarafından son verilmesi" şeklinde tanımlanmaktadır. Buna göre, kaza ya da hastalık nedeniyle ortaya çıkan ruhsal ya da fiziksel şiddeti azalmayan yetişkinlere hekim ötanazi uygulama izni vermektedir.<sup>31</sup>

<sup>27</sup> Arzu Besiri, "Ötanazi ve Yaşam Hakkı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2009, S. 86, s. 199; Özkara, "Ötanaziye Farklı Bir Bakış: Belçika'da Ötanazi Uygulaması ve Ülkemizdeki Durum", s. 109.

<sup>28</sup> Özkara, "Ötanaziye Farklı Bir Bakış: Belçika'da Ötanazi Uygulaması ve Ülkemizdeki Durum", s. 109-110; Biton Serdaroğlu, s. 471.

<sup>29</sup> Ş. Berfin Işık Yılmaz, "Ötanazi", *Terazi Hukuk Dergisi*, Y. 2012, C. 7, S. 68, s. 57; F. Pınar Ölçer, "Hollanda Hukukunda Ötanazi", *Terazi Hukuk Dergisi*, Y. 2010, C. 2, S. 4, s. 20; Bozkurt, "Ötanazi ve Destekli İntihar- Uluslararası Düzenlemeler ve Farklı Ülkelerdeki Uygulamalar", s. 253.

<sup>30</sup> Yılmaz, s. 58; Alan Akcan, s. 19.

<sup>31</sup> Özkara, "Ötanaziye Farklı Bir Bakış: Belçika'da Ötanazi Uygulaması ve Ülkemizdeki Durum", s. 110; Biton Serdaroğlu, s. 473; Alan Akcan, s. 19.

02.04.2003 tarihli Kraliyet Kararnamesi ile ötanazi talebine ilişkin ölçütler ve bu ölçütlerin yerine getirilmesi ile ötanazi talebinin tekrarı ve onaylanma süreçleri, talebin geri çekilmesi, değiştirilmesi şartlarında düzenlemeler getirilmiştir.<sup>32</sup>

Belçika'daki kanuni düzenlemeler bakımından nazara alınması gereken bir başka husus ise 27.04.2007 tarihli Kraliyet kararıdır. Bu kararda ise ötanazi talebinin resmi kayıtlara nasıl geçirileceği ve geçerlik kazanacağı, talebin nüfus kayıtlarına nasıl işleneceği ve doktorlara nasıl bildirileceği konuları yer almıştır.<sup>33</sup>

28.02.2014 tarihli kanuni düzenleme ile 18 yaşının altındaki küçükler için de ötanazi talebi ve süreci için mevzuat oluşturulmuştur.<sup>34</sup>

2002 tarihli Kanun'un 2. maddesine göre ötanazi, bilinçli bir şekilde ötanaziye konu olan kişinin talebi üzerine, -dışarıdan- başka bir kişi tarafından, kasıtlı olarak talepte bulunan kişinin hayatının sona erdirilmesi olarak tanımlanmıştır.<sup>35</sup>

Kanun'a göre ötanazi talebi bilinci yerinde olan ve haklarını kullanabilen hasta tarafından yapılabilmekte ya da sağlıklı iken yapılan bir talep ile de ileride koma ya da bitkisel hayata girme halinde olan hastalar için söz konusu olabilmektedir.<sup>36</sup>

### 3.6. İsviçre

İsviçre'de ötanazi mümkün değildir ve suç olarak kabul edilmektedir. İsviçre Ceza Kanunu'nun 115. maddesine göre bir kimse egoist düşüncelerle ve çıkar sebebiyle kışkırtmak suretiyle birinin intiharına sebep ya da yardımcı olursa, bu kişiye en fazla 5 yıl hapis cezası verilecektir.<sup>37</sup> Buradan çıkan sonuç ise bir kişi hakkında egoist düşüncelerle

<sup>32</sup> Kutluhan Bozkurt, "Uluslararası Hukuk ve AB Hukuku Düzenlemeleri Kapsamında Ötanazi ve Belçika Örneğinde Ötanaziye İlişkin Yasal Düzenlemeler", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, C. XIV, S.1, s. 7.

<sup>33</sup> Bozkurt, "Uluslararası Hukuk ve AB Hukuku Düzenlemeleri Kapsamında Ötanazi ve Belçika Örneğinde Ötanaziye İlişkin Yasal Düzenlemeler", s. 8.

<sup>34</sup> Bozkurt, "Ötanazi ve Destekli İntihar- Uluslararası Düzenlemeler ve Farklı Ülkelerdeki Uygulamalar", s. 255.

<sup>35</sup> Bozkurt, "Uluslararası Hukuk ve AB Hukuku Düzenlemeleri Kapsamında Ötanazi ve Belçika Örneğinde Ötanaziye İlişkin Yasal Düzenlemeler", s. 11.

<sup>36</sup> Besiri, s. 198.

<sup>37</sup> Yaşar, Turan, s. 67.



ve çıkar sebepleri bulunmadan başka birini kıskırtarak intihara neden olmaktan ya da her türlü destekten ötürü ceza öngörülmemektedir.

Belirtmek gerekir ki; İsviçre’de destekli intihar cezalandırılmaktadır. Zira destekli intiharda kişinin kendisi gereken zehri ya da ilacı kendisi almaktadır. Tıbbi personel ise ölüm için gereken karışımı kişiye vererek yalnızca yardımcı konumunda olmaktadır.<sup>38</sup> İsviçre’de aktif ötanazi suç teşkil etse de her yıl 1200 kişi kendi intihar süreçlerinde yardım almaktadır. Çalışmanın devamında belirtileceği üzere, İsviçre’de Dignitas ya da Exit isimli bu uygulamayı yapmak isteyen hastalara yardım eden kuruluşlar bulunmaktadır. Bu kuruluşlar destekli intihar isteyen kişilere yardım etmektedirler.<sup>39</sup>

Destekli intihar için İsviçre vatandaşı olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bunun yanında hastanın mutlaka tedavisi mümkün olmayan, ağrılı ve dayanılmaz bir hastalığa sahip olması da gerekmektedir.<sup>40</sup> Bu sebeple de ötanazi turizmi açısından ilgi çekici bir ülke konumundadır. Zira bu yolla ötanazi isteyen birçok kişi amaçlarını zorlanmadan ve sıkı kurallara tabi olmadan gerçekleştirebilmektedir.

### 3.7. Amerika Birleşik Devletleri

Amerika Birleşik Devletleri’nde ötanazi yasal olmamakla birlikte destekli intihar uygulaması bazı eyaletlerde mümkündür. Doktor destekli intihar, Oregon, Washington, Vermont, Kaliforniya, Montana, Colorado gibi eyaletlerde mümkündür. Assisted Suicide (Destekli intihar) kişinin kendisini bilinçli şekilde dışarıdan birinin yardımı ile öldürmesidir.<sup>41</sup>

Montana Yüksek Mahkemesi doktorların intihara destek vermelerinden dolayı yargılanmaları halinde, destekli intihar uygulaması yapılan kişinin rızasını savunmalarında kullanabileceklerine hükmetmiştir.<sup>42</sup>

<sup>38</sup> Bozkurt, “Ötanazi ve Destekli İntihar- Uluslararası Düzenlemeler ve Farklı Ülkelerdeki Uygulamalar”, s. 247.

<sup>39</sup> Alan Akca, s. 20.

<sup>40</sup> Bozkurt, “Ötanazi ve Destekli İntihar- Uluslararası Düzenlemeler ve Farklı Ülkelerdeki Uygulamalar”, s. 247.

<sup>41</sup> Alan Akca, s. 16.

<sup>42</sup> Bozkurt, “Ötanazi ve Destekli İntihar- Uluslararası Düzenlemeler ve Farklı Ülkelerdeki Uygulamalar”, s. 249.

Oregon ve Washington eyaletlerinde Death with Dignity Act düzenlemesi bulunmaktadır. Buna göre, hastanın ölümüne altı aydan az bir süre kaldığına dair en az iki doktor görüşü varsa, hasta erginse ve on beş günlük süre içinde hasta iki kez sözlü ve bir kez de yazılı olarak isteğini beyan ederse ötanazi yapılabilecektir.<sup>43</sup>

Doktorların Amerika Birleşik Devletleri'nde destekli intihar talebini kabul etmeleri zorunluluğu bulunmaz. Buna karşın hasta tedaviye devam etmek istemediği takdirde doktorlar tedaviyi durdurmak zorundadırlar. Bu durum tedaviyi ret hakkı kapsamında değerlendirilebilmektedir.<sup>44</sup>

Amerika Birleşik Devletleri bakımından son olarak Karen Ann Quinlan ve E. Bouvia kararlarına da değinmek gerekir. Quinlan Nisan 1975'te bilinç kaybına uğrayarak bitkisel hayata girer. İyileşemeyeceğinin anlaşılması üzerine ailesi nefes almasını ve beslenmesini sağlayan tüpün çıkartılması için ilk derece mahkemesine başvurmuştur. Reddedilmesi üzerine de New Jersey Temyiz Mahkemesi babayı kızının geleceği ve tedavisi konusunda karar vermek için atamıştır.<sup>45</sup> E. Bouvia ise 28 yaşında tamamen felçlidir ve beslenmeyi reddederek ölmek istemektedir. Bu istek önce mahkemece reddedilmiştir. Ardından hastane yetkililerinin yemek yemesi için zorlamaları üzerine olay tekrar yargı önüne gelmiştir. California Temyiz Mahkemesi sonucu ölüm de olsa Bouvia'nın beslenme tüpünden kurtulma hakkı olduğuna hükmetmiştir.<sup>46</sup>

### 3.8. Kanada

Kanada 17.06.2016'da Medical Assistance in Dying adlı kanunu kabul ederek ötanaziye izin vermiştir. Ötanazi uygulanabilmesinin koşulu ise hastanın medikal açıdan artık iyileşemeyecek durumda olmasıdır. Bu düzenlemenin Belçika ve Hollanda düzenlemelerinden farkı ise, sadece iyileşemeyecek ve terminal hastalığı olan hastalara uygulanabileceğidir. Kanada'da doktorlar ötanazi talebini ret hakkına sa-

<sup>43</sup> Yaşar, Turan, Alman, Avusturya ve İsviçre Yüksek Mahkeme Kararları Çerçevesinde Talep Üzerine Öldürme Suçu ile Ötanazi İlişkisi, s.64; Alan Akcan, s. 16.

<sup>44</sup> <http://www.deathwithdignity.org> (Erişim: 11.11.2020)

<sup>45</sup> Biton Serdaroğlu, "Ötanazi- Ölme Hakkı", s. 476. (Erişim:11.11.2020)

<sup>46</sup> Erdem Özkara, Ötanazide Temel Kavramlar ve Güncel Tartışmalar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001, s. 29.

hiptirler. Bu takdirde talebi reddeden doktor hastayı bir başka doktora yönlendirebilmektedir.<sup>47</sup>

### 3.9. Kolombiya

Kolombiya dünyada Hollanda, Belçika ve Lüksemburg'tan sonra ötanaziye izin veren dördüncü ülkedir. 2015 yılının Temmuz ayında çıkarılan kanun ile hem ötanazi hem de destekli intihar olanaklı hale gelmiştir. Yapılan düzenleme ile ötanazi uygulanabilmesi için güvenlik ölçütleri de getirilmiştir. Buna göre, hastanın bilinci yerinde değilse ailenin kişinin sağlığındaki ötanazi beyanını yazılı, görüntülü ya da ses kaydı ile ispatlamaları gerekir.<sup>48</sup>

### 3.10. Lüksemburg

Lüksemburg genel olarak Belçika'daki düzenlemeyi esas alarak düzenleme yapmış ve 2008'de ötanazi ve destekli intiharı belli koşullar altında suç olmaktan çıkararak kanunu onaylamıştır.

Ötanazi düzenlemesinin Belçika'daki düzenlemeden farkları ise hastanın en azından 18 yaşında bulunması aranmaktadır. Ötanazi beyanının geçerlilik süresi bakımından bir kısıtlama bulunmamaktadır. Oysa Belçika'da beyanın geçerlik süresi beş yıldır.<sup>49</sup>

### 3.11. Birleşik Krallık

Birleşik Krallık'ta ötanazi yasaktır. Bu sebeple Birleşik Krallık vatandaşları ötanazi turizmüne yönelerek Avrupa Birliği içindeki ötanazinin serbest olduğu ülkelere ve merkezlere başvurmaktadır.

Birleşik Krallık'ta destekli intihar da yasak olmasına karşın bir kişinin intiharına yardım eden kişinin mutlak surette cezalandırılacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanuni düzenlemeye göre mahkemeler ötanazi sebebiyle on dört yıla kadar ceza verebilirler.<sup>50</sup>

<sup>47</sup> Bozkurt, "Ötanazi ve Destekli İntihar- Uluslararası Düzenlemeler ve Farklı Ülkelerdeki Uygulamalar", s. 251.

<sup>48</sup> Bozkurt, "Ötanazi ve Destekli İntihar- Uluslararası Düzenlemeler ve Farklı Ülkelerdeki Uygulamalar", s. 252.

<sup>49</sup> Bozkurt, "Ötanazi ve Destekli İntihar- Uluslararası Düzenlemeler ve Farklı Ülkelerdeki Uygulamalar", s. 256.

<sup>50</sup> Bozkurt, "Ötanazi ve Destekli İntihar- Uluslararası Düzenlemeler ve Farklı Ülkelerdeki Uygulamalar", s. 256.

Birleşik Krallık bakımından önem arz eden ve AİHM'e konu olan dava *Pretty v. the UK* davasıdır. Çalışmanın devamında detaylı olarak değinileceği gibi davaya konu olayda kırk üç yaşındaki *Pretty* ALS hastasıdır. Bu hastalar genelde üç ila beş yıl içinde kaybedilir. *Pretty* Birleşik Krallık makamlarına intiharına eşinin yardım etmesi ve daha sonrasında da cezalandırılmaması için başvurur; ancak izin verilmez. AİHM bu durumda Sözleşmenin 2, 3, 8, 9 ve 14. maddelerinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.<sup>51</sup>

Birleşik Krallık bakımından *Debbie Purdy* olayına da değinmek gerekir. Davada Birleşik Krallık'ın Yargıtay makamı 2009 yılında hasta kişinin eşiyle beraber İsviçre'ye gitmek suretiyle destekli intihar etmesi durumunda eşinin suçlanamayacağını karara bağlamıştır.<sup>52</sup>

### 3.12. Avustralya

Avustralya'da ötanazinin kanuniliği dönemsel ve bölgesel farklılıklar göstermektedir. Zira 1995 yılında yürürlüğe giren ve Avustralya'nın kuzey bölgesinde hastalara doktor tarafından ötanazi uygulanmasına onay veren kanun, 1997'deki ötanazi kanunu ile kaldırılmıştır.<sup>53</sup>

## 4. Ötanazinin Yapıldığı Ülke ve Kuruluşlar ile Yapılma Şartları

Ötanazi uygulanarak yaşamına son vermek isteyen potansiyel adaylar için ötanaziye izin vermiş belirli bölgelere seyahatler organize edilmektedir.

Bu kapsamda inceleyeceğimiz ülke İsviçre'dir. İsviçre'ye ötanazi uygulanarak yaşamına son vermek için gelmek isteyen kişilerden ikamet etme zorunluluğu aranmamakta ve her yıl yaklaşık iki yüz kişi bu seyahatler ile ötanazi yapılmaktadır.<sup>54</sup>

İsviçre'de bu kapsamda faaliyet gösteren kuruluşlar *Exit DS*, *Exit A.D.M.D.*, *Exinternational*, *DIGNITAS*, *SPIRIT* ve *StHD+SterbeHilfe*

51 llerdeki Uygulamalar", s. 256; Alan Akcan, s. 18-19.  
Case of *Pretty v. The United Kingdom*, Application no: 2346/02, 29.04.2002, 4. Section, <http://hudoc.echr.coe.int> (Erişim: 14.11.2020)

52 <http://www.dignityindying.org.uk> (Erişim: 14.11.2020)

53 *Biton Serdaroglu*, s. 478.

54 *Pekersen*, s. 318.

Deutschland'dır. Bunların içerisinde 60.000 kişi ile en fazla üyeye sahip olan kuruluş Zürih'te kurulmuş olan Exit DS'dir. Exit DS'ye başvurup ötanazi olmak isteyenler kuruluşun üyesi olmak zorundadır. Üye olmanın şartları ise başvuru 18 yaşına gelmiş olmalı, İsviçre vatandaşı olmalı veya uzun süredir İsviçre'de yaşıyor olmalıdır.<sup>55</sup> Exit A.D.M.D.'de ötanazi olmak için başvuranlar kuruluşun üyesi olmak zorundadırlar. Üye olmanın şartları ise 20 yaşına gelmiş olmak ve İsviçre'de ikamet ediyor olmaktır.<sup>56</sup> SPIRIT ve Exinternational adlı kliniklerde ise henüz ötanazi uygulamaları yapılmamaktadır. Üzerinde durulması gereken bir diğer klinik ise DIGNITAS'tır. Klinik özellikle ölümcül bir hastalığa yakalanmış olan kişilere yardım amaçlı kurulmuştur. Buraya gelmek isteyen hastalar önce kliniğe **üye olmalı**, sonra da başvuru mektuplarını ve tıbbi dosyalarını sunmalıdırlar. Bu aşamalardan sonra hastaya solüsyon içerilerek ya da enjeksiyon yoluyla ölüm gerçekleştirilmektedir.<sup>57</sup>

## 5. Ötanazinin Engellenmesine Yönelik Ulusal ve Uluslararası Düzenlemeler

### 5.1. Ulusal Düzenlemeler

Türk hukukundaki incelemeye 1982 Anayasası ile başlamak gerekir. Anayasa'nın 17. maddesine göre, "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz."

1997 TCK Ön Tasarısı'nın 137. maddesine göre, "iyileşmesi kabil olmayan ve ileri derecede ızdırap verici bir hastalığa tutulmuş bulunan bir kimsenin şuuruna ve hareketlerinin serbestliğine tam olarak sahip iken yaptığı ısrarlı talepleri üzerine ve sadece hastanın ızdırapla-

<sup>55</sup> Ulrich Bosshard, E & W. Bar, 748 cases of suicide assisted by a Swiss right to die organization, Swiss Medical Weekly, 133, s. 310-317.

<sup>56</sup> Bosshard, Bar, E & W, 748 cases of suicide assisted by a Swiss right to die organization, Swiss Medical Weekly, 133, s. 310-317.

<sup>57</sup> R. Huxtable, The Suicide tourist tarp: Compromise across boundaries, Bioethical Inquiry, 6, s. 329.

rına son vermek maksadıyla öldürme fiilini işlediği sabit olan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir” şeklindedir. Bu itibarla tasarı ötanaziyi kasten öldürmeye nazaran daha hafif ve bağımsız bir suç olarak düzenlemiştir. Bir diğer değişle, tasarı ötanaziyi kasten öldürmenin bir çeşidi olarak düzenlemiştir. 2000 TCK Ön Tasarısı da 138. maddesinde aynı metni kabul etmişti.<sup>58</sup> Bu ön tasarılar da yer verilen hükümler 5237 sayılı TCK’ya alınmamıştır.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’nin 13. maddesinin 3. fıkrasında da hekimin teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyararak bedeni mukavemetinin azaltacak herhangi bir şey yapamayacağı belirtilmiştir. Yine aynı nizamnamenin 14. maddesinde hekimin hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatini korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, hastanın ızdırabını azaltma ya da dindirmekle yükümlü olacağı belirtilmektedir. Bu itibarla gerek Hasta Hakları Yönetmeliği gerek Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’nde talep üzerine öldürme ve ötanazi yasaklanmıştır.

Ötanaziyi engellemeye yönelik ulusal mevzuatımızdaki düzenlemelerden biri 1998 tarihli Hasta Hakları Yönetmeliğidir. Yönetmeliğin 13. maddesine göre, “Ötanazi yasaktır. Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahi, kimsenin hayatına son verilemez”.

Ulusal düzenlemelere rağmen ötanazi uygulayan kişiler TCK’nın 81. maddesinde düzenlenen kasten öldürme suçundan dolayı cezalandırılacaktır.<sup>59</sup> Maddenin birinci fıkrasına göre, “Bir insanı kasten öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.” Ötanazi uygulayan kişi de hastanın yaşam hakkına son vermektedir. Bu kapsamda rıza hukuka uygunluk nedenine de değinilmelidir. TCK’nın 26. maddesinin ikinci fıkrasına göre, “Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez”. Belirtmek gerekir ki; rızanın hukuka uygunluk sebebi oluşturabilmesi için ilişkin bulunduğu konu üzerinde ve hukuken tanınmış sınırlar dahilinde tasarrufta

<sup>58</sup> Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Türk Ceza Kanununun Yürürlüğe Konulmasına ve Mevzuata Uyumuna Dair Kanun Tasarısı, T.C. Adalet Bakanlığı, Ankara, 2000.

<sup>59</sup> Alan Akcan, s. 22; Besiri, s. 200.

bulunulması gerekir.<sup>60</sup> Kişinin hayatı, üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir alan değildir. Bu itibarla ötanazi uygulanarak yaşamına son verilmesini isteyen hastanın rızası, eylemi hukuka uygun hale getirmeyecektir.<sup>61</sup>

Kendi ülkelerinde yasal olmaması sebebiyle ötanazi uygulanarak yaşamlarına son verilmesi için kişileri başka ülkelerdeki merkezlere götürülen ve ötanazi uygulanmasını gerçekleştirmeye yardım eden kişilerin durumuna gelince, bu kişiler öncelikle TCK'nın 84. maddesinde belirtilen intihara yönlendirme suçundan asli fail olarak sorumlu olacaklardır. Maddeye göre, "(1) Başkasını intihara azmettiren, teşvik eden, başkasının intihar kararını kuvvetlendiren ya da başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım eden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) İntiharın gerçekleşmesi durumunda, kişi dört yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) Başkalarını intihara alenen teşvik eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (4) İşlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamayan yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldırılan kişileri intihara sevk edenlerle, cebir veya tehdit kullanmak suretiyle kişileri intihara mecbur edenler, kasten öldürme suçundan sorumlu tutulurlar" şeklindedir.

Buna göre bir Türk vatandaşı başka bir Türk vatandaşını talebi üzerine yurt dışında ötanazinin uygulanabileceği merkezlere götürdüğü takdirde sorumluluğu belirlenirken TCK'nın 11. maddesi nazara alınmalıdır. Maddeye göre, "(1) Bir Türk vatandaşı, 13. maddede yazılı suçlar dışında, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı bir yıldan az olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçu yabancı ülkede işlediği ve kendisi Türkiye'de bulunduğu takdirde, bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması ve Türkiye'de kovuşturulabilirliğinin bulunması koşulu ile Türk kanunlarına göre cezalandırılır. (2) Suç, aşağı sınırı bir yıldan az hapis cezasını gerektirdiğinde yargılama yapılması zarar görenin veya yabancı hükümetin şikayetine bağlıdır. Bu durumda şikayet, vatandaşın Türkiye'ye girdiği tarihten itibaren altı

<sup>60</sup> İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 360; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 191.

<sup>61</sup> Özgenç, s. 360; Tezcan/Erdem/Önok, s. 194; Alan Akcan, s. 23.

ay içinde yapılmalıdır” şeklindedir. Şu hâlde her iki madde birlikte ele alındığında, TCK’nın 84. maddesinde düzenlenen suçun alt sınırı TCK’nın 11. maddesinde belirtilen bir yıldan daha yüksektir. Yabancı ülkede hüküm verilmemiş ise ve Türk vatandaşı da Türkiye’de bulunduğu takdirde TCK’nın 84. maddesi gereğince intihara yönlendirme suçundan sorumlu tutulabilecektir.

Bir yabancıнын Türkiye’de bir Türk vatandaşını talebi üzerine yurt dışında ötanazinin uygulanabileceği merkezlere götürüldüğü takdirde sorumluluğu belirlenirken de TCK’nın 12. maddesi nazara alınmalıdır. Maddeye göre, “(1) Bir yabancı, 13. maddede yazılı suçlar dışında, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı en az bir yıl hapis cezasını gerektiren bir suçta yabancı ülkede Türkiye’nin zararına işlediği ve kendisi Türkiye’de bulunduğu takdirde, Türk kanunlarına göre cezalandırılır. Yargılama yapılması Adalet Bakanı’nın istemine bağlıdır. (2) Yukarıdaki fıkrada belirtilen suçun bir Türk vatandaşının veya Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk kişisinin zararına işlenmesi ve failin Türkiye’de bulunması halinde, bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması koşulu ile suçtan zarar görenin şikâyeti üzerine, fail, Türk kanunlarına göre cezalandırılır”. Şu hâlde TCK’nın 84. maddesinde düzenlenen suçun alt sınırı TCK’nın 12. maddesinde belirtilen bir yıldan daha yüksek olduğundan ve yabancı kişi Türkiye’de bulunduğu ve Adalet Bakanının istemi olduğu takdirde bu maddeye göre cezalandırılabilir.

## 5.2. Uluslararası Düzenlemeler

### 5.2.1. 2005 tarihli Avrupa Birliği Direktifi

2005 tarihinde Avrupa Birliği tarafından hazırlanan bu direktife göre, üye devletler tıbbi niteliklerinin başka bir üye devlette tanınmasına izin verebilmektedir. Bu direktife yöneltilen en büyük eleştiri, ötanazi uygulamalarını kolaylaştıracağıdır. Buna göre ötanazi uygulanarak yaşamına son vermek isteyen hasta doktoru ile başka bir üye ülkeye gidip, bunu gerçekleştirebilmektedir.<sup>62</sup>

<sup>62</sup> Euthanasia Tourism: Is The E.U. Encouraging Its Growth?, <http://www.forbes.com> (Erişim: 18.11.2020)



### 5.2.2. Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma

Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın 114, 153, 156, 168, 169 ve 207. maddelerinde hasta ve sağlık kavramları yer almakla birlikte ötanaziye ilişkin bir tanım bulunmamaktadır.<sup>63</sup>

Belirtmek gerekir ki; Avrupa Parlamentosunda ötanazinin desteklenmesi için 2016 yılı Ocak ayında imzaya sunulan “written declaration on dignity at the end of life” isimli teklif onaylanması için gerekli çoğunluğu sağlayamamıştır. İlgili teklifin metninde tüm Avrupa Birliği vatandaşlarının dayanılmaz zihinsel ve fiziksel acıya neden olan, iyileştirilemeyen bir hastalığın ileri ya da son evresinde olmaları halinde yaşamlarını sona erdirmek konusunda tıbbi yardım alabilecekleri belirtilmektedir.<sup>64</sup>

### 5.2.3. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (Ovideo Sözleşmesi)

Avrupa Konseyi Strazburg’da 1997’de bu sözleşmeyi onaylamıştır. Bu sözleşmeyi Biyomedikal Araştırmalarla ilgili Ek Protokolü ile birlikte nazara almak gerekir. Türkiye Sözleşmenin onaylanmasını 03.12.2003’te 5013 sayılı Kanun ile uygun bulmuş ve Sözleşme 16.03.2004’te yürürlüğe girmiştir.<sup>65</sup> Bu Sözleşme ve ek protokolü daha sonra ötanazi ile ilgili bir kılavuz hazırlanmasına öncülük etmiştir.

### 5.2.4. Yaşamın Son Döneminde Tıbbi Tedavide Karar Verme Sürecine İlişkin Kılavuz

Avrupa Konseyi yukarıda değinilen düzenlemeler temel alınarak 2015 yılında “Yaşamın Son Döneminde Tıbbi Tedavide Karar Verme Sürecine İlişkin Kılavuz” yayımlamıştır. Kılavuzun amacı, Avrupa Konseyi Biyoetik Komitesi tarafından, hasta hakları ile ilgili çalışmalarını sırasında, Ovideo Sözleşmesiyle güvence altına alınan ilkelerin uygulanmasına yardım etmektir.<sup>66</sup>

<sup>63</sup> <http://www.ab.gov.tr/antlaşmalar/PDF> (Erişim: 18.11.2020)

<sup>64</sup> <http://www.europarl.europa.eu/PDF> (Erişim: 18.11.2020)

<sup>65</sup> Tuğrul Katoğlu, “Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006, C. 55, S. 1, s.157.

<sup>66</sup> [https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/09\\_End%20of%20Life/Guide/Guide%20FDV%20turc.pdf](https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/09_End%20of%20Life/Guide/Guide%20FDV%20turc.pdf)

Kılavuzda ötanazi bakımından en dikkat çeken husus, ölmekte olan hastanın hayatının sonlanması sürecine, iradesini beyan ederek katılmayacağı durumlarda, önceden böyle bir duruma yönelik belirttiği görüşlerinin göz önünde bulundurulması gerektiğidir.<sup>67</sup> Kılavuzda ayrıca karar verme sürecinin etik ve hukuki çerçevesi, özerklik ilkesi, sadece uygun tedavi verme yükümlülüğü, sağlık hizmetlerinde hakkaniyete uygun erişim gibi kavramlar da açıklanmaktadır.<sup>68</sup>

### 5.2.5. Araştırma Etik Kurulu Üyeleri Kılavuzu

Araştırma Etik Kurulu Üyeleri Kılavuzu 2011 yılında Avrupa Konseyi Biyoetik Yürütme Kurulu tarafından yayımlanmıştır. Kılavuzun amacı, insan vücudu üzerinde yapılacak müdahalelerde ortaya çıkan etik sorunların çözümünde etik kurullara yardımcı olmaktır. Kılavuzda Avrupa’da biyomedikal araştırmalara yön veren temel ilkelere vurgu yapılmakta ve bu ilkelerin uygulanmasını kolaylaştıracak çalışma yöntemleri ortaya konulmaktadır.<sup>69</sup>

Kılavuzda incelenen konular arasında insan vücuduna yapılan müdahaleler ile ilgili insan sağlığına zarar verilmemesi, müdahalede bulunmak için kişilere baskı yapılmaması ve aydınlatılmış onamlarının alınması da belirtilmektedir.<sup>70</sup>

Avrupa Etik Kurulu Üyeleri Kılavuzu’nda doğrudan ötanazi ile bağlantılı olarak ölmekte olan hastanın yaşamının sonlanması sürecine, kendi iradesini beyan ederek katılmayacağı hallerde, daha önceden böyle bir duruma dair belirtmiş olduğu isteklerinin göz önünde bulundurulacağı açıkça vurgulanmıştır.<sup>71</sup>

<sup>67</sup> [https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/09\\_End%20of%20Life/Guide/Guide%20FDV%20turc.pdf](https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/09_End%20of%20Life/Guide/Guide%20FDV%20turc.pdf)

<sup>68</sup> [https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/09\\_End%20of%20Life/Guide/Guide%20FDV%20turc.pdf](https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/09_End%20of%20Life/Guide/Guide%20FDV%20turc.pdf)

<sup>69</sup> [http://www.deontoloji.hacettepe.edu.tr/belgeler/belgeler\\_2017/AEKKilavuzu\\_2.Baski.pdf](http://www.deontoloji.hacettepe.edu.tr/belgeler/belgeler_2017/AEKKilavuzu_2.Baski.pdf), s. 5.

<sup>70</sup> [http://www.deontoloji.hacettepe.edu.tr/belgeler/belgeler\\_2017/AEKKilavuzu\\_2.Baski.pdf](http://www.deontoloji.hacettepe.edu.tr/belgeler/belgeler_2017/AEKKilavuzu_2.Baski.pdf), s. 27 v.d.

<sup>71</sup> Bozkurt, “Üluslararası Hukuk ve AB Hukuku Düzenlemeleri Kapsamında Ötanazi ve Belçika Örneğinde Ötanaziye İlişkin Yasal Düzenlemeler”, s. 6.

## 6. Ötanazinin İnsan Hakları Boyutu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Ötanazi ve destekli intihar kavramları özellikle yaşam hakkı çerçevesinde ele alınmaktadır. Yaşam hakkı ile ilgili temel düzenlemeye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinde yer verilmektedir. Maddenin ilk fıkrasına göre, "Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimse- nin yaşamına kasten son verilemez." Maddeden yaşam hakkının dokunulmaz olmasının yanı sıra devletlerin bu hakkın korunması konusunda bir görevinin bulunduğu da anlaşılmaktadır<sup>72</sup>. Kişiliğin korunması başlıklı Türk Medeni Kanunu'nun 23. maddesine göre, "Kimse hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlandıramaz." Bu maddeden de kişiliğin korunması kapsamında görülen yaşam hakkından vazgeçilemeyeceği çıkartılabilmektedir. Bu itibarla, yaşam hakkına müdahale oluşturan eylemlere verilen rızanın da bir geçerliliği bulunmamaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu kapsamdaki *Pretty v. UK* kararına konu olay, Birleşik Krallık'ta destekli intihar talep eden *Pretty*'nin eşinin intiharına yardım etmesi sebebiyle cezalandırılması isteminden kaynaklanmaktadır. Mahkeme kararında, Birleşik Krallık'ın intihar yasasında destekli intiharı yasaklamasını Sözleşmenin ikinci maddesi kapsamında yaşam hakkının ihlali olarak görmediğini belirtmiştir.<sup>73</sup> Yine kararda Sözleşmenin 3. maddesindeki insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağının, 8. maddesindeki özel hayata saygı hakkının ve 14. maddesindeki ayrımcılık yasağının da ihlal edilmediğine karar verilmiştir.<sup>74</sup>

*Nicklinson and Lamb v. the UK* kararına konu olaylarda ise ilk başvuru, yaşamını sonlandırmak isteyen ağır hastanın eşidir. Başvuru sebebi, yerel mahkemelerce Birleşik Krallık'ta doktor destekli in-

<sup>72</sup> Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 68; Biton Serdaroğlu, s. 486.

<sup>73</sup> Yaşamın Sona Erdirilmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Tematik Bilgi Notu, [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Euthanasia\\_TUR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Euthanasia_TUR.pdf) (Erişim Tarihi: 29.12.2020)

<sup>74</sup> Yaşamın Sona Erdirilmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Tematik Bilgi Notu, [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Euthanasia\\_TUR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Euthanasia_TUR.pdf) (Erişim Tarihi: 29.12.2020)

tiyara ilişkin dzenlemelerin eşinin ve kendisinin özel hayatına saygı hakkına uygun olup olmadığı tartişılmaksızın karar verilmesidir. Diğer başvurucu ise felç geçiren ve hayatının sona erdirilmesini isteyen bir kişidir. Bunun için de ölümcül ilacın kendisine bir başka kişinin yardımıyla verilmesini istemektedir. Mahkeme ilk başvuruyu Sözleşmenin 8. maddesinin ihlali iddiasını açıkça temelsiz görmesi, ikinci başvuruyu da iç hukuk yollarının tkutilmemesi nedenleriyle kabul edilemez bulmuştur.<sup>75</sup>

Haas v. İsviçre kararına konu olay ise devlet tarafından intihar etmek isteyen kişinin intiharı için gereken kimyasal ilaca erişiminin hekim raporu olmadan verilmemesidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararında, Avrupa Konseyi lkelerinin çoğunun Sözleşme'nin 8. maddesi bakımından kişinin hayatına son verme hakkından ziyade hayatının korunmasını daha önemli bulduklarını önemli bulduklarını ve bu konuda devletlerin takdir yetkisi olduğunu belirtip, Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir belirtmiştir.<sup>76</sup>

Yukarıdaki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından Sözleşmenin asıl amacının ye devletlerin vatandaşlarının yaşamlarının devamlarını sağlamak olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemenin ye devletlere yaşamlarını ötanazi ya da destekli intihar yoluyla sona erdirmek isteyen vatandaşların taleplerine olumlu yanıt verme gibi bir yükümlülük getirmediğini ve kararların isabetli olduğunu düşünüyoruz.

## 7. Sonuç

Son yillarda ötanaziye olan talep tüm dünyada artış göstermiştir. Ancak birçok ülkede yasal olarak ötanaziye izin verilmemesi bu yola başvurmak isteyen kişileri yurtdişindeki bazı ülke ve merkezlere başvurmaya sevk etmiştir.

Ötanazinin engellenmesine yönelik olarak ulusal mevzuata bakıldığında, ötanazi uygulayan kişi bakımından TCK'da başta 81.

<sup>75</sup> Yaşamın Sona Erdirilmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Tematik Bilgi Notu, [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Euthanasia\\_TUR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Euthanasia_TUR.pdf) (Erişim Tarihi: 29.12.2020)

<sup>76</sup> Yaşamın Sona Erdirilmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Tematik Bilgi Notu, [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Euthanasia\\_TUR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Euthanasia_TUR.pdf) (Erişim Tarihi: 29.12.2020)

maddede düzenlenen kasten öldürme suçu olmak üzere TCK'nın 84. maddesinde düzenlenen intihara yönlendirme suçları oluşmaktadır. Uluslararası alanda ise 04.04.2001 tarihli AB Direktifi, Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma, Ovideo Sözleşmesi, Yaşamın Son Döneminde Tıbbi Tedavide Karar Verme Sürecine İlişkin Kılavuz ve Araştırma Etik Kurulu Üyeleri Kılavuzu bulunmaktadır. Ancak uluslararası alandaki bu düzenlemelerde doğrudan ötanazinin engellenmesine yönelik hükümler yer almamaktadır. Bunun bilinçli bir tercih olduğu, ülkelerin siyasal ve kültürel yapılarıyla ilgili bir tasarruf alanı bırakıldığı düşünülebilirse de özellikle belli ülkeler ve kuruluşların ötanazinin cazibe merkezi haline geldiği de açıktır. Bu sebeple Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi'ne üye ülkeler ötanaziyi engellemeye yönelik ortak müzakereler yürütüp, son yıllarda artış gösteren bu durumu önlemek için düzenlemeler yapmalıdır.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Hakeri Hakan-Tekin Derya, 100 Tartışmalı Soruyla Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Hakeri Hakan, Tıp Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.
- Koca Mahmut-Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.
- Özkara Erdem, Ötanazide Temel Kavramlar ve Güncel Tartışmalar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001.
- Tezcan Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Önok, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.

### Makaleler

- Akyurt Kurnaz Hande-Çeken Hüseyin-Kılıç Burhan, "Hüzün Turizmi Katılımcılarının Seyahat Motivasyonlarının Belirlenmesi", *İşletme Araştırmaları Dergisi*, 2013, 5/2, s.57-73.
- Alan Akcan Esra, "Ötanazi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXXI, S. 1, 2013, s.3- 26.
- Artuk Mehmet Emin-Yenidünya A. Caner, "Ötenazi", *Yargıtay Dergisi*, C. 18, S. 3, Temmuz 1992, s.300- 317.
- Besiri Arzu, "Ötanazi ve Yaşam Hakkı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2009, S. 86, s. 188-203.

- Biton Serdaroğlu Erika, "Ötanazi- Ölme Hakkı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan Özel Sayısı, C.1, s.463-491.
- Bozkurt Kutluhan, "Uluslararası Hukuk ve AB Hukuku Düzenlemeleri Kapsamında Ötanazi ve Belçika Örneğinde Ötanaziye İlişkin Yasal Düzenlemeler", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, C. XIV, S.1, s. 1-22.
- Bozkurt Kutluhan, "Ötanazi ve Destekli İntihar- Uluslararası Düzenlemeler ve Farklı Ülkelerdeki Uygulamalar", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIV, S.2, s. 241-270.
- Çelik Faik, "Türk Hukuk Sistemine ve Biyo-Hukuk Sözleşmesine Göre Ötanazi", *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Kamu Hukuku Arşivi Dergisi*, 1. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Sayısı, s. 169-173.
- Çoban Ömer-Dilek S. Emre-Harman Serhat, "İntihar bir turizm türü olarak değerlendirilebilir mi?", *Neşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C.7, S. 1, Ocak- Haziran 2017, s. 137-151.
- Demirörs Özge-Hızal Sevinç Arslan, "Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65 (4), 2016, s. 1481-1516.
- Duttge Gunnar, "Alman Hukukunda Ötanazi", Çev. Beril Özcanlı/ Zeynep Elibol, Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi, Derleyen: Nur Centel, İstanbul, 2011.
- Eskin Mehmet, "İntiharda bilişsel davranışçı sağaltım yaklaşımları", *Kriz Dergisi*, 15 (2), s.15-35.
- R. Huxtable, "The Suicide tourist tarp: Compromise across boundaries", *Bioethical Inquiry*, 6, s. 329.
- Katoğlu Tuğrul, "Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 55 (1), 2006, s.157-193.
- Kılıç Burhan-Akyurt Hande, "Destinasyon İmajı Oluşturmada Hüzün Turizmi: Afyonkarahisar ve Başkomutan Tarihi Milli Parkı", *Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 10 (1), 2011, s. 209-232.
- Oder Bertil Emrah, "Hak ve Özgürlükler Temelinde Ötanazi: Anayasa Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme", Hukuk ve Etik Boyutu ile Ötanazi, Derleyen: Nur Centel, İstanbul, 2011.
- Ölçer F. Pınar, "Hollanda Hukukunda Ötanazi", *Terazi Hukuk Dergisi*, Y. 2010, C. 2, S. 4, s. 18-22.
- Özen Muharrem-Ekici Şahin Meral, "Ötanazi", *Ankara Barosu Dergisi*, 2010/4, s.15-97.
- Özkara Erdem, "Ötanaziye Farklı Bir Bakış: Belçika'da Ötanazi Uygulaması ve Ülkemizdeki Durum", *TBB Dergisi*, S. 78, 2008, s. 105-122.
- Pekershen Yeliz, "Hayatı Sonlandırmak İçin Seyahat", *Manisa Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 15, S. 4, Aralık 2017, s. 313-328.
- Serdaroğlu Erika Biton, "Ötanazi- Ölme Hakkı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan Özel Sayısı, C.1, s.463-491.

Sulu Muhammed, "Ötanazi Üzerine", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S.2., s. 551-574.

Yaşar Yusuf-Turan Işıl, "Alman, Avusturya ve İsviçre Yüksek Mahkeme Kararları Çerçevesinde Talep Üzerine Öldürme Suçu ile Ötanazi İlişkisi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 19, S.1, s. 39-72.

Yılmaz Ş. Berfin Işık, "Ötanazi", *Terazi Hukuk Dergisi*, Y. 2012, C. 7, S. 68, s. 51-59.

İnternet Kaynakları

[https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/09\\_End%20of%20Life/Guide/Guide%20FFF%20turc.pdf](https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/09_End%20of%20Life/Guide/Guide%20FFF%20turc.pdf)

[http://www.deontoloji.hacettepe.edu.tr/belgeler/belgeler\\_2017/AEKKilavuzu\\_2.Baski.pdf](http://www.deontoloji.hacettepe.edu.tr/belgeler/belgeler_2017/AEKKilavuzu_2.Baski.pdf)

<http://www.dw.com/tr/ötanazi-yardımlına-yasak>

<http://www.ttb.org.tr>

<http://www.euthanasia.com>

<http://plato.stanford.edu/entries/euthanasia-voluntary>

Euthanasia Tourism: Is The E.U. Encouraging Its Growth?, <http://www.forbes.com>

Uluslararası Antlaşmalar, Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi Düzenlemeleri

Avrupa Konseyi "Yaşamın Son Döneminde Tıbbi Tedavide Karar Verme Sürecine İlişkin Kılavuz", 2015

Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, 20.04.2004 tarihli ve 25439 sayılı Resmî Gazete.

Directive 2001/20/EC of the European parliament and of the council of 4 April 2001.

Ovideo Convention

The Council Regulation (EEC) No: 1408/71 and (EEC)574/72.

The Treaty on European Union and Treaty on the Functioning of the European Union.

Guide for Researh Ethics Committee Members CDBI/INF (2011) 2, Strazbourg, 7 February 2011.

Yaşamın Sona Erdirilmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Tematik Bilgi Notu, [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Euthanasia\\_TUR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Euthanasia_TUR.pdf)

# ADLI KOLLUK GÖREVLİLERİNİN GÖREVI KÖTÜYE KULLANMA SUÇU

## CRIME OF MISCONDUCT BY LAW ENFORCEMENT OFFICERS

Ramazan ARITÜRK\*

**Özet:** Görevi kötüye kullanma suçu kamuya olan güvenin tesisinde hayati bir öneme sahiptir. Özellikle adli iş ve işlemleri yürütülmesinde görev alan adli kolluk görevlilerinin görevlerini yasal sınırları içerisinde yürütmesi gerekmektedir. Buna mukabil uygulamada en çok karşılaşılan hukuka aykırı durumlar da adli kolluk görevlilerinin görevi kötüye kullanma teşkil eden fiilleridir. Bu husus adliye olan güveni zedelediği gibi kişilerin adalet arayışının farklı mecralara kaymasına neden olmaktadır. Bua çalışmada hem suç tipinin ceza teorisi açısından değerlendirmesi yapılacak hem de uygulamaya yönelik eleştiriler ortaya koyulacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Adli Kolluk, Görevi Kötüye Kullanma, Olay Yeri İnceleme, Arama, El Koyma

The crime of misconduct plays a vital role in establishing public trust. In particular, judicial law enforcement officers who are involved in the execution of judicial affairs and transactions must carry out their duties within the legal limits. On the other hand, acts of judicial law enforcement officers constituting misconduct in unlawful situations are encountered most frequently in practice. This issue not only damages the trust in the courthouse, but also causes people's search for justice to shift to different channels. In this study, both the type of this crime will be evaluated in terms of criminal theory and the criticisms on practice will be put forward

**Keywords:** Judicial Law Enforcement, Abuse of Power, Crime Scene Investigation, Search, Seizure

\* Dr. Öğretim Üyesi, İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ramazanariturk@gmail.com, ORCID NO: 0000-0003-0898-2128, Makalenin Gönderim Tarihi: 12.08.2021, Kabul Tarihi: 12.08.2021



## I. GENEL HATLARIYLA GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU

### A) Suçun Düzenlenme Şekli ve Tarihçesi

Görevi kötüye kullanma suçu madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere *"kamu faaliyetlerinin gerek eşitlik gerek liyakatlılık açısından adalet ilkelerine uygun yürütüldüğü hususunda toplumda hâkim olan güvenin, inancın sarsılmaması"* amacıyla Türk Ceza Kanunu'nun Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar başlığı altında 257. maddede düzenlenmiştir. 765 sayılı eski TCK'nın Cürümler başlıklı İkinci Kitabının, Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler başlıklı Üçüncü Babının Dördüncü Faslında, Memuriyet ve Mevki Nüfuzunu Suistimal Edenler ve Memuriyet Vazifelerini Yapmayanlara Ait Cezalar düzenlenmiştir. Bu kısımda yer alan 228., 230. ve 240. maddelerde de yeni kanunda görevi kötüye kullanma suçuna tekabül eden fiiller kazuiistik bir yöntemle ayrı ayrı hüküm altına alınmıştır.<sup>1</sup> Ancak 5237 sayılı TCK ile 765 sayılı TCK'da yer alan keyfi muamele, görevi kötüye kullanma ve görevi ihmal suçları ayırımından vazgeçilmiştir. Söz konusu yürürlükte olan maddenin tam metni şu şekildedir:

<sup>1</sup> 765 sayılı TCK'da yeni kanundaki ifadesiyle görevi kötüye kullanma fiilini içeren suç tipleri:

Madde 228: Devlet memurlarından her kim bir şahıs veya memur hakkında memuriyetine ait vazifeyi suiistimal ile kanun ve nizamın tayin ettiği ahvalden başka suretle keyfi bir muamele yapar veya yapılmasını emreder veya ettirirse altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu muamelede hususi maksat veya siyasi saik veya sebep mevcut ise cezası üçte birden yarıya kadar artırılır.

Memuriyetinin icrasında lüzumsuz yere sert muamelelerle bir şahsın kanun hükümüne veya hükümetin emirlerine itaat etmemesine sebep olan memur dahi aynı ceza ile cezalandırılır.

Madde 230: Hangi nedenle olursa olsun memuriyet görevini yapmakta savsama ve gecikme gösteren veya üstünün yasaya göre verdiği buyrukları geçerli bir neden olmadan yapmayan memur üç aydan bir yıla kadar hapis ve bin liradan beş bin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır. Bu savsama ve gecikmeden veya üstünün yasal buyruklarını yapmamış olmaktan Devletçe bir zarar meydana gelmişse, derecesine göre altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile birlikte süreli veya temelli olarak memuriyetten yoksun kalma cezası da hükümlenir.

Her iki durumda memurun vazifesini geciktirmesinden veya verilen buyruğu yapmamasından, kişiler herhangi bir zarara uğramışsa bu zarar ayrıca ödettilir.

Madde 240: Yasada yazılı hallerden başka hangi nedenle olursa olsun görevini kötüye kullanan memur derecesine göre bir yıldan üç yıla kadar hapsolünür. Cezayı hafifletici nedenlerin bulunması halinde altı aydan bir yıla kadar hapis ve her iki halde iki bin liradan on bin liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Ayrıca memuriyetten süreli veya temelli olarak yoksun kılınır.

*“(1) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

*(2) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmaktan ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”*

Bu madde 2004’ten bugüne kadar üç önemli değişikliğe uğramıştır. Birincisi, birinci fıkranın önceki halinde *“kişilere haksız kazanç sağlayan”* şeklindeki ifadede *“kazanç”* ibaresinin *“menfaat”* olarak değiştirilmesi olmuştur. Anlaşılacağı üzere kanun koyucunun buradaki amacı, kazanç ifadesinin salt ekonomik çıkar olarak anlaşılmasının önüne geçmektir. Nitekim bu durum değişiklik gerekçesinde de *“görevin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle kişilere ekonomik olarak ölçülemeyen menfaatlerin de”* sağlanmış olabileceği şeklinde ifade edilmiştir. İkinci değişiklik ise, görevi kötüye kullanma suçunda cezaların hafifletilmesi doğrultusunda olmuştur.<sup>2</sup> Bu değişikliğin nedeni de değişiklik gerekçesinde *“ceza miktarlarında aynı bölümde yer alan suçlar arasında orantı sağlamak”* olarak açıklanmıştır. Son olarak, 2012 yılında yapılan değişiklik ile de maddenin üçüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.<sup>3</sup> Kamu görevlisinin görevinin gereği olarak yerine getirmesi gereken bir işten yarar sağlaması çoğunlukla icbar suretiyle irtikap oluşturmaya rağmen uygulamada görevi kötüye kullanma suçu (mülga TCK m. 257/3) kapsamında değerlendirildiği için bu fıkra yürürlükten kaldırılmış olup, TCK m. 250/1’de icbar kavramı açıklanarak kamu görevlisinin icbar suretiyle irtikap suçundan sorumlu tutulmasının yolu açılmıştır. Böylece kamu görevlisi görevinden kaynaklı olarak kendisine bir menfaat sağlarsa rüşvet veya irtikaptan sorumlu tutulabilecektir.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Maddenin değişiklikten önceki halinde görevi kötüye kullanma suçu, icrai hareketle işlenmesi halinde bir yıldan üç yıla kadar, ihmali hareketle işlenmesi halinde altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktaydı.

<sup>3</sup> “3) İrtikap suçunu oluşturmadığı takdirde, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlayan kamu görevlisi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

<sup>4</sup> Handan Yokuş Sevük, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)”, *DÜHFD*, C. 23, S. 39, 2018, s. 259.

## B) Düzenlemenin Hukuki Niteliği ve Suç Tipiyle Korunan Hukuki Menfaat

Görevi kötüye kullanma suçunun, kamu görevlisinin görevinin gerekleriyle uyuşmayan yani hukuka aykırı olup özel olarak tanımlanmamış tüm fiillerinin cezalandırılabilmesi amacıyla ihdas edildiği için “ikame hüküm” veya “torba hüküm” niteliğinde olduğu ifade edilmektedir.<sup>5</sup> Maddede geçen “*kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında*” ifadesinden görevi kötüye kullanma suçunun genel, tali ve tamamlayıcı bir suç tipi olduğu ve kamu görevlisinin fiilinin başkaca bir suç oluşturmadığı takdirde bu suç kapsamında değerlendirilebileceği anlaşılmaktadır<sup>6</sup>. Suçun bu mahiyeti dolayısıyla korunan hukuki değer de diğer suç tiplerine kıyasla daha geniştir. Yani görevi kötüye kullanma suçunun cezalandırılmasındaki maksat “kamu görevlilerinin görevlerinin gereklerine uygun hareket ettikleri, bu görev dolayısıyla kendilerine tanınan yetkileri hukuken belirlenmiş sınırlar içinde kullandıkları konusunda toplumda hâkim olan güven” duygusunun ihlal edilmesidir.

## II. GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNUN UNSURLARI

### A) Maddi Unsurlar

#### 1) Suçun Faili

Kural olarak görevi kötüye kullanma suçu özgü bir suçtur ve yalnızca kamu görevlileri tarafından işlenebilir. TCK'nın 6. maddesinde kamu görevlisi, “*kamusal faaliyetin yürütülmesinde atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*” şeklinde tanımlanmıştır. Ancak 257. maddeden “*görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle*” ifadesinden suçun kamu görevlisi olmak dolayısıyla salt bir yükümlülük suçu olmadığı, bu nedenle görevin ge-

<sup>5</sup> İzzet Özgenç/Cumhur Şahin, “Kamu Görevlisinin Görevi Kötüye Kullanması Üzerine Düşünceler”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VI, 2003, s. 193. Handan Yokuş Sevik, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)”, *DÜHFD*, C. 23, S.39, 2018, s. 260

<sup>6</sup> Olağanüstü haller için seferberliğe hazırlık amacı ile ilgili görevin ihmali suçunu düzenleyen TCK m. 324/1'deki “Sulh zamanında seferberlikle ilgili görevlerini ihmal eden veya geciktiren kamu görevlisine altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir” düzenlemesi görevi kötüye kullanma suçuna nazaran daha özel bir hükümdür.

reklerinin tespitinin failin tespiti açısından da önem arz ettiğini ifade etmeliyiz.<sup>7</sup> Dolayısıyla failin kamu görevlisi olması gerektiği gibi suçun oluşumu için söz konusu failin kamu görevlisinin görev alanına da girmesi gerekmektedir. Soyaslan'a göre "devletin yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarının icrası kapsamında yürüttüğü faaliyete, bu fonksiyonları yerine getiren organlara, atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılıp çalışan kişiye kamu görevlisi" denir.<sup>8</sup>

Ayrıca bazı özel kanunlarda, bazı kişilerin görevlerinin gereklerine aykırı davranması halinde kamu görevlisi sıfatı taşıyor olmasalar dahi kamu görevlisi gibi görevi kötüye kullanmaktan cezalandırılacakları kabul edilmiştir.<sup>9</sup> Bu çalışmanın konusunu da teşkil eden kolluk kuvvetlerinin, CMK kapsamında kamusal faaliyet yürüttükleri ve dolayısıyla mensuplarının da kamu görevlisi sıfatını taşıdığı ve görevi kötüye kullanma suçunun faili olabileceklerinde şüphe yoktur.<sup>10</sup>

## 1.1. Adli Kolluğun Hukuki Niteliği

### 1.1.1. Adli Kolluk - İdari Kolluk Ayrımı

Bütün idari faaliyetlerin amacı kamu yararı olsa da kolluk, kamu düzeni gibi kamu yararının dar ve özel bir alanına ilişkin yürütülen bir faaliyettir. Genel sınıflandırmaya bakacak olursak kolluk faaliyeti idari ve adli olmak üzere iki gruba ayrılır. İdari kolluk faaliyeti, kamu düzeninin korunması amacıyla gerekli önlemlerin alınması şeklinde yürütüldüğü için önleyici niteliktedir. Adli kolluk ise kamu düzeni bozulduktan sonra ortaya çıkar ve bu nedenle bastırıcı niteliktedir. Suçun ortaya çıkarılması, suçluların ve suç delillerinin bulunarak adli

<sup>7</sup> İzzet Özgenc, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, İBB Hukuk Müşavirliği, 1996, s. 169.

<sup>8</sup> Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8. Baskı, Ankara 2010, s. 647-648.

<sup>9</sup> Örneğin Kooperatifler Kanunu 62. maddesi son fıkrasında şöyle bir hüküm bulunmaktadır: "Yönetim Kurulu üyeleri ve kooperatif memurları, kendi kusurlarından ileri gelen zararlardan sorumludurlar. Bunların suç teşkil eden fiil ve hareketlerinden ve özellikle kooperatifin para ve malları bilanço, tutanak, rapor ve başka evrak, defter ve belgeleri üzerinde işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılır"; Burcu Demren Dönmez, "Türk Ceza Kanunu'nda Kamu Görevlisi Kavramı", *TBB Dergisi*, S. 94, 2011, s. 121.

<sup>10</sup> Gerekçede örnek olarak, avukatlar, noterler, bilirkişiler, tercümanlar, tanıklar, jandarma ve askerler kamu görevlisi olarak sayılmıştır.

makamlara teslim edilmesi yönelik bir faaliyet olduğu için suç koluğu olarak da anılmaktadır. İdari ve adli kolluk ayrımı 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun (PVSK) 2. Maddesinde polisin görevlerinin tanımlarına bakıldığında da görülecektir. Mezkûr hüküm şu şekildedir:

"2) Polisin genel emniyetle ilgili görevleri iki kısımdır.

A) Kanunlara, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine, yönetmeliklerle, Hükümet emirlerine ve kamu düzenine uygun olmayan hareketlerin işlenmesinden önce bu kanun hükümleri dairesinde önünü almak, (İdari kolluk faaliyeti)

B) İşlenmiş olan bir suç hakkında Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile diğer kanunlarda yazılı görevleri yapmak, (Adli kolluk faaliyeti)"

Kolluğun faaliyet alanına ilişkin bu ayrım 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'nda da mevcuttur. İlgili yasa da polis adli, siyasi ve idari olmak üzere üç kısma ayrılmıştır. Adli kolluk faaliyetini adli polisin (polis ve jandarma), idari kolluk faaliyetini ise idari polisin yürüteceği açıktır.<sup>11</sup> Her ne kadar görevlerinin nitelikleri ve amaçları yönünden idari kolluk ve adli kolluk ayrımı yapılmış olsa da uygulamada teşkilat ve görevliler yönünden böyle bir ayrıma gidilmemiştir. Yani her iki faaliyeti de yürüten kolluk görevlileri aynıdır. 3201 sayılı Kanun'un 9. maddesinde her ne kadar adli polisin, EGM tarafından kadrodan adli işler için ayrılacak görevlilerden oluştuğu belirtilmişse de fiiliyatta adli ve idari kolluk kadroları ayrı ayrı tahsis edilmiş değildir.<sup>12</sup>

### 1.1.2. Adli Kolluk

İdare hukukunun kolluğa ilişkin bu genel bilgileri yanında adli kolluğun çalışma esasları, görevleri ve görevlileri, nitelikleri ve iç işleyişleri Adli Kolluk Yönetmeliği ile düzenlenmiştir. Bu yönetmeliğin üçüncü maddesine göre adli kolluk görevlileri; 5271 sayılı Ceza

<sup>11</sup> Siyasi polis, kanundaki ifadesiyle "devletin umumi emniyetine taallük eden işlerle mükellef olan kısımdır." Doktrinde siyasi polis tanımı bir kolluk faaliyeti olarak kabul edilmemektedir. Bu görevler MİT ve Emniyet İstihbarat tarafından yürütülmektedir.

<sup>12</sup> Turan Yıldırım/Melikşah Yasin/Nur Kaman/H. Eyüp Özdemir/Gül Üstün/Okay Tekinsoy, İdare Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 551.

Muhakemesi Kanunu, 3201 sayılı Emniyet Teşkilâtı Kanunu'nun 8, 9 ve 12'nci maddeleri, 2803 sayılı Jandarma Teşkilât, Görev ve Yetkileri Kanunu'nun 7'nci maddesi, 485 sayılı Gümrük Müsteşarlığının Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 8'inci maddesi, 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu'nun 4'üncü maddesi ve 83/7362 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe konulan Jandarma Teşkilâtı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği'nde belirtilen ceza muhakemesine ilişkin Cumhuriyet Savcısının emir ve talimatlarına tabi olarak soruşturma işlemlerini yapmak üzere görevlendirilen kişilerdir. Yani adli kolluk ifadesi görevlileri Jandarma, polis, sahil güvenlik ve gümrük muhafaza görevlilerini kapsar. Adli kolluk, adli görevlerini haricindeki hizmetlerde ise Cumhuriyet Savcısının değil üstlerinin emrindedir.

## 2. Suçun Konusu ve Mağduru

Suçun konusu, kamu görevlileri tarafından idare hukuku usullerine göre toplum adına icra edilen kamu görevidir. Bu doğrultuda adli ve idari kolluğun ortak fonksiyonu öncelikle toplumun emniyet ve düzeninin sağlanması doğrultusunda meydana gelebilecek tehlikeleri ortadan kaldırmaktır. Bu fonksiyonu dolayısıyla adli kolluk görevlilerinin işlemiş oldukları görevi kötüye kullanma suçunun mağduru kamusal güvenin zedelenmesi sebebiyle tüm toplumdur ancak belirli kişilerin zarara uğratılması söz konusuysa ayrıca onlar da özel olarak suçun mağdurdurlar.<sup>13</sup> Görevin gereklerine aykırı durumlarda, kamu görevlisinin fiili kamu kurum ve kuruluşlarında bir zarara neden olmuş olabilir. Bu durumda toplumu oluşturan herkes mağdur iken zarara uğrayan kamu kurumu suçtan zarar görendir.<sup>14</sup>

## 3. Fiil

Görevi kötüye kullanma suçunun tanımladığı 257. maddenin birinci fıkrasında suçun icrai hareketle işlenmiş hali, ikinci fıkrasında ise ihmali davranışla işlenmiş hali düzenlenmiştir. İcrai hareket, insanın

<sup>13</sup> İzzet Özgencü/Cumhur Şahin, "Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VI, 2003/1-2, s. 199.

<sup>14</sup> İlhan Üzülmüş, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVI, 2012/1, s. 195.

dış dünyada gözlemlenebilir olup davranış kurallarını ihlal eden fiziki, somut, vücudundan sadır olan fiilleridir.<sup>15</sup> Yukarıda ifade ettiğimiz gibi kamu görevlisinin icra etmiş olduğu fiil şayet görevinin gerekleri içerisinde değerlendirilemiyorsa görevi kötüye kullanma suçu değil m. 260, 261, 262 vb. başka suçlar veya kabahat türünden haksızlıklar oluşmuş olacaktır. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararında bu husus, “Bu suçun oluşması için gerekli olan ilk şart, kamu görevlisi olan failin yaptığı işle ilgili olarak kanun veya diğer idari düzenlemelerden doğan bir görevinin olması ve bu görevi dolayısıyla yetkili bulunmasıdır. Bir kimse kamu görevlisi olmasına karşın o işle ilgili görevi ve yetkisi yok ise, başka bir suçu oluşturmayan hukuka aykırı davranışı disiplin cezasını gerektirebilirse de görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmayacaktır. Çünkü hukuken sahip olunmayan bir yetkinin kötüye kullanılmasından da söz edilemez” şeklinde ifade edilmiştir.<sup>16</sup>

Görevi kötüye kullanma suçu ikinci fıkrada tanımlandığı şekliyle ihmali davranışla da işlenebilir. İhmali davranışla görevi kötüye kullanma ise, kamu görevlisinin mevzuattan, üstünün emrinden veya yargı kararlarından kaynaklanan icrai olarak belirli bir davranışta bulunma yükümlülüğüne uymayarak, bu davranışta bulunmayı ihmal etmesi veya geciktirmesidir. Yargıtay’ın ifadesi ile savsamasıdır.<sup>17</sup> Maddenin lafzından “ihmal veya gecikme göstermek” şeklinde suçun işlenebileceği ve dolayısıyla suçun seçimlik hareketli bir suç olduğu anlaşılmaktadır.<sup>18</sup> Ancak burada görevin hiç veya vaktinde yapılması söz konusudur.<sup>19</sup> Görev kapsamındaki işin gerektiği gibi yapıl-

<sup>15</sup> Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayını, 2020, s. 1016.

<sup>16</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 26.2.2013, E. 2012/4-425, K. 2013/67

<sup>17</sup> Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 08.02.2011, E. 2008-21882, K. 2011-1223.

<sup>18</sup> Koca/Üzülmöz, s. 1019.

<sup>19</sup> Kamu görevinin vaktinde yapılmaması hususunda şunu belirtmekte fayda vardır. Bir işin yapılması gereken süre mevzuatında belirlenmişse, kamu görevlisine kusur yüklenemeyecek haller dışında süresi içinde yapılmak zorundadır. Aksi takdir görevi kötüye kullanma olacaktır. Ancak süre belirlenmemişse, olağan iş akışının gerekleri göz önünde bulundurulmalıdır. Gecikmenin kamu görevlisinin ihmali yahut olağan iş akışının şartları dolayısıyla gerçekleşip gerçekleşmediği görevi kötüye kullanmanın tespiti açısından elzemdir. Örneğin, Yargıtay’da (Ceza Genel Kurulu, 02.03.2010, 2009-204/2010-39) iş yoğunluğundan kaynaklanan gecikmede ihmal kastının olmadığına kanaat getirmiştir. (Koca/Üzülmöz, s. 1020.)

maması diğer şartları da taşıması halinde birinci fıkradaki haliyle icrai hareketle görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur. Aşağıda netice başlığı altında inceleneceği üzere, biz görevi kötüye kullanma sonucunda bir zararın gerçekleşmesini netice olarak değil objektif cezalandırılabilme koşulu olarak gördüğümüz için ihmalin başladığı anda her ne kadar haksızlığın gerçekleşmiş olsa da söz konusu haksızlığın ceza-ya layık olmadığını düşünüyoruz.

Kamu görevlisinin görevini yerine getirmesi için mevzuatta bir süre belirlenmiş olabilir bu durumda yaşanacak bir gecikme halinde kamu görevlisinin görevi kötüye kullandığından bahsedebilmek için kusur izafe edilecek bir nedenin olması gerekir. Mevzuatta bir süre öngörülmemişse olağan iş akışının gerekleri göz önünde bulundurularak bu konuda karar verilir. Süresi içerisinde yerine getirilmeyen görevde, kamu görevlisinin ihmali bir fiilin mi yoksa olağan iş akışı dışında bir sebebin mi olduğu hususunda tespit yapılamıyorsa şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince kamu görevlisinin sorumluluğu yoluna gidilemez.<sup>20</sup>

Görevin gereğini yerine getirmeme olarak değerlendirilebilecek durumlar ise şunlardır: kanuni bir yetkinin herhangi bir şekilde aşılması; kanunun aradığı usul ve şekle uyulmaması; takdir yetkisinin amacı dışında kullanılması; yargı kararlarına uyulmaması; görevin gerektirdiği ön koşullara uyulmaması; görevle ilgili emirlere uyulmaması veya emrin keyfi biçimde yerine getirilmesi; görevin yapılmaması veya geciktirilmesi.<sup>21</sup> Görüldüğü üzere kamu görevlisinin fiillerinin görevin gereklerine uygun olup olmadığı hususundaki değerlendirme, o kamu görevlisinin tabi olduğu mevzuat esas alınarak idare hukuku kurallarına göre belirlenir. Dolayısıyla yukarıda örneklendirildiği gibi bir idari işlemin geçerliliği için gerekli olan yetki, amaç, şekil, sebep ve konu gibi unsurlarda hukuka aykırı bir davranış görevi kötüye kullanma teşkil edecektir.<sup>22</sup> Ancak dikkat edilmesi gereken husus, bu unsurlarda idarenin takdir hakkının görevi kötüye kullanmanın sınırını belirlediğidir.

<sup>20</sup> Üzülmüş, 205.

<sup>21</sup> Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. 6, Adalet Yayınevi, 2014, s. 7764.

<sup>22</sup> Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 2012, s. 909 vd.



### 3.1. Adli Kolluğun Görevleri

Adli kolluğun görevi, bir suç şüphesinin öğrenilmesinden itibaren Cumhuriyet Savcısının emirleri doğrultusunda maddi gerçeğin araştırılması, adil bir yargılamanın yapılması, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delillerin toplanması ve muhafaza altına alınması ve tüm bunların bir fezleke ile Cumhuriyet Savcısına sunulması şeklindedir.<sup>23 24</sup> Tüm bu soruşturma süreçleri esnasında yapılacak olan el koyma, yakalama, gözaltı, arama, olay yeri inceleme vb. diğer adli işler de adli kolluk marifetiyle yürütülür. Ancak tutuklu ve hükümlülerin sevk ve nakilleri ile ilgili faaliyetler adli değil idari niteliktedir.<sup>25</sup> Faaliyetin idari mi adli mi nitelikte olduğunun tespiti yukarıda ifade edildiği gibi soruşturmada ilgili idari makamın izninin gerekip gerekmemesi açısından önemlidir.<sup>26</sup>

Ceza muhakemesi yargılamasında her ne kadar amaç maddi gerçeğin açığa çıkartılması olarak tarif edilse de uygulamada bu açığa çıkmanın yargılamanın neticesinde değil çok daha öncesinde gerçekleştiği yönünde kanaat sahibi olan kimi kolluk görevlileri, kişilerin anayasa tarafından temel hak ve özgürlükleri kapsamında kabul edilmiş olan masumiyet karinesini ve lekelenmeme haklarını ya da diğer türlü hak ve özgürlüklerini tehlikeye düşüren uygulamalar içerisinde olabilmektedir. Ceza yargılamasında amaç salt suçluyu bulmak değildir. İş bu açıdan yaklaşıldığında şüpheli, sanık, hükümlü kavramları arasında kalın çizgiler giderek buharlaşmaktadır. Bu nedenle yeni Türk Ceza Kanunu şüpheli veya sanığın aleyhine ve lehine olan delillerin birlikte toplanmasını öngörmüştür. Ancak aşağıda da değineceğimiz örneklerde olduğu gibi soruşturma süreçlerinin fiili yürütücüsü konumunda olan kolluğun bu hukuk mantığına mugayyir kimi uygulamaları kanunun öngördüğü usullere aykırılık, emre itaatsizlik,

<sup>23</sup> Fezleke; Yapılan bir soruşturmada ilgililere ait nüfus bilgileri, sözlü veya yazılı olarak yapılan şikayetler, bilgisine başvuru alanlardan alınan görüşler, şüpheli ve tanıkların ifadeleri, elde edilen bulgu veya delillerin değerlendirilip özetlendiği ayrıca soruşturmayı yapan görevlinin düşüncesini de içeren yazılı dokümana verilen ad.

<sup>24</sup> Gecikmesinde sakınca bulunan ve Cumhuriyet Savcısına ulaşılamayan hallerde Sulh Ceza Hâkimi de soruşturmayı yürütebilir.

<sup>25</sup> Yargıtay 14. Ceza Dairesi, 21.03.2013 Tarihli ve 259/ 3060 sayılı Kararı.

<sup>26</sup> Serkan Başaran, "Görevi Kötüye Kullanma", Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2016, s. 166.

keyfilik, kanunun verdiği yetkilerin aşılması gibi farklı görünümlemlerle görevi kötüye kullanma suçunu teşkil edecektir. Milliyet gazetesinin bir haberine göre Kolluk Gözetim Komisyonu'na göreve başladığı 2019 yılından bugüne kadar kolluk hakkında gelen şikayetler arasında en yüksek oran görevi kötüye kullanma teşkil ettiği için bu suç tipi ile adli kolluk arasındaki ilişki en sık karşılaşılan örnekler üzerinden açıklanmalıdır.<sup>27</sup>

Görevin gerekleri her zaman için mevzuat doğrultusunda tespit edilemeyebilir. Özellikle kolluğu ilgilendiren konularda kimi zaman görevin gerekleri emirle de belirlenebilmektedir. 1982 Anayasası'nın "Kanunsuz Emir" başlıklı 137. maddesine göre, kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmeyecek ve bu aykırılığı o emri verene bildirecektir. Üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse, emir yerine getirilecek ve bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmayacaktır. Anayasa'da da konusu suç teşkil eden emrin hiçbir suretle yerine getirilmeyecek ve yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamayacağı belirtilmiştir. PVSK'nın 2. maddesi de<sup>28</sup> konuya dair bir düzenleme

<sup>27</sup> Haberin içeriği için bkz: milliyet.com.tr/gundem/vatandas-kolluk-kuvvetlerinden-cok-gorevi-kotuye-kullanmadan-sikayetci-6214068 (Erişim: 18.12.2020).

<sup>28</sup> PVSK m. 2:

(....)

Kamu düzeni ve kamu güvenliğinin sağlanmasından sorumlu olan polis; amirinden aldığı emri, kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı emri verene bildirir. Ancak, amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazılı olarak yenilirse, emir yerine getirilir. Bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Konusu suç teşkil eden emir hiçbir suretle yerine getirilmez. Yerine getirenler sorumluluktan kurtulamaz.

Aşağıda yazılı hallerde:

I - Can, ırz veya mal emniyetini korumak için,

II - Devletin şahsiyetine karşı işlenen cürümlerin faillerini yakalamak veya delillerini tespit etmek için,

III - Devlet kuvvetleri aleyhine, yalnız veya toplu olarak taarruz veya mukavemette bulunanları yakalamak veya bunların taarruz veya mukavemetlerini def etmek için,

IV - Hükümete karşı, şiddet kullanan veya gösteren veya mukavemet edenlerin yakalanması, taarruz veya mukavemet edenlerin def edilmesi için,

V - Zabıtaca muhafaza altına alınan şahıslara, bina veya tesislere, meskûn veya gayrimeskûn yerlere vakıf olacak münferit veya toplu tecavüzleri def etmek için,

VI - Ağır cezalı bir suçun sanığı olarak yakalandıktan sonra zabıta kuvvetlerinin elinden kaçmakta olan şahısların yakalanması için,

VII - İşlenmekte olan bir suçun işlenmesine veya devamına mâni olmak için,

içermekte olup PVSK'nın 2. maddesi, Anayasa'nın 137. maddesinin son fıkrasında belirtilen istisnalardan birini oluşturmaktadır. Kural olarak kolluk görevlilerinin de konusu suç teşkil eden emirleri hiçbir suretle yerine getiremeyecekleri, yerine getirmeleri halinde sorumluluktan kurtulamayacakları kabul edilse de maddenin devamında 13 bent olarak sayılan hallerde yetkili amir tarafından verilecek sözlü emirlerin derhal yerine getirilmesi gerektiği, bu emirlerin yazılı olarak verilmesinin istenemeyeceği ve bu hallerde emrin yerine getirilmesinden doğabilecek sorumluluğun emri verene ait olacağı düzenlenmiştir.<sup>29</sup>

### 3.1.1 Adli Kolluğun Görevinin Gereklere Aykırı Yaygın Fiiller

**a. Olay yeri inceleme, suç şüphesi durumunda delillerin toplanması ve muhafaza altına alınması görevlerinin savsanması<sup>30</sup>:** Bir suç haberinin şikâyet, haber veya başka yollarla öğrenilmesinden sonra adli kolluk görevlisinin yapması gereken en önemli şey derhal olay yerine intikal ederek suç mahallinin kontrol altına alınması ve varsa olması delillerin kaybolmasının önlenmesidir. Zira pek çok zaman maddi gerçeğin araştırılmasında ilk ve en önemli hareket noktası suç mahalli

---

VIII - Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile diğer kanunlarda, zabıta tarafından suç delillerinin tespiti veya suç faillerinin yakalanması amacıyla yapılacak ara-  
malar için,

IX - Kanunsuz toplantı veya kanunsuz yürüyüşleri dağıtmak veya suçlularını yakalamak için,

X - Yangın, su baskını, yer sarsıntısı gibi afetlerde olay yerinde görevlilerce alınması gereken tedbirler için,

XI - Umuma açık yerlerde yapılan her türlü toplantı veya yürüyüşlerde veya törenlerde bozulan düzeni sağlamak için,

XII - Herhangi bir sebeple tıkanmış olan yolların trafiğe açılması için,

XIII - Yukardaki maddeler dışında diğer kanunlarda istisnai olarak zabitanın sözlü emirle yapmaya mecbur tutulduğu haller için, Yetkili amir tarafından verilecek sözlü emirler derhal yerine getirilir. Bu emirlerin yazılı olarak verilmesi istenilemez. Bu hallerde emrin yerine getirilmesinden doğabilecek sorumluluk emri verene aittir.

<sup>29</sup> Konu ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Emin Koç, "Kolluk Kuvvetlerinin Silah Kullanma Yetkisi", Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul, 2002.

<sup>30</sup> Bu başlık altında bahsedilen husus suç delillerinin soruşturma usulüne uygun şekilde muhafaza altına alınmamasına ilişkindir. Muhafaza altınmış, el konulmuş bir eşya üzerinde "teslim amacı dışında tasarrufta" bulunulması, elkonulmuş eşyanın dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık neticesinde kaybolması veya bozulması TCK 289 kapsamında muhafaza görevini kötüye kullanma suçunun oluşmasına sebep olacaktır.

olabilmektedir. Bu nedenle kolluk görevlisinin bu husustaki görevlerini savsaması kişilerin menfaatlerinin zedelenmesine yol açacak ve hatta soruşturmanın seyrinin uzaması halinde dolayısıyla da kamunun ekonomik zarara uğramasına da neden olabilecektir. Nitekim kolluğun olay yeri inceleme, arama gibi işlemlerine yönelik Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği Çıkarılmıştır. Bu yönetmeliğe göre olay yeri inceleme, “suç işlenen yerlerde, sebep ve sonuç ilişkisini ortaya koyacak delillerin aranması, bulunması ve el koyulması için geliştirilmiş bilimsel ve teknik araştırma işlemleri” dir. Kolluğun bu hususta dikkat etmesi gereken en önemli noktalardan birisi konut, işyeri gibi özel mülkiyete tabi yerlerde yapılacak olay yeri incelemesinin arama hükmünde olduğu ve bu incelemenin ancak hâkim kararıyla yapılabileceğidir. Hâkim kararı olmadan toplanan bu türden deliller hukuka aykırıdır. Bunun dışında avukat bürolarında arama, askeri mahallerde arama, arama sonunda adli arama tutanağı düzenlenmesi, elkoyma ve koruma altına alma işlemleri hakkında ayrı ayrı usul kuralları öngörülmüştür. Bu usul kurallarına kasten aykırı hareket eden ve ilgililerin yahut kamunun zarara uğramasına neden olan ilgili kolluk görevlileri, görevinin gereklerine uygun hareket etmediği için görevi kötüye kullanma suçunu işlemiş olacaktır.

Bu açıklamalara paralel şekilde Yargıtay 5. Ceza Dairesi:<sup>31</sup> “Suç tarihinde Varsak Karakol komutanı olarak görev yapan sanığın adli olaylar nedeniyle el konulup karakol bahçesinde muhafaza edilen motorsikletleri birden fazla kez şahsi işlerinde kullanarak haksız menfaat sağladığının tanık beyanları ve tüm dosya kapsamından anlaşılması karşısında zincirleme şekilde görevi kötüye kullanma suçunun yasal unsurları itibariyle oluştuğu” na ve Yargıtay 4. Ceza Dairesi:<sup>32</sup> “Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği’nin hazırlık soruşturmasına ilişkin işlemlerin yürütülmesi hakkındaki 98 vd. maddeleri uyarınca, mensubu oldukları adli soruşturma konusunda görevli oldukları karakolun sorumluluk bölgesini bilmeleri görevlerinin gereği olan sanıkların, süratle olay yerine giderek gerekli önlemleri aldıktan sonra sistematik bir inceleme ile kanıtları toplayıp koruma görevleri bulunmasına karşın, öğrenmiş oldukları ve bağlı buldukları C. Savcısı ta-

<sup>31</sup> Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2013/936 K. 2014/7341.

<sup>32</sup> Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 2005/11350, K. 2006/17044.

rafından olay yerinde soruşturma yapıldığını gördükleri halde kendi sorumluluk bölgelerinde meydana gelen ölümlü trafik kazasına müdahale etmemek suretiyle görevlerini savsadıkları”na hükmetmiştir.

Aynı şekilde Yargıtay 5. Ceza Dairesi:<sup>33</sup> “Kastamonu Emniyet Müdürlüğü Asayiş Şube Müdürlüğü Polis Merkezi Amirliği’nde komiser yardımcısı olarak görev yapan sanığın trafik kazası sonucu yaşanan tartışmaya müdahale ettiği sırada Cumhuriyet Savcısının talimatına rağmen olaya karışan ve karakola getirilen kavganın taraflarından CD’nin alkol raporunu almak için hastaneye kendisinin gideceği sözüne itibar ederek alkol raporunu aldırmadığı, daha sonra adı geçen şahsın alkol raporunu almak için herhangi bir hastaneye gitmediğinin tespit edildiği, bu şekilde ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunu işlediği iddia edilen olayda; CD’nin de taraf olduğu olay öncesi yaşanan trafik kazası ve kavga olayı ile ilgili olarak yapılan bir soruşturma bulunup bulunmadığı, soruşturma yapılmış ise kamu davası açılıp açılmadığı hususlarının araştırılmasından, kamu davası bulunması halinde yargılamaya ilişkin dosya getirilip incelenmesinden sonra objektif cezalandırma şartı olan kişi mağduriyeti, kamu zararı ve kişilere haksız menfaat sağlanması unsurlarının oluşup oluşmadığı, varsa ne şekilde oluştuğu denetime imkan verecek şekilde gerekçeleriyle tartışılması ve sonucuna göre hukuki durumunun tayin ve takdir edilmesi gerektiği”ne karar vermiştir.

**b. Suç haberinin alınması ve daha sonraki işlemlerden Cumhuriyet Savcısını derhal haberdar etme veya Cumhuriyet savcısının emirlerini yerine getirme görevlerinin savsanması:** Adli Kolluk Yönetmeliği’nin 6. maddesinde adli kolluk görevlilerinin kendilerine yapılan bir suça ilişkin ihbar veya şikâyetleri; el koydukları olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri derhâl Cumhuriyet başsavcılığına ve en üst dereceli kolluk amirine bildirmesi ve ilgili Cumhuriyet savcısının emri doğrultusunda işin aydınlatılması için gerekli soruşturma işlemlerine başlaması gerektiği ifade edilmiştir. Öte yandan savcılık makamının soruşturma sürecine ilişkin verdiği talimatların hiç veya gereği gibi icra edilmemesi de sıkça karşılaşılan bir durumdur. Bu hususlar toplumda sıklıkla karşılaşılan bir soruna da işaret etmektedir. İş yükünün veya başkaca saiklerin etkisiyle kolluk tarafından gerekli

<sup>33</sup> Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2013/11644 K. 2015//14836.

adli mercilerin, daha doğrusu savcılıkların her türlü suç şüphesi ve soruşturmaya işlemine ilişkin işlemlerden vaktinde haberdar edilmemesi veya verilen talimatların yerine getirilmemesi kişilerin adliye karşı güvenlerini zedelediği gibi, mağdur veya şüpheli açısından ciddi hak kayıplarının doğmasına da sebep olmaktadır. İfade etmiş olduğumuz her türlü faaliyeti derhal usulüne uygun bir şekilde savcılığa ve üstlerine bildirmekle yükümlü kolluk görevlileri aksine hareket etmeleri halinde görevi kötüye kullanma suçunu işlemiş olacaklardır.

Bu doğrultuda Yargıtay 5. Ceza Dairesi bir kararında:<sup>34</sup> “5271 sayılı CMK’nın 160 ve 161. maddeleri uyarınca doğrudan doğruya veya adli kolluk görevlileri aracılığıyla soruşturma evresini tamamlama yetkisi Cumhuriyet Savcılığına ait olmakla birlikte anılan Yasanın 161/2. maddesi gereğince adli kolluk görevlilerinin, kendileri tarafından el konulan olayları emrinde çalıştıkları Cumhuriyet Savcısına derhal bildirmekle yükümlü oldukları, suç tarihinde Doğanşar İlçe Jandarma Komutanlığında görevli olan S. Ş.’in doğrudan soruşturulması gereken taksirle genel güvenliği tehlikeye sokma suçuyla ilgili olarak yetkili Cumhuriyet Savcısına herhangi bir bilgi vermediği gibi tarafların şikayetçi olmadığına dair tutanak tutmak suretiyle görevinin gereklerine aykırı davrandığı, bu şekilde soruşturma işlemlerine geç başlanması nedeniyle G. Ç.’nin mağduriyetine, şüpheli sıfatını almasına engel olmak suretiyle O. Ç.’nin ise menfaat sağlamasına yol açtığı yüklenen suçun tüm unsurlarıyla oluştuğu”na ve bir başka kararında da “Çiğli Polis Merkezinde emniyet amiri olan sanık ... ile aynı yerde grup amir vekili ... ve adli yazıcı ...’ın 09/07/2012 günü ...’ın şikayeti üzerine yapılan adli işlemlerle ilgili CMK’nın 161/2. maddesi gereğince görevli Cumhuriyet Savcısına herhangi bir bilgi vermedikleri, 11/07/2012 günü Gülhan Yılmaz’ın şikayetçi olduğu ...’ın ifadesini aldıktan sonra olayı Cumhuriyet Savcısına bildirdikleri, Savcı tarafından arama yapılarak elde edilecek delillere göre şahsın gözaltına alınması ya da serbest bırakılması şeklinde verilen emre uymayarak, arama kararı isteyip icra etmeksizin şüpheliyi serbest bıraktıkları, sanıkların eylemlerinin TCK’nın 257/1. maddesinde düzenlenen icrai davranışla görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu”na karar vermiştir.<sup>35</sup>

<sup>34</sup> Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2012/15078 K. 2014/2258.

<sup>35</sup> Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2015/13293 K. 2018/995.

**c. İfade alma, yakalama veya gözaltına alma süreçlerinde yetki-  
de sınırın aşılması yahut bireylerin haklarından mahrum bırakıl-  
ması:** Bir suç haberinin alınmasının ardından şüpheli belli ise şayet  
ona yönelik kolluk tarafından yapılacak ilk işlemler gözaltına alma,  
daha sonra ifadesine başvurma olacaktır. Soruşturmanın ilk aşamala-  
rını ilgilendiren bu işlemler, soruşturmanın ileriki seyrini de etkileye-  
cektir. Bunu göz önünde bulunduran idare Yakalama, Gözaltına Alma  
ve İfade Alma Yönetmeliği çıkarmıştır. Bu yönetmeliğe göre kolluğun  
dikkat etmesi gereken ilk ve en önemli husus, ifade ve sorgunun farklı  
şeyler olduğudur. Bu farklılık içerikten daha çok konumuzla da alakalı  
olarak kendisini yetki hususunda göstermektedir. Bu açıdan sorgu  
yönetmelikte de belirtildiği gibi yalnızca hâkim veya mahkeme tara-  
fından yapılabilir. İfade alma ise kolluğun yetkisi dahilindedir. An-  
cak olayla ilgili bir kez ifade alındıktan sonra aynı olayla ilgili olarak  
yeniden ifade ancak Cumhuriyet savcısı tarafından alınabilir. Yasak  
ifade usullerinden birisi kolluk tarafından şüphelinin ikinci kez ifa-  
desine başvurulmasıdır.<sup>36</sup> Keza yakalama işleminde de suç ayrımı gö-  
zetmeksizin kişiye susma, müdafiden yararlanma, itiraz, yakınlarını  
haberdar etme gibi tüm hakları bildirilir ve yakalama işlemi sonunda  
tüm süreç tutanak altına alınır. Bu işlemler esnasında “zor kullanma  
yetkisine ilişkin sınırın aşılması” suçu işlenmişse, tali ve tamamlayıcı  
nitelikte görevi kötüye kullanma değil bu suç gündeme gelecektir.  
Öte yandan kanunun amir hükmü gereğince şüphelinin müdafisi yan-  
ında bulunmadan ifadesi alınamaz. Ayrıca CMK’nın müdafisi soruş-  
turma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve örnek alabilir. Dosya  
inceleme ve örnek alma yetkisi her ne kadar Savcılığın talebi üzerine  
mahkeme tarafından kısıtlanabilse de bu hallerde dahi avukatın ifade  
tutanağı veya bilirkişi raporu gibi inceleyip örnek alabileceği evraklar  
vardır. Bu ve bunun gibi kamu görevlilerinin ifade alma, yakalama  
ve gözaltına alma eylemleri sırasında görevlerinin gerekleriyle uyuş-  
mayan fiilleri, özel bir suç tipini oluşturmadığı durumlarda TCK’nın  
257. maddesinde düzenlenmiş olan “görevi kötüye kullanma” suçunu  
oluşturabilecektir.<sup>37</sup>

<sup>36</sup> Rıfat Çulha/Turgay Demirci/Feridun Yenisey, Ceza Muhakemesinin Soruşturma Evresine Katılan Kişiler İçin CMK Cep Kitabı, TBB Yayınları, 2013, s. 23.

<sup>37</sup> Nejat Aday, Avukatlık Hukukunun Genel Esasları, Beta Yayınları, 1994, s. 97; Ali Pehlivan, “Soruşturma Evresinde Müdafisi ve Vekilin Evrak İnceleme Yetkisi”, MÜHFHAD, S. 2, C. 19, 2013, s. 1519.

Adli kolluk görevlilerinin görevlerinin gereklerine aykırılık teşkil eden bu durumlara ilişkin Yargıtay 5. Ceza Dairesi bir kararında<sup>38</sup>: “Sakarya Emniyet Müdürlüğü’nde polis memuru olarak görev yapan sanığın, olay tarihinde kavga olduğu ihbarı üzerine suça konu H. K. İş Merkezi önüne gittiği, buradan hızlı bir şekilde koşarak çıkan katılanı yakalayarak kelepçelediği; katılan tarafından, olayın mağdurunun kendisi olduğu, yaralandığı, şüphelinin kaçtığı beyan edildiği halde kelepçesini çözmeyerek katılanı yaralı şekilde diğer polis ekibi ve ambulans gelene kadar beklettiği hususunun, katılanın birbiriyle uyumlu aşamalarındaki beyanları, olaya dair gazete haberi, fotoğraf ve tüm dosya kapsamı ile sabit olduğu ve yüklenen suçun tüm unsurlarıyla oluştuğu”na ve yine bir başka kararında da “Olay tarihinde Alaşehir ilçesi Kavaklıdere Jandarma Karakolunda geçici olarak görevlendirilen sanığın önleyici hizmet devriyesi şeklinde Dostlar Birahane adlı işyerine gittiği, burada kendi başına alkol alıp maç izleyen katılana kimlik sorduğu, katılanın ise sanıktan kimliğini göstermesini istemesi üzerine Belde Belediye başkanı olan katılanı gözetim altına alarak hastaneye götürdüğü, alkol raporu aldırdıktan sonra getirdiği karakolda Kabahatler Kanunu’nun 35. maddesine aykırılıktan dolayı idari yaptırım kararı uyguladığı ve bir süre karakolda tuttuğu, ancak katılanın çevreyi rahatsız edecek, başkalarının huzur ve sükununu bozacak bir davranışının söz konusu olmadığı anlaşılan olayda; sanığın, hakkında herhangi bir adli ve idari işlem yapılması gerekmeyen katılanı gözetim altına alma, hastaneye ve karakola götürme, idari yaptırım uygulama suretiyle mağduriyetine yol açtığı ve yüklenen suçun tüm unsurlarıyla oluştuğu”na hükmetmiştir<sup>39</sup>.

### 3) Netice ve Nedensellik Bağı

Suçun kanuni tanımında kamu görevlisinin söz konusu fiillerle “kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olması” ya da “kişilere haksız bir menfaat sağlaması” gerektiği ifade edilmiştir. Madde metnindeki kamu zararı ekonomik bakımdan zarara sebebiyet vermek;<sup>40</sup> kişilerin mağduriyetine sebep olmak ifadesi salt ekonomik

<sup>38</sup> Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2013/6369 K. 2014/10264.

<sup>39</sup> Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2012/15112 K. 2014/2208.

<sup>40</sup> Aksi yönde, zararın daha geniş yorumlanması şeklindeki görüş için bkz: Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınevi, 2010, s. 677.



menfaat değil kişisel herhangi bir çıkarın zedelenmesi;<sup>41</sup> kişilere haksız bir menfaat sağlama ise ekonomik anlamda veya ekonomik olarak ölçülemeyen başkaca bir fayda şeklinde anlaşılmalıdır.<sup>42</sup> Kamu zararı kavramı daha somut bir biçimde 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 71. maddesinde tanımlanmıştır. İlgili maddeye göre mevzuata aykırı karar, işlem, eylem veya ihmâl sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması kamu zararı anlamına gelmektedir. Nitekim Yargıtay'da bu doğrultuda verdiği bir kararında "Kamu zararı gerekçedeki açıklamaya göre ekonomik zarar anlamındadır. Somut (maddi) olmalıdır. Ancak, bunun için miktarın kesin olarak belirlenmesi şart olmayıp, olayın özelliğine göre somut bir zararın meydana geldiği anlaşılabiliriyorsa, bu durum da kamu zararının varlığını kabul için yeterlidir. Kamu zararı kavramının ne olduğu hususunda müracaat edilebilecek ve her zaman için geçerli olabilecek genel bir tanım 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 71. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, mevzuata aykırı karar, işlem, eylem veya ihmâl sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması kamu zararıdır. Görev gereklerine her aykırı davranışın kamu idaresine karşı duyulan güveni zedelediği ve böylece bir kamu zararına yol açtığı veya zararın oluşmasına yönelik elverişli hareketin yapılmasının yeterli olduğu biçimindeki genişletici görüş ve yorumlar yasa koyucunun kamu zararının ekonomik ve somut olması gerektiği yolundaki tercihi ile bağdaşmaz" şeklinde görüşünü ifade etmiştir.<sup>43</sup>

<sup>41</sup> Bu konuda örnekler için madde gerekçesine bakılabilir.

<sup>42</sup> Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2013/373 K. 2014/4051 T. 10.4.2014: "Sanığın komiser olarak görev yaptığı karakolda hastaneye sevk için gözetim altında bulundurulmuş Ö. A. adlı bayanın babasının bilgisi dahilinde suç tarihinde amirlerine haber vermeden karakoldan çıkarak tanık Aziz'in evine banyo yapması ve kıyafetlerini değiştirmesi için götürdüğü ve adı geçenini belirtilen ihtiyaçlarını giderdikten sonra yeniden karakola getirdiği kabul edilerek görevi kötüye kullanmak suçundan mahkumiyetine karar verilmiş ise de; 5237 sayılı TCK'nın 257. maddesinde belirtilen suçun oluşması için görevin gereklerine aykırı davranış yanında "kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olunması ya da kişilere haksız bir menfaat sağlanması" öğelerinden birinin de gerçekleşmesi gerektiği ancak somut olayda bu unsurlardan birinin oluştuğuna dair bir delil bulunmadığı gözetilerek beratına karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçelerle şaibeli durumun mağduriyete neden olduğu kabul edilerek mahkumiyet hükmü tesisidir"

<sup>43</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2007/4-88, K. 2007/94, T. 17.04.2007.

Doktrinde bu neticelerin suçun maddi unsurları arasında olan netice mi yoksa haksızlık yargısının dışında kalan objektif cezalandırılabilme koşulu mu olduğu konusu tartışmalıdır. Ancak bizim de katıldığımız görüş, kanun koyucunun görevi kötüye kullanma suçunu bir zarar suçu olarak düzenlediği, icrai veya ihmali davranışla görevinin gereklerini yerine getirmeyen kamu görevlisinin bu davranışıyla bir haksızlık yaptığı ancak bu haksızlığın cezaya layık olup olmadığı hakkında söz konusu zararın gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılarak karar verileceği ve dolayısıyla söz konusu zararların objektif cezalandırılabilme koşulu olduğu yönündedir.<sup>44</sup> Bu ayrım önemini, suç tipindeki neticelerin kastın kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda gösterecektir. Ayrıca, söz konusu neticeleri objektif cezalandırılabilme koşulu olarak kabul ettiğimiz için, bu neticelerin gerçekleşmemesi halinde kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranması suretiyle haksızlık yaptığı kabul edilse dahi teşebbüsten cezalandırılmayacağı sonucu çıkmaktadır.<sup>45</sup>

Son olarak belirtmeliyiz ki, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı fiilleri nedeniyle cezalandırılabilmesi için bu fiilleri ile fiillerin sebep olduğu suç tipinde zikredilmiş bu neticeler arasında nedensellik bağı olmalıdır.

## B) Manevi Unsur

Görevi kötüye kullanma suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Yalnızca kanunda belirtilen suç tipleri taksirle işlenebileceği için istisnai bir manevi unsurdur ve görevi kötüye kullanma suçunun taksirle işlenebileceği öngörülmemiştir. Fail kamu görevlisi, görevinin gereklerine aykırı davrandığı bilincinde hareket etmeli veya yine görevi kapsamında belirli bir davranışta bulunmasını gerektiren şartların oluştu-

<sup>44</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 911; Koca/Üzülmez, s. 1022.

<sup>45</sup> Fiilin icrasının yarım kalmasına rağmen neticelerin gerçekleşmesi halinde ise fiilin görevi kötüye kullanmaya teşebbüsten cezalandırılacağında şüphe yoktur. Ancak söz konusu seçimlik neticeler suçun maddi unsuru olan netice kapsamında değerlendirildiğinde ise, fiil tamamlandıktan sonra netice gerçekleşmemişse dahi fail teşebbüsten yine cezalandırılacaktır. Bu konuda görüşler için bkz: Veli Özer Özbek/M. Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 1012, 1013; Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık 2019, s. 1058-1059.

ğunun farkında olmasına rağmen işini savsamalıdır. Ancak suçun maddi unsurunu değil, objektif cezalandırılabilirlik şartını oluşturduğundan, “kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olmak” ya da “kişilere haksız bir menfaat sağlamak” neticelerinin kamu görevlisinin söz konusu icrai yahut ihmali davranışının kastı kapsamında olması gerekmez. Yani bu neticeler gerçekleşmişse, failin bu neticelerin gerçekleşeceğini bilmediği ve istemediği ve dolayısıyla cezalandırılmayacağı yönündeki savunması geçerli değildir.<sup>46</sup>

### C) Kusurluluk

Fail hakkında kusur yargısında bulunulabilmesinden maksat işlemiş olduğu haksızlıktan dolayı kınanabilmesi, ayıplanabilmesidir. Eğer kişi işlemiş olduğu fiilden dolayı hakkında kınama yargısında bulunulamıyorsa, yani işlemiş olduğu fiilden dolayı ayıplanamıyorsa kusurlu sayılamayacak ve dolayısıyla cezalandırılmayacaktır. Bir kişi hakkında, işlemiş olduğu fiilden kınama yargısında bulunulabilmesi için, işlediği fiilin haksızlık teşkil ettiğini algılama ve buna uygun olarak davranışlarını yönlendirebilme yeteneğine sahip olması gerekmektedir. Bu nedenle, algılama yeteneği ve irade yeteneği kusurun unsurlarını oluşturmaktadır. Kusur yeteneği, kusurlu hareket edebilmenin ön şartını oluşturmaktadır. Buna göre bir kişinin kusurlu sayılabilmesi için, kusur yeteneğine sahip olması, haksızlık bilincinin bulunması ve kusurluluğu etkileyen hallerin somut olayda bulunmaması gerekir.<sup>47</sup>

Kusurlu hareket edebilmenin ön şartını oluşturan algılama yeteneği ve irade yeteneğinin neyi ifade ettiğini kısaca açıklamak gerekirse; algılama yeteneği, kişinin idrak kabiliyeti çerçevesinde çevresindeki olayları gözlemlemesini, gözlemlerinden çıkarmış olduğu sonuçlara göre yükümlülüklerinin şuuruna varmasını ve bunlara aykırı davran-

<sup>46</sup> Yargıtay’ın da bu konuda benzer kararları vardır: Örneğin: “Sanıkların usulsüz işlemlerden dolayı görevlerini kötüye kullandıkları iddia edilen olayda; eylem neticesinde objektif cezalandırma şartı olan kişi mağduriyeti, kamu zararı ve kişilere haksız menfaat sağlanması unsurlarının oluşup oluşmadığı varsa ne şekilde olduğu denetime imkan verecek şekilde gerekçeleriyle tartışılması ve neticesine göre hukuki durumlarının tayin ve takdir edilmesi gerektiği gözetilmeden eksik inceleme ve yetersiz gerekçelerle yazılı şekilde mahkumiyet hükümleri kurulması”, bozmayı gerektirmiştir”. (Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 2.3.2017, E. 2016/8844, K. 2017/802.)

<sup>47</sup> Koca/Üzülmez, s. 313-316.

ması halinde sorumlu tutulacağına bilincinde olmasını ifade etmektedir. Buna doktrinde haksızlık bilinci denilmektedir. Kısaca haksızlık bilinci, işlemiş olduğu fiilin haksızlık oluşturduğunun, içinde yaşamış olduğu toplumda geçerli olan kurallar çerçevesinde tasvip edilmeyen onaylanmayan bir davranış olduğunun farkında olunması demektir. İşlediği fiilin haksızlık teşkil ettiğinin farkında olmayı, fiilin suç teşkil ettiğini bilmek şeklinde anlamamak gerekir. Kişi işlediği fiilin suç teşkil ettiğini bilmeyebilir. İşlediği fiilin hangi kanunun hangi maddesine göre suç oluşturduğunu bilip bilmemesi de önemli değildir. Önemli olan bu fiilin haksızlık teşkil ettiğini, yani toplumda geçerli olan davranış normları karşısında onaylanmayan bir davranış olduğunu bilmektir. Kişinin işlemiş olduğu suçtan dolayı kusurlu sayılabilmesi için algılama yeteneğine sahip olması yeterli değildir, somut olayda davranışlarını hukukun icaplarına yönlendirme yeteneğine de sahip olmalıdır. İrade yeteneği en yalın haliyle davranışlarını hukukun icaplarına göre, yani haksızlık teşkil ettiğini bildiği davranış normlarına uygun davranabilme ve yönlendirebilme yeteneğini ifade etmektedir. Ruhen sağlıklı her insan normal şartlar altında bu yeteneğe sahiptir.<sup>48</sup>

Görevi kötüye kullanma suçu, kusurluluk bağlamında daha ziyade davranışları hukukun gereklerine göre yönlendirme şeklinde ifade edilebilecek irade yeteneğinden kaynaklanabilir. Örneğin, zorunluluk hali veya kamu görevlisinin cebir ve tehdidin etkisiyle görevin gereklerine aykırı davranmış veya icrai bir davranışta bulunma yükümlülüğünü ihmal etmiş olabilir. Bu gibi hallerde kamu görevlisini kusurlu addetmek mümkün değildir. Suç tipinin ihmali şekli bakımından da somut olayda kamu görevlisinin kendisinden beklenen doğrultuda davranabilip davranamadığı da kusurluluk yargısında ele alınmalıdır.<sup>49</sup>

## D) Suçun Özel Görünüş Biçimleri

### 1. İştirak

Suçta iştirak, yeni TCK'nın 37. ve devamı maddelerinde faillik ve seriklik ayrımıyla düzenlenmiştir. Suçun kanuni tarifindeki fiili işleyen kişi fail olarak tanımlanmıştır. Suçun kanuni tarifindeki fiili bir-

<sup>48</sup> Artuk, M. Emin/Gökçen Ahmet/Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim. Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Basım, Ankara, 2021, s. 571-575.

<sup>49</sup> Üzülmez, s. 210.

likte gerçekleştirenlerinden her biri de fail olarak cezalandırılacaktır. Doktrinde müşterek faillik olarak adlandırılan bu halde, birlikte suç işleme kararının yanı sıra fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulmasına imkân sağlayan bir katkı gerçekleştirilmiş olmaktadır. Bu nedenle her bir suç ortağı fail statüsüne girmektedir. Bir suçun işlenişine katkıda bulunan kişinin, fiilin icrasında ortak hâkimiyet kurup kurmadığı bu katkının önemi ve suçun icrasındaki rolleri göz önünde bulundurularak belirlenecektir.<sup>50</sup>

Görevi kötüye kullanma suçu ise kamu görevlileri tarafından işlenebilen bir suç olduğu için özgü bir suçtur ancak kamu görevlisi sıfatı olmak yetmez aynı zamanda gereklerine aykırılık teşkil görevin üstlenilmiş olması gerekir. Bu durumda ancak adli kolluk görevlisinin üstlendiği görevleri üstlenenler bu suça müşterek veya müstakil fail olarak katılabilirler.<sup>51</sup>

## 2. İçtima

Görevi kötüye kullanma suçunun tali, tamamlayıcı, ikame hüküm ve torba hüküm niteliğinde olduğunu söylemiştik. Şayet kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı olan bir fiili zimmet, irtikap, rüşvet, nüfuz ticareti, zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması gibi başkaca bir suçun oluşumuna da sebep oluyorsa burada asli norm – tali norm ayrımı gündeme gelecek ve görünüşte içtimanın varlığı kabul edilecektir. Göreve kötü kullanma, kanuni tanımında da belirtildiği üzere “*Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında*” gerçekleşecek bir suç tipidir ve failine sadece asli norm halini alan kuralın uygulanmasıyla yetinilir. Gerçek içtima hallerinde de söz konusu fiil sebebiyle görevi kötüye kullanma suçunun yanında başkaca bir suç olduğu takdirde (örneğin kasten öldürme, kasten yaralama, taksirle öldürme vs) tali norm niteliğindeki görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin kural uygulanmaz.<sup>52</sup> Örneğin bir kolluk görevlisinin müdahale etmesi gereken bir durumun varlığına rağmen ihmali davranışla görevini savaştırması ve sonucunda ölüm veya yaralama neticesinin gerçekleşmesi

<sup>50</sup> Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, 2021, Ankara, s. 452 vd.

<sup>51</sup> Üzülmöz, s. 212.

<sup>52</sup> Handan Yokuş Sevik, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, *DÜHFD*, C. 23, S. 39, 2018, s. 259-260.

halinde hem görevi kötüye kullanma suçu hem de kasten öldürme veya kasten yaralama suçunun meydana geldiğinde şüphe yoktur ancak tali norm niteliğinde olduğu için görevi kötüye kullanmaya ilişkin kural uygulanmaz.<sup>53</sup>

Zincirleme suça ilişkin genel kurallar geçerlidir. Özellikle mağdurun belli olmadığı yani kamunun zarara uğratıldığı hallerde 43. maddede gereğince zincirleme suç hükümleri uygulanır. Bir diğer deyişle, fiil tekliğinin olmadığı, icrai veya ihmali bir davranışla değişik zamanlarda görevin gereklerine aykırı hareket eden kolluk görevlisi doğrudan bir kişiyi mağdur etmemişse 43/1. maddenin son cümlesindeki “Mağduru belli olmayan suçlarda da zincirleme suç hükümleri uygulanır” hükmü çerçevesinde sorumlu tutulur.<sup>54</sup>

### E) Adli Kolluk Görevlilerine Soruşturma İçin İdari İzin İstinası

Son olarak belirtmek gerekir ki, görevi kötüye kullanan kamu görevlisi hakkında soruşturma yapılabilmesi için ilgili idari makamın izni gerekmektedir. Ancak CMK m. 161’de de bu konuda adli kolluk görevlilerine ilişkin bir istisna öngörülmüştür. İlgili madde uyarınca kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri ile Cumhuriyet savcılarının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmakta kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk âmir ve memurları hakkında izne gerek olmaksızın Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma başlatılabilir.

<sup>53</sup> Koca/Üzülmez, s. 1027-1028; Yargıtay Kararı 14. Ceza Dairesi, E. 2015/7 K. 2015/5623 T. 14.4.2015: “Mağdurlar ..., ..., ... ve ...’in aşamalandaki beyanları ve tüm dosya içeriğine göre, suç tarihinde İlçe Emniyet Amiri olan sanığın, hakkında kaçakçılık suçundan gözaltında bulunan mağdurlar ... ve ...’i İlçe Emniyet Müdürlüğünde copla ellerine ve tokatla yüzlerine vurmak suretiyle basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaraladığı, haklarında suç şüphesi bulunmayan diğer mağdurlar; ..., ... ve ...’i Cumhuriyet Savcısının bilgisi dışında gözaltına alıp, karakoldaki odasına götürttüğü, mağdurlara sinkafı küfürler edip tokatladığı eylemlerinin; mağdurlar ... ve ...’a yönelik TCK’nın 86/2, 3-d-e maddeleri uyarınca ayrı ayrı, diğer mağdurlar ..., ... ve ...’e yönelik ise aynı Kanun’un 109/2, 3-d maddelerine göre ayrı ayrı cezalandırılması gerekirken, görevi kötüye kullanma suçunun kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında işlenebileceği gözetilmeden sanığın tüm mağdurlara yönelik ayrı ayrı eylemlerinin tek bir görevi kötüye kullanma suçu kabul edilerek hüküm kurulması”

<sup>54</sup> Üzülmez, s. 213.

### III. SONUÇ

Devletin en asli görevleri arasında toplumun huzur ve güvenliği ni sağlamak vardır. Yasa koyucu her ne kadar bireylerin ve kamusal düzenin korunması amacıyla ceza hukuku kuralları ihdas etse de bu kuralların uygulanabilirliği büyük ölçüde kolluk faaliyetlerinin yerine getirilmesiyle gerçekleşir. Ancak bireysel yahut toplumsal güvenliği sağlamak amacıyla koyulan bu kuralların icrasında kolluk görevlileri mahkeme kararıyla kişinin suçlu olduğu kesinleşene kadar bireyler arasında farklı yargılara varmadan görevini yerine getirmelidir. Zira bir kimsenin güvenliği sağlamaya çalışırken gözetilmeyen usuller bir başkasının güvenliğini tehdit altında bırakabilir.

Kolluk faaliyetleri, görev tanımı gereği doğrudan kişilerin hürriyet alanına müdahale içerir. Bu nedenle mevzuatımızda kolluğun her iş ve işlemleri ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Yukarıda ifade edilen tüm hususlarda akla gelebilecek en önemli gerekçe kolluk görevlilerinin hukuka aykırı fiilleri genellikle üstlerinin emirleri doğrultusunda yaptıkları şeklindedir. Ancak Anayasamızın 137. maddesi konusu suç teşkil eden emrin hiçbir suretle yerine getirilemeyeceğini ve yerine getiren kimsenin sorumluluktan kurtulamayacağını ifade etmiştir. Görevi kötüye kullanma suçunun, kamu görevlisinin görevinin gerekleriyle uyuşmayan yani hukuka aykırı olup özel olarak tanımlanmamış tüm fiillerinin cezalandırılabilmesi amacıyla ihdas edildiği için “ikame hüküm” veya “torba hüküm” niteliğinde olduğu unutulmamalıdır. Yani yazılı yahut istisna olarak ilgili kanunlarda tanımlanmış meşru sözlü emirlerle yerine getirilen görevler dışında, görevlerinin gereklerine aykırı olan tüm fiiller diğer şartları da yanında taşıması halinde görevi kötüye kullanma suçu teşkil edebilir.

İdari kolluk faaliyeti, kamu düzeninin korunması amacıyla gerekli önlemlerin alınması şeklinde yürütüldüğü için önleyici niteliktedir. Adli kolluk ise kamu düzeni bozulduktan sonra ortaya çıkar ve bu nedenle bastırıcı niteliktedir. Ancak bu teorik ayrıma rağmen teşkilatlanma bakımından her iki kolluk faaliyeti de aynı personel tarafından gerçekleştirildiği için uygulamada kamu görevlilerinin hukuki anlamda profesyonel bir eğitimden geçirilerek tecrübeyle mesleklerini icra etmeleri zorlaşmaktadır. Nitekim makalemizde incelemiş olduğumuz genel örneklerin dışında farklı pek çok görevi kötüye kullanma hali

ile karşı karşıya kalmamızın en temel sebeplerinden bir tanesi de bu uzmanlaşma eksikliğidir. Adli kolluk yetkilileri ve görevlilerinin bu doğrultuda dikkat etmesi gereken hususlar öncelikle şunlardır. Suç şüphesinin öğrenilmesinden sonra derhal adli makamlar durumdan haberdar edilmeli, suç mahallinde deliller usulüne uygun olarak muhafaza altına alınmalı, şüpheli veya sanıkların ceza yargılamasının sonuna kadar masumiyet karinesinden yararlandığı akıldan çıkarılmamalı ve bu nedenle kolluk görevlileri hüküm niteliğinde kanaatlerle bireyleri tüm bu süreçler içerisinde haklarından alıkoymamalıdır. Unutulmamalıdır ki, bir şüphelinin karakolda susma hakkını kullanması, müdafii ile görüşmesi, konutunda arama yapılacağı mahkeme kararı talep etmesi gibi pek çok husus ona kolluk tarafından ihsan edilmiş özel haller değil doğrudan yasa kaynaklı tanınmış en temel haklardır ve kolluğun bunları yerine getirmek noktasında hiçbir takdir hakkı söz konusu değildir.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Aday Nejat, Avukatlık Hukukunun Genel Esasları, Beta Yayınları, 1994.
- Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet ve Yenidünya Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 2012.
- Çulha Rıfat/Demirci Turgay ve Yenisey Feridun, Ceza Muhakemesinin Soruşturma Evresine Katılan Kişiler İçin CMK Cep Kitabı, TBB Yayınları, 2013.
- Koca Mahmut ve Üzülmüş İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 2020.
- Koca Mahmut ve Üzülmüş İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, 2021.
- Özbek Veli Özer/Kanbur M. Nihat/Doğan Koray/Bacaksız Pınar ve Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 2012.
- Özgenç İzzet, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İBB Hukuk Müşavirliği, 1996.
- Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2010.
- Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan ve Önok R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Yaşar Osman/Gökcan Hasan Tahsin ve Artuç Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. 6, Adalet Yayınevi, 2014.
- Yıldırım Turan/Yasin Melikşah/Kaman Nur/ Özdemir H. Eyüp/Üstün Gül ve Tekinsoy Okan, İdare Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, 2017.



### Makaleler

Dönmez Burcu Demren, "Türk Ceza Kanunu'nda Kamu Görevlisi Kavramı", *TBB Dergisi*, S. 94, 2011.

Özgenç İzzet ve Şahin Cumhur, "Kamu Görevlisinin Görevi Kötüye Kullanması Üzerine Düşünceler", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VI, 2003.

Pehlivan Ali, "Soruşturma Evresinde Müdafî ve Vekilin Evrak İnceleme Yetkisi", *MÜHFHAD*, S. 2, C. 19, 2013.

Sevük Handan Yokuş, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)", *DÜHFD*, C. 23, S. 39, 2018.

Üzülmez İlhan, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVI, 2012/1.

### Tezler

Başaran Serkan, "Görevi Kötüye Kullanma", Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2016.

Koç Emin, "Kolluk Kuvvetlerinin Silah Kullanma Yetkisi", Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul, 2002.

# YARGI KARARLARI IŞIĞINDA DİSİPLİN HUKUKUNDA SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ\*

## THE PRINCIPLE OF LEGALITY IN CRIME AND OFFENSE IN DISCIPLINARY LAW IN THE LIGHT OF JUDICIAL DECISIONS

Emin HÜSEYİNOĞLU\*\*

**Özet:** Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen "suçta ve cezada kanunilik ilkesi", ceza hukukunun en önemli ilkelerinden biridir. Bu ilkenin "suç ve cezanın sadece kanunla konulması", "belirlilik", "kıyas yasağı" ve "aleyhe kanunun geçmişe uygulanma yasağı" şeklinde alt ilkeleri bulunmaktadır.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin disiplin hukukunda geçerli olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 38. maddesinin disiplin suçları bakımından geçerli olduğuna ve disiplin suçlarının sadece kanunla konulabileceği görüşündedir. Bununla birlikte mevzuatımızda bazı disiplin suçlarının yönetmelikle düzenlendiği görülmektedir.

Belirlilik ilkesine göre, suç ve ceza içeren normun açık ve anlaşılabilir olması gerekmektedir. Ceza hukukundan farklı olarak, belirlilik ilkesinin disiplin hukukunda katı şekilde uygulanmadığı görülmektedir. Örneğin Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesinde yer alan "devlet memuru vakarına yakışmayan tutum ve davranışta bulunmak", "kurumların huzur, sükün ve çalışma düzenini bozmak" veya "memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak" disiplin suçlarının açık ve anlaşılabilir olduğu söylenemez.

Yine ceza hukukundan farklı olarak, disiplin suçlarında kıyas yasağı bulunmamaktadır. Yukarıda örnekleri verilen belirlilik ilkesine aykırı disiplin suçları açısından bir de kıyas hükmünün uygulanması idarenin keyfililiğine yol açıp, çok tehlikeli sonuçlar doğurabilir.

**Anahtar Kelimeler:** Kanunilik İlkesi, Belirlilik İlkesi, Disiplin Hukuku, Disiplin Suçu, Kıyas

\* Bu makale, 27-29 Mayıs 2021 tarihlerinde Eskişehir'de gerçekleştirilen 7. Uluslararası Hukuk Sempozyumu'nda "Disiplin Hukukunda Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi" başlığı ile sözlü bildiri olarak sunulmuştur.

\*\* Dr. Öğr. Üyesi, Karabük Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, eminhuseyinoglu@karabuk.edu.tr, ORCID: 0000-0002-4196-2295, Makalenin Gönderim Tarihi: 03.07.2021, Kabul Tarihi: 03.07.2021

**Abstract:** “The principle of legality in crime and penalty” arranged in Article 38 of the Constitution is one of the most important principles of the penal law. This principle has sub-principles in the form of “the imposition of crime and offense only by law”, “certainty”, “prohibition of comparison”, and “prohibition of implementation of the adverse law”.

It is controversial in the doctrine whether the principle of legality in crime and offense is valid in disciplinary law. The opinion of the Constitutional Court is that Article 38 of the Constitution is valid in terms of disciplinary offenses and that disciplinary offenses can only be imposed by law.

In accordance with the principle of certainty, the norm including crime and offense should be clear and understandable. Unlike the penal law, it appears that the principle of certainty is not strictly applied in disciplinary law. For example, it cannot be said that disciplinary offenses “to act and behave incompatible with the dignity of a civil servant”, “to disturb the peace, tranquility and working order of institutions” or “to act disgracefully and embarrassing at a quality and degree incompatible with the title of civil servant” in Article 25 of the Civil Servants Law are clear and understandable.

Nevertheless, unlike the penal law, there is no prohibition of comparison in disciplinary offenses. In terms of disciplinary offenses that are contrary to the certainty principle, examples of which are given above, the implementation of the comparison clause may lead to arbitrariness of the administration and cause very dangerous consequences.

**Keywords:** Principle of Legality, Principle of Certainty, Disciplinary Law, Disciplinary Offense, Comparison

## GİRİŞ

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, ceza hukukunda kişilerin hukuki güvenliğini sağlayan bir mekanizmadır.<sup>1</sup> Bu ilkeyi düzenleyen Anayasa'nın 38. maddesine göre, “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

*Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkumiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır.*

*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur”.*

<sup>1</sup> Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s.52.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, kişilerin yasak olan eylemleri önceden bilmelerini sağlama düşüncesine dayanır. Bu şekilde kişi, hareketlerini düzenlemek imkânı bulabilir ve bu sayede işlemiş olduğu eylemden dolayı sorumlu tutulabilir.<sup>2</sup>

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi o denli önemlidir ki, Anayasa'nın 15. maddesine göre, temel hak ve özgürlüklerin durdurulduğu savaş, seferberlik veya olağanüstü hallerde bile kanunilik ilkesine aykırı düzenlemeler yapılması mümkün değildir.<sup>3</sup> Hukuk devletinin unsurlarından biri olan suçta ve cezada kanunilik ilkesi, modern hukukta, sadece ceza kanununa özgü bir ilke olmayıp, modern kamu hukukunun bir ilkesini oluşturmaktadır.<sup>4</sup>

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin; "suç ve cezanın sadece kanunla konulması", "belirlilik", "kıyas yasağı" ve "aleyhe kanunun geçmişe uygulanma yasağı" şeklinde alt ilkeleri bulunmaktadır. Bu çalışmada, bu alt ilkelerden yola çıkılarak suçta ve cezada kanunilik ilkesinin disiplin hukukunda geçerli olup olmadığı üzerinde durulmaktadır.

## I. SUÇ VE CEZANIN SADECE KANUNLA KONULMASI

Suç ve cezanın sadece kanunla konulması, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamamasını ifade eder. Örneğin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yönetmelik, genel emir veya yönerge ile suç ve ceza konulamaz. Adli suç ve cezaların mutlaka kanunla konulması gerektiği konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Anayasa'nın 38/3. maddesine uygun olarak düzenlenen TCK'nın 2/2. maddesine göre, "İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz."

Anayasa'nın 38. maddesinin disiplin hukukunda uygulanıp uygulanmayacağı ise doktrinde tartışmalıdır. Birinci görüşe göre, Anayasa'nın 38. maddesi disiplin suçları bakımından geçerli değildir.<sup>5</sup> Bu görüşü savunan Gözler/Kaplan'a göre, "Disiplin hukukunda 'kanunsuz suç olmaz' ilkesi geçerli değildir. Bunun çeşitli nedenleri vardır. Bir

<sup>2</sup> Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt 1, 14. Bası, Der Yayınları, İstanbul 2016, s.21.

<sup>3</sup> Koca/Üzülmez, s.54.

<sup>4</sup> Dönmezer/Erman, s.26.

<sup>5</sup> Celal Işıklar, Teoride ve Uygulamada Kamu Disiplin Yaptırımları, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s.384; Kemal Gözler/Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, Bursa 2014, s.661.

kere, disiplin suçu teşkil edecek bütün fiillerin eksiksiz bir listesini yapmak imkansızdır. Eğer disiplin hukuku alanında kanunilik ilkesi geçerli olursa, kanunla öngörülmemiş ama kurumun düzenini bozan fiillerin disiplin cezasıyla cezalandırılması mümkün olmaz. Keza, disiplin hukukunda kanunilik ilkesi geçerli olursa, kıyas yoluyla disiplin suçu da yaratılamaz.”<sup>6</sup> Bu konuda katıldığım ikinci görüşe göre ise Anayasa’nın 38. maddesi disiplin suçları bakımından da geçerlidir.<sup>7</sup>

38. maddeden bağımsız olarak, Anayasa’da belli kişilerin disiplin suç ve cezalarının kanunla düzenleneceği doğrudan veya dolaylı olarak zikredilmiştir. Örneğin Anayasa’nın 140/3. maddesine göre, hâkim ve savcılar hakkında disiplin kovuşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi sadece kanunla düzenlenir. Bu düzenlemeye uygun olarak, hâkim ve savcılara uygulanabilecek disiplin suç ve cezaları Hakimler ve Savcılar Kanunu (m.62 vd.) ile düzenlenmiştir.

Anayasa’nın 128/2. maddesine göre, “Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir”. Buna göre, disiplin cezalarının özlük işleri ile ilgili olması nedeniyle kamu görevlilerine ilişkin disiplin suç ve cezalarının da kanunla konulması gerekmektedir.<sup>8</sup> Anayasanın bu hükmüne uygun olarak Devlet Memurları Kanunu (m.125) hem disiplin cezalarını hem de disiplin suçlarını kanunla düzenleme yolunu tercih etmiştir.<sup>9</sup>

Anayasa’nın 149/5. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi Başkanı, başkanvekilleri ve üyelerinin disiplin işleri kanunla düzenlenir. Bu hükme uygun olarak Anayasa Mahkemesi Başkan ve üyelerinin disiplin suç ve cezaları Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun (m.18, 19) ile düzenlenmiştir.

<sup>6</sup> Gözler/Kaplan, s.661.

<sup>7</sup> Halil Kalabalık, İdare Hukuku Dersleri, 2. Cilt, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.109; Cemil Kaya, “Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 38, Sayı 2, 2005, s.65; Bahtiyar Akyılmaz, “Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 1-2, 2002, s. 250-251; Turhan Yıldırım, “Kamu Yararı ve Disiplin Cezalarının Affı”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 17, Sayı 1, s.439; Ezgi Aygün Eşitli, “Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 104, 2013, s.235.

<sup>8</sup> Metin Günday, İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2011, s.237.

<sup>9</sup> Ramazan Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s.531.

Yine Anayasa'nın 130/9. maddesinde, öğretim elemanlarının disiplin ve ceza işlerinin kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Fakat daha önceleri bu hükme uyulmayarak öğretim elemanlarının disiplin suçları Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği ile düzenlenmişti. Yükseköğretim Kanunu'nun 53/b. maddesinin eski haline göre, "Öğretim elemanları, memur ve diğer personele uygulanabilecek disiplin cezaları uyarı, kınama, yönetim görevinden ayırma, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması, üniversite öğretim mesleğinden çıkarma ve kamu görevinden çıkarma cezalarıdır. Hangi fiillere hangi disiplin cezasının uygulanacağı, bu bentte sayılan kişilerin disiplin işlemleri ve disiplin amirlerinin yetkileri, Devlet memurlarına uygulanan usul ve esaslar da göz önüne alınmak suretiyle Yükseköğretim Kurulu'nca düzenlenir." Bu düzenlemenin ikinci cümlesi, Anayasa Mahkemesi'nin 14.1.2015 tarihli kararı ile iptal edilmiş ve bunun sonucunda Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği, Yükseköğretim Kurumu'nun 20.10.2017 tarih ve 30216 sayılı Yönetmeliği ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin 14.1.2015 tarihli kararına göre, "Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, 'Kimse, kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz'; üçüncü fıkrasında da 'Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur' denilerek 'suç ve cezanın kanuniliği' ilkesi getirilmiştir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından disiplin cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tabidir. ... Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında, 'Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.' denilmiş; 130. maddesinin dokuzuncu fıkrasında ise öğretim elemanlarının disiplin ve ceza işlerinin kanunla düzenleneceği kural altına alınmıştır. ... Dolayısıyla kapsama dahil personelin disiplin işlemlerine dair usul ve esasların kanunda gösterilmeyerek, tüm bu işlemlerin Yükseköğretim Kurulu'nca düzenlenmesini öngören dava konusu kural, Anayasa'nın 38., 128. ve 130. maddeleriyle bağdaşmamaktadır."<sup>10</sup>

<sup>10</sup> AYM, T.14.1.2015: E.2014/100, K.2015/6, <https://normkararlarbilgibankasi.ayasa.gov.tr/ND/2015/6?EsasNo=2014%2F100>, Erişim Tarihi: 14.03.2021.

Anayasa Mahkemesi 14.6.2017 tarihli kararında da benzer gerekçeyle TRT Kanunu'nun 56/1. maddesinde yer alan, TRT personelinin disiplin cezalarının yönetmelikle düzenleneceğine ilişkin kanun hükmünü Anayasa'nın 38. ve 128. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.<sup>11</sup> Anayasa Mahkemesi 20.12.2018 tarihli kararında ise Türk Standartları Enstitüsü Kuruluş Kanunu'nun 10/A. maddesinde yer alan, enstitü personelinin disiplin işlerinin yönetmelikle düzenleneceğine ilişkin kanun hükmünü Anayasa'nın 38. maddesine aykırı bularak iptal etmiş ve Anayasa'nın 128. maddesi bakımından konunun değerlendirilmesine gerek görülmediğini ifade etmiştir.<sup>12</sup> Anayasa'nın 38. maddesinin sadece adli suç ve cezalar değil, disiplin suç ve cezaları bakımından da geçerli olduğuna ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin istikrar kazanan başka kararları da bulunmaktadır.<sup>13</sup>

Danıştay'ın içtihatları da Anayasa Mahkemesi ile aynı doğrultudadır.<sup>14</sup> Örneğin Danıştay'a göre, "TEDAŞ personelinin disiplin suçları

<sup>11</sup> AYM, T.14.6.2017, E.2016/182, K.2017/111, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 12.01.2021; Anayasa Mahkemesi, emniyet teşkilatı mensuplarının disiplin suçlarının tüzükle düzenleneceğine ilişkin Emniyet Teşkilat Kanunu'nun 83. maddesini de Anayasa'nın 38. ve 128. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir. (AYM, T.13.01.2016, E.2015/85, K.2016/3, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 14.03.2021).

<sup>12</sup> AYM, T. 20.12.2018, E. 2018/107, K. 2018/114, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 12.01.2021.

<sup>13</sup> AYM, T.19.04.1988, E.1987/16, K.1988/8: "Yönetim, yönetim ilişkisi nedeniyle yönetilenler hakkında yaptırım uygulama yetkisine sahiptir. Disiplin hukukunun kaynağını oluşturan bu yetki, Anayasa çerçevesi içinde yasalarla düzenlenen alanlarda, yine yasalarla belirlenen koşullarda kullanılır. ... Yönetim, yasal belirleme ve dayanak olmadan herhangi bir davranışın yaptırım gerektirdiğini takdir edip kendi yetkisiyle bu konuda kural koyamaz. ... Suç ve cezalar, Anayasa'ya uygun olarak yasayla konulabilir. Yönetim, kendiliğinden suç ve ceza yaratamaz". (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); AYM, T.04.04.1991, E.1990/12, K.1991/7: "Burada öncelikle çözümlenmesi gereken konu disiplin suç ve cezalarının Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan suç ve cezalar kapsamında olup olmadığıdır. Genel olarak disiplin cezaları kamu görevi ile ilgili bir ceza türü olarak benimsenmektedir. Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmamış, ayrıca ceza yerine geçen güvenlik önlemleri de madde kapsamına alınmıştır. Buna göre, disiplin cezaları Anayasa'nın 38. maddesi kapsamındadır". (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); AYM, T.14.06.2017, E.2016/182, K.2017/111: "Anayasa'nın 38. maddesinde idari suç ve cezalar ile adli suç ve cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından, her ikisi de bu maddede öngörülen ilkelere tabidir". (*Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Cilt 1, Sayı 54, 2017, s.489); AYM, T.20.10.2011, E.2010/28, K.2011/139, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/02/20120207-15.htm>, Erişim Tarihi: 11.01.2021.

<sup>14</sup> Danıştay, 13.D, T.23.12.2016, E.2016/3493, K.2016/4367: "Anayasa'nın 38. mad-

*ve cezaları ... kanunla düzenlenmesi öngörülen hususlar arasında yer almaktadır. TEDAŞ Genel Müdürlüğü Disiplin Yönetmeliği'nin disiplin cezaları, çeşitleri ve uygulamasını gerektiren fiil ve haller başlıklı düzenlemesi içeriğinde yer alan disiplin cezaları uyarınca davacının cezalandırıldığı ancak yönetmelikle düzenlenen disiplin cezalarının Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen 'suçta ve cezada kanunilik' ilkesine ve Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında hükme bağlanan 'kanuni düzenleme' ilkesine aykırılık oluşturduğu açıktır.'*<sup>15</sup>

Anayasa'nın 38. maddesinin disiplin hukuku bakımından geçerli olması büyük önem arz etmektedir. Çünkü dış hekim, mimar gibi serbest meslek mensuplarına veya öğrencilere de disiplin cezası uygulanabilmektedir. Anayasa'da bu kişilerin disiplin suç ve cezalarının kanunla düzenlenmesi gerektiği yönünde hüküm bulunmamaktadır. Örneğin avukatların disiplin suç ve cezalarının kanunla düzenlenmesi gerektiğine ilişkin Anayasa'da bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, avukatlar hakkında disiplin suç ve cezaları isabetli bir şekilde Avukatlık Kanunu (m.134, 135) ile düzenlenmiştir.

Ancak bu tutum, bütün disiplin suç ve cezalarında görülmemektedir. Uygulamada disiplin suç ve cezalarında her türlü husus, tüm detaylarıyla kanunla düzenlenmemekte; temel ve belirleyici noktaların kanunla düzenlenmesi yeterli görülüp, ayrıntıya ilişkin hususlar ise yönetmelikle düzenlenmektedir.<sup>16</sup>

Örneğin Türk Dış Hekimleri Birliği Kanunu'nun 44/1. maddesinde dış hekimlerine uygulanabilecek disiplin cezaları sayılmakla birlikte, disiplin suçlarının nelerden ibaret olduğu kanunda sayılmış değildir. Bu Kanun'un 44/5. maddesine göre, "Disiplin cezalarını gerektiren fiiller ve bu fiillere uygulanacak disiplin cezaları; bir derece ağır veya hafif disiplin

---

desinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından, belirli normların sadece kanunlarla düzenlenebileceğini öngören kanunilik ilkesi, ceza hukukunda olduğu gibi idari yaptırımlarda da uygulanması zorunlu olan bir ilkedir". (https://legalbank.net, Erişim Tarihi: 12.01.2021); Danıştay, 15.D, T.11.05.2016, E.2016/3739, K.2016/3484: "Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından, idari ceza olduğu sonucuna varılan 'uyarı işlemi' de bu maddede öngörülen ilkelere tabidir". (https://legalbank.net, Erişim Tarihi: 12.01.2021).

<sup>15</sup> Danıştay, 12.D. T.14.03.2019, E.2017/1922, K.2019/2009, https://legalbank.net, Erişim Tarihi: 12.01.2021.

<sup>16</sup> Akyılmaz, s.246.



*cezalarının uygulanacağı haller; disiplin kovuşturması yapılması konusunda karar verecek merci; disiplin cezalarını vermeye yetkili merciler, disiplin cezalarına karşı yapılacak itirazın usul ve şartları; disiplin kurullarının çalışma usul ve esasları, disiplinle ilgili diğer işlemler Birlikçe düzenlenecek bir yönetmelikle gösterilir".* Diş hekimlerine uygulanabilecek disiplin suç ve cezaları bu maddeye dayanılarak çıkartılan Türk Diş Hekimleri Birliği ve Diş Hekimleri Odalarının Disiplin Yönetmeliği ile düzenlenmiştir.

Kanaatimce Anayasa Mahkemesi'nin kararları dikkate alındığında, diş hekimlerine verilecek disiplin suçlarının yönetmelikle düzenleneceğini hükme bağlayan Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunu'nun 44/5. maddesi ile Türk Diş Hekimleri Birliği ve Diş Hekimleri Odalarının Disiplin Yönetmeliği Anayasa'nın 38. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

Yükseköğretim kurumları öğrenci disiplin suçları ise Yükseköğretim Kanunu'nun 54. maddesinde düzenlenmiştir. Yükseköğretim Kanunu'nun "Öğrencilerin disiplin işleri" başlıklı 54/a. maddesine göre, "Yükseköğretim kurumları içinde veya dışında yükseköğretim öğrenciliği sıfatına, onur ve şerefine aykırı harekette bulunan, öğrenme ve öğretme hürriyetini, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kısıtlayan, kurumların sükûn, huzur ve çalışma düzenini bozan, boykot, işgal ve engelleme gibi eylemlere katılan, bunları teşvik ve tahrik eden, yükseköğretim mensuplarının şeref ve haysiyetine veya şahıslarına tecavüz eden veya saygı dışı davranışlarda bulunan ve anarşik veya ideolojik olaylara katılan veya bu olayları tahrik ve teşvik eden öğrencilere; eylem başka bir suçu oluştursa bile ayrıca uyarma, kınama, bir haftadan bir aya kadar veya bir veya iki yarıyıl için kurumdan uzaklaştırma veya yükseköğretim kurumundan çıkarma cezaları verilir".

Yükseköğretim kurumları öğrencilerinin disiplin suç ve cezaları, bu düzenlemeye dayanılarak çıkarılan 18.8.2012 tarihli Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği ile düzenlenmiştir. Kanaatimce Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği de Anayasa'nın 38/3. maddesine aykırılık teşkil etmektedir. Fakat Danıştay Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği'nin Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olmadığı görüşündedir.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> Danıştay, 8.D, T.09.05.2016, E.2012/9483, K.2016/4594: "Davacı tarafından, disiplin suçu olarak öngörülen bu eylemlerin, yönetmelikle düzenlenmesinin Anayasa'nın 38. maddesi ile 2547 sayılı Kanun'un 54. maddesine aykırı olduğu

Yükseköğretim Kanunu'nun 54/a. maddesinin ise hangi disiplin suçuna hangi disiplin cezasının verileceğini somut olarak belirlemediği olması nedeniyle bu çalışmada incelenen belirlilik ilkesine aykırı olduğu söylenebilir.

Gençlik ve Spor Bakanlığı tarafından işletilen öğrenci yurtlarında barınan öğrencilere verilecek disiplin suç ve cezaları ise 9.4.2021 tarihli Gençlik ve Spor Bakanlığı Yurt Hizmetleri Yönetmeliği (m.21 vd.) ile düzenlenmiştir. Bu Yönetmeliğin dayanağını, Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurt Hizmetleri Kanunu'nun 46. maddesi ile 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 184/1-ğ. ve 188. maddeleri oluşturmaktadır. Ancak bu Yönetmelikte yer alan disiplin suç ve cezalarının kanuni dayanağının bulunmadığı görülmektedir. Çünkü bu Yönetmeliğin kanuni dayanağını oluşturan Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Kanunu'nda yurt öğrencilerine disiplin cezası verilebileceğine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Kanaatimce Gençlik ve Spor Bakanlığı Yurt Hizmetleri Yönetmeliği'nin disiplin suç ve cezalarına ilişkin hükümleri hem suçta ve cezada kanunilik ilkesine (AY. m.38), hem de kanuni idare ilkesine aykırıdır. Anayasa'nın 123/1. maddesine göre, "İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir". "İdarenin kanuniliği ilkesi" veya "kanuni idare ilkesi" olarak adlandırılan bu kurala göre, idarenin eylem ve işlemlerinin bir kanuna dayanması gerekmektedir.<sup>18</sup> Ayrıca ifade etmek gerekir ki 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 184/1-ğ. ve 188. maddelerinde de öğrencilerin disiplin suçları ve bunlara verilebilecek cezaları düzenlenmiş değildir.

---

ileri sürülmektedir. 1982 Anayasası'nın 38. maddesinin üçüncü fıkrasında, 'Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.' hükmüne yer verilmiştir. Ayrıca, Anayasa'nın 124. maddesinde, Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilecekleri kuralı yer almıştır. Anayasanın aktarılan hükmü ve normlar hiyerarşisi bağlamında, bir yasa hükmüne dayalı olarak hazırlanan yönetmelikler ile yasa hükümlerine açıklık getirilmesi ve yasa hükümlerinin uygulamaya geçirilmesi amaçlanmıştır. Yasa koyucunun genel prensiplerini belirlediği konularda, idarelerin düzenleyici işlem yapma yetkisi, yasama organının çizdiği sınırlar içerisinde, Anayasa, Kanun ve Tüzük gibi üst hukuk normlarına aykırı olmamak kaydıyla düzenleme yapabileceği açıktır". (<https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 12.01.2021).

<sup>18</sup> Gözler/Kaplan, s.70.

Belediye Kanunu'nun 51/3. maddesinin eski halinde belediye zabıtasının meslek çıkarılma hallerinin yönetmelikle düzenleneceği hükme bağlanmıştı. Bu düzenlemeye dayanılarak hazırlanan Belediye Zabıta Yönetmeliği'nin 40. maddesinde zabıta personeline meslekten çıkarma cezası dışında verilecek disiplin cezalarında, DMK'nın uygulanacağı belirtildikten sonra meslekten çıkarma cezasını gerektiren durumlar teker teker sayılmıştır. Belediye Kanunu'nun 51/3. maddesinde yer alan bu kural, Anayasa Mahkemesi'nin 17.10.2018 tarihli kararıyla Anayasa'nın 38. ve 128. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiş ve iptal kararı 28.4.2019 tarihinde yürürlüğe girmiştir.<sup>19</sup> Ancak ilginç bir şekilde dayanaksız kalmış olan Belediye Zabıta Yönetmeliği'nin 40. maddesi şu an hala yürürlüktedir. Bu Yönetmelik Anayasanın 38. maddesine aykırı olduğu gibi, aynı zamanda kanuni idare ilkesine de açıkça aykırıdır. Kanaatimce bu Yönetmeliğin 40. maddesinin uygulanması mümkün olmayıp, zabıta personelinin bütün disiplin suçları hakkında sadece DMK'nın 125. madde hükümleri uygulanabilir.

Benzer bir sorun, itfaiye personeline uygulanacak disiplin cezaları bakımından geçerlidir. Belediye İtfaiye Yönetmeliği'nin 41. maddesinde itfaiye personeline meslekten çıkarma cezası dışında verilecek disiplin cezalarında, DMK'nın uygulanacağı belirtildikten sonra meslekten çıkarma cezasını gerektiren durumlar teker teker sayılmıştır. Bu Yönetmeliğin dayanağı, Belediye Kanunu'nun 52. maddesinde yer alan itfaiye personelinin meslekten çıkarılma hallerinin yönetmelikle düzenleneceğine ilişkin hükümdür. Bu hüküm ve bu hükme dayanılarak çıkarılan Belediye İtfaiye Yönetmeliği'nin 41. maddesi, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen 17.10.2018 tarihli kararı dikkate alındığında Anayasanın 38. maddesine açıkça aykırıdır.

<sup>19</sup> AYM, T.17.10.2018, E.2018/110, K.2018/99: "Kanun'da belediye zabıta personelinin meslekten çıkarılmasını gerektiren eylemler gösterilmediği gibi bu cezayı vermeye yetkili makamlar ve cezanın kesinleşme usulü de belirtilmemiştir. Bu haliyle anılan meslekten çıkarma yaptırım yönünden belediye zabıta personeli için kanuni bir güvence bulunmamaktadır. İtiraz konusu kural; söz konusu disiplin cezasıyla ilgili genel ilkeleri ortaya koymamakta, çerçeveyi çizmemekte, bu disiplin cezasını gerektiren eylemleri genel hatlarıyla da olsa belirlememektedir. İtiraz konusu kural yaptırım konusu eylemleri yasal düzeyde belirlemediğinden ilgililerin hangi somut fiil ve olguya meslekten çıkarma yaptırımının uygulanacağını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine yasal çerçevede imkân tanımamaktadır. Bu nedenle kural, Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen suçta ve cezada kanunilik ilkesine ve Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen düzenleme ilkesine aykırılık oluşturmaktadır". (<https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 12.01.2021).

## II. BELİRLİLİK İLKESİ

Ceza hukukunun güvence fonksiyonunu yerine getirebilmesi açısından gerekli olan belirlilik ilkesinde göre, suç ve cezanın kanunla konulması yeterli olmayıp, aynı zamanda kanunda yer alan suç tanımlarının açık ve net olması gerekmektedir.<sup>20</sup> Bu ilkeye göre, kanun herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmalı ve dolayısıyla kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermelidir.<sup>21</sup> Belirlilik ilkesi, kişilere, norma uygun davrandığı sürece yaptırıma uğramayacağı güvencesini sağlamak suretiyle özgürlükleri de güvence altına alan bir işlev yerine getirmektedir.<sup>22</sup>

Belirlilik ilkesine göre, kanun koyucu genişletilmeye elverişli, birden fazla anlama gelebilecek, her yöne çekilebilecek terimler kullanmaktan kaçınılmalı, kullandığı kelimelerin anlamı açık ve anlaşılabilir olmalıdır.<sup>23</sup> Örneğin “uygunsuz davranan bir kimse, uygun görülen bir ceza ile cezalandırılır”<sup>24</sup> veya “kötü olan bir eylem, hâkimin uygun gördüğü ceza ile cezalandırılır”<sup>25</sup> şeklinde bir düzenleme belirlilik ilkesini ihlal eder.

Belirlilik ilkesi, kanunda yoruma ihtiyaç duyulan kavramların kullanılmasına engel değildir. Ancak normun içeriğinden, hangi eylemin hangi cezayı gerektirdiği anlaşılmalıdır. Bireyin, ne anlama geldiği belli olmayan bir kanun hükmüne göre davranışlarını yönlendirmesi kendisinden beklenemez.<sup>26</sup>

Anayasa Mahkemesi, belirlilik ilkesini tanımını aynı doğrultuda tanımlamaktadır. Anayasa Mahkemesi’ne göre, “Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri ‘belirlilik’tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhan-

<sup>20</sup> İzzet Özgenc, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Ankara 2020, Seçkin Yayıncılık, s.132.

<sup>21</sup> Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel hükümler, 22. Baskı, Ankara 2019, Adalet Yayınevi, s.16.

<sup>22</sup> Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s.39.

<sup>23</sup> Hakeri, s.16.

<sup>24</sup> Timur Demirbaş, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s.123.

<sup>25</sup> Hakeri, s.16.

<sup>26</sup> Öztürk/Erdem, s.39.

*gi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirler.”<sup>27</sup>*

Anayasa Mahkemesi, belirlilik ilkesinin disiplin hukukunda da geçerli olduğunu kabul etmektedir. Anayasa Mahkemesi’ne göre, “Anayasa’nın 38. maddesine paralel olarak Türk Ceza Kanunu’nun 2. maddesinde yer alan ‘suçta ve cezada kanunilik’ ilkesi uyarınca, hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde yasa da gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Anayasa’nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından disiplin cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tabidir.”<sup>28</sup>

Anayasa Mahkemesi bir kararında, katılmakla yükümlü olduğu hizmetiçi eğitim programlarına uymayan veya bu programlarda başarılı olamayan sağlık personeline idarece meslekten uzaklaştırma cezası verileceğine ilişkin kanun hükmünü “belirlilik” ve “ceza kanunla konulur” ilkelerine aykırı bulmuştur. Anayasa Mahkemesi’ne göre, “İncelenen yasa ‘Hizmetiçi eğitim programına uymamak’ gibi içeriği belirsiz bir eyleme yaptırım getirerek Anayasa’nın 38. maddesinin birinci fıkrasına aykırılık yaratmakla kalmamış, cezalardan hangisinin hangi durumlarda verileceğini belirtmeyip yönetime çok geniş takdir yetkisi vererek ‘Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak konunla konulur’ diyen Anayasa’nın 38. maddesinin üçüncü fıkrasına da aykırı düşmüştür.”<sup>29</sup>

Belirlilik ilkesinin disiplin hukukunda da geçerli olduğu Danıştay tarafından da kabul edilmektedir. Danıştay’a göre, “Suç ve cezaların

<sup>27</sup> AYM, T.20.10.2011, E.2010/28, K.2011/139, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/02/20120207-15.htm>, Erişim Tarihi: 11.1.2021.

<sup>28</sup> AYM, T.20.10.2011, E.2010/28, K.2011/139, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/02/20120207-15.htm>, Erişim Tarihi: 11.1.2021.

<sup>29</sup> AYM, T.19.4.1988, E.1987/16, K.1988/8, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

*yalnızca yasayla konulup kaldırılması da yeterli olmayıp kuralların kuşkuya yer vermeyecek biçimde açık ve sınırlarının da belli olması gerekir. Bu bağlamda cezanın kanuniliği ilkesi, her şeyden önce o suçun kanun tarafından 'tanımlı' olmasını gerekli kılar. Disiplin cezası ile cezalandırılan kamu görevlisinin disiplin suçu oluşturan eylemi açık bir şekilde belirlenmeli, disiplin suçu oluşturan bu eyleminin hangi disiplin kurallarını ihlal ettiği açıkça ortaya konulmalıdır. Cezaların açık ve belirgin olması, açılan iptal davalarında hukuki nitelendirmeler ve muhakeme açısından kolaylık sağlayacak, aksi bir durum ise uyumsuzluk hakkında hukuki değerlendirme yapmayı olanaksız kılacaktır.”<sup>30</sup>*

Danıştay Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği'nin 8/1/c. maddesinde yer alan “Suç sayılan eylemleri işlemek” disiplin suçunu isabetli bir şekilde belirlilik ilkesine aykırı bulmuştur. Danıştay bu kararında, “Yükseköğretim kurumundan iki yarıyıl için uzaklaştırma cezası gerektiren bir fülün ve tesis edilen disiplin cezasının, Anayasa ile güvence altına alınan eğitim öğretim hakkı üzerinde sonuç doğuracağı dikkate alındığında, disiplin suçunun tüm unsurları ile ortaya konulması, açık ve net olması gerekmektedir. Bu bağlamda; dava konusu ‘suç sayılan eylemleri işlemek’ ifadesi ile hangi suçların kastedildiğinin belirsiz olması ve bu ifadenin düzenleyici işlemlerde olması gereken ‘açık ve net olma’ niteliğini taşıyamaması nedeniyle hukuka aykırı olduğu” sonucuna varmıştır.<sup>31</sup>

Bununla birlikte ceza hukukundan farklı olarak, belirlilik ilkesi disiplin hukukunda katı şekilde uygulanmamaktadır. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay’a göre, “Anayasa’nın 38. maddesindeki ilkelerin adli suç ve cezalar ile idari suç ve cezalara aynı kapsam ve düzeyde uygulanması işin mahiyetine uygun düşmemektedir. Bu bağlamda yasama organının ağır işleyen yapısı karşısında ekonomik ve teknik hayatın hızla değişen ve gelişen şartları doğrultusunda idari suç ve cezaların adli suç ve cezalara göre daha sık değiştirilme ihtiyacının belirmesi de suçun ve cezanın kanuniliği ilkesinin idari suçlar yönünden daha esnek uygulanmasını gerektirmektedir.”<sup>32</sup>

<sup>30</sup> Danıştay, 12.D, T.9.5.2014, E.2013/7372, K.2014/3573, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

<sup>31</sup> Danıştay, 8.D, T.29.11.2018, E.2013/11920, K.2018/7538.

<sup>32</sup> AYM, T.14.6.2017, E.2016/182, K.2017/111, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 22.02.2021; AYM, T.20.12.2018, E.2018/107, K.2018/114, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 22.02.2021; AYM, T.17.10.2018, E.2018/110, K.2018/99, <https://le->

Disiplin hukukunda kanunla düzenlense bile, disiplin suçu tanımlarında genel ve soyut kavramlara yer verilebilmektedir. Oysa ceza hukukunda suçun hem basit hali hem de nitelikli halleri genellikle somut kavramlarla detaylı olarak kanunda düzenlenmektedir.<sup>33</sup>

Örneğin DMK'nın 125. maddesinde yer alan uyarma cezasını gerektiren "Devlet memuru vakarına yakışmayan tutum ve davranışta bulunmak", kınama cezasını gerektiren "kurumların huzur, sükün ve çalışma düzenini bozmak", aylıktan kesme cezasını gerektiren "hizmet içinde Devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak", Devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektiren "memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak" ve "yurt dışında Devletin itibarını düşürecek veya görev haysiyetini zedeleyecek tutum ve davranışlarda bulunmak" disiplin suçlarının açık ve anlaşılabilir olmadığı ortadadır. Kanaatimce Devlet memurluğundan çıkarma gibi ağır bir cezanın uygulandığı disiplin suçlarında bile soyut ve genel kavramların kullanılması kabul edilebilir değildir.

Karşılıksız yararlanma (TCK m.163/1), usulsüz ölü gömülmesi (TCK m.196), hakaret (TCK m.125) gibi hafif sayılabilecek suçlar dahil olmak üzere ceza hukukunda bütün suçlarda belirlilik ilkesi katı şekilde uygulanmaktadır. Bu tür suçlar uygulamada genellikle adli para cezası ile cezalandırılmaktadır. Disiplin cezalarının adli para cezasından daha hafif olduğu iddia edilemez. Örneğin Devlet memurluğundan çıkarma cezasının, adli para cezasından daha hafif bir ceza olmadığı ortadadır. Dolayısıyla yukarıda örnekleri verilen soyut ve genel kavramlarla tanımlanan disiplin suçları belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedirler. Bu tür disiplin suçlarına bir de kıyasa izin veren hükümlerin uygulanması, bizi adeta "idarece kötü olarak görülen herhangi bir eylem disiplin suçu sayılır" şeklinde bir sonuca götürmekte olup, idarenin keyfiliğine ve çok tehlikeli sonuçlara yol açabilir.

Görüşüne katıldığım Akyılmaz'a göre, "Henüz sosyal devletin gereklerini tam olarak yerine getirmemiş olan ülkemizde, kamu görevlisi sayısı da

galbank.net, Erişim Tarihi: 22.02.2021; Danıştay, 12. D, T.14.03.2019, E.2017/1922, K.2019/2009, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 22.02.2021.

<sup>33</sup> Enver Kaşlı, Polis Disiplin Hukuku, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s.44; Demirbaş, s.54.

*dikkate alınarak disiplin cezalarını, sadece meslek hayatına ilişkin yaptırımlar olarak değerlendirerek hafife almak; yine amacının kurum düzenini sağlamak olduğunu ifade ederek, aslında hukuka aykırı disiplin işlemleriyle devlete duyulan saygınlığın ve güvenin zedelenmesi suretiyle toplum düzenine aykırı bir durumun gelişeceğini göz ardı etmek doğru değildir. ... Disiplin hukukunda kıyas ilkesini getiren bu hükümler adeta idareyi hukuka aykırı davranmaya teşvik etmektedirler. Bu sebeple disiplin suç ve cezalarının da Anayasa'nın 38. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği; kanun koyucunun disiplin suç ve cezalarına ilişkin düzenleme yetkisini kullanırken Anayasa'nın 38. maddesindeki ilkelere uymak zorunda olduğu kabul edilmelidir.”<sup>34</sup>*

Belirlilik ilkesine aykırı bir başka örnek, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 18/1. maddesinde görülmektedir. Bu hükme göre, *“Başkan ve üyelerin, asli görevleri dışında resmi veya özel bir görev almaları ya da yaptıkları yeminle veya üyeliğin vakar ve şerefi ile bağdaşmayan, hizmetin aksamasına yol açan hal ve hareketlerinin sabit görülmesi halinde, eylemin niteliğine göre, uyarma, kınama ya da üyelikten çekilmeye davet edilme cezalarından birisine karar verilir”*. Bu düzenlemede, hangi eyleme hangi disiplin cezasının verileceği tam olarak belirtilmediği gibi, üyeliğin vakar ve şerefi ile bağdaşmayan eylemlerin ne olduğu açık ve anlaşılabilir değildir.

### III. KIYAS YASAĞI

Kıyas, bir olaya ilişkin kanun hükmünün, kanunun düzenlememiş olduğu benzer bir olaya uygulanmasıdır. Kıyas suretiyle, kanunun bir normuna dayanılarak, kanunun öngörmediği başka bir norm meydana getirilmektedir.<sup>35</sup> Ceza hukukunda, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin gereği olarak kıyas suretiyle suç ve ceza yaratılamayacağı kabul edilmektedir. Bu husus kanunda da açıkça düzenlenmiştir. TCK'nın 2/3. maddesine göre, *“Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz”*.

Disiplin hukukunda ise durum aynı değildir. Mevzuatımıza baktığımızda, disiplin cezaları bakımından kıyasa izin verilmediği, fakat disiplin suçları bakımından genellikle kıyas düzenlemelerine yer ve-

<sup>34</sup> Akyılmaz, s.250-251.

<sup>35</sup> Koca/Üzülmez, s.61.



rildiği görülmektedir. Yani ceza hukukundan farklı olarak, disiplin hukukunda suçta kanunilik ilkesi esnetilerek idareye disiplin suçu belirleme konusunda takdir yetkisi tanınmıştır.<sup>36</sup>

Örneğin Devlet Memurları Kanunu'nun 125/4. maddesine göre, *"Yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara da aynı neviden disiplin cezaları verilir"*.

Öğretim elemanlarına uygulanabilecek disiplin suçları bakımından da kıyas mümkündür. Yükseköğretim Kanunu'nun 53/D/5. maddesine göre, *"Bu Kanunda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiillere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer fiilleri işleyenlere de hangi disiplin fiiline benzediği belirtilerek aynı türden disiplin cezaları verilir"*.

Türk Dış Hekimleri Birliği ve Dış Hekimleri Odalarının Disiplin Yönetmeliği'nin *"Aynı Nitelikli Fiiller"* başlıklı 11. maddesine göre, *"Yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer fiillerde bulunanlara da aynı türden disiplin cezası verilir"*.

Yükseköğretim kurumları öğrencilerine uygulanabilecek disiplin cezalarında ise sadece uyarma ve kınama cezaları bakımından kıyas kabul edilmiştir. Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği'nin *"Öngörülmemiş disiplin suçları"* başlıklı 10. maddesine göre, *"Yükseköğretim kurumundan uzaklaştırma ve çıkarma cezasını gerektiren disiplin suçları dışında, uyarma ve kınama cezası verilmesini gerektiren eylemlere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara da aynı türden disiplin cezaları verilir"*.

Hakimler ve Savcılar Kanunu'nda ise kıyas uygulaması *"Nitelik ve ağırlıkları itibarıyla yukarıda belirtilen benzeri eylemlerde bulunmak"* eylemi olarak sadece uyarma (m.63/f), kınama (m.65/ı) ve kademe ilerlemesini durdurma (m.66/e) cezaları bakımından kabul edilmiştir.

İdareye, kıyas yoluyla disiplin suçu oluşturma yetkisi tanınan bu hükümlere göre, idarenin bu yetkisinin sınırı, *"nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemler"* ibaresidir.<sup>37</sup> İdare tamamen serbest bir şekilde değil, ancak kıyas yoluyla disiplin suçu oluşturabilecektir.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> Çağlayan, s.531.

<sup>37</sup> Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.769.

<sup>38</sup> Gözler/Kaplan, s.661.

Danıştay disiplin suçlarında kıyas yapılabileceği görüşündedir. Örneğin Danıştay eski Yükseköğretim Kurumları Yönetici Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin "Öngörülmemiş Disiplin Suçları" başlıklı 12. maddesinde yer alan "Yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fül ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara da aynı türden disiplin cezaları verilir" hükmünün hukuka uygun olduğuna karar vermiştir.<sup>39</sup>

Danıştay Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği'nin 10. maddesinin de belirlilik ve kanunilik ilkelerine aykırı olmadığına karar vermiştir. Danıştay'a göre, "Disiplin cezasını gerektiren bütün füller tek tek belirtilmiş olsa bile, bazen işlenen bir fül netice itibarıyla disiplin cezası gerektiren eylemlerden daha ağır sonuçlar doğurabilmekte ve bunun karşılığında herhangi bir disiplin cezası öngörülmediği için cezasız kalabilmektedir. Böyle durumlarda uyarma ve kınama cezası verilmesini gerektiren eylemlere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerin cezasız kalmaması için getirilen ve mülga Yönetmelikte tüm disiplin cezaları bakımından öngörülmüş iken, dava konusu Yönetmelikte yükseköğretim kurumundan uzaklaştırma ve çıkarma cezaları kapsam dışında tutulmak suretiyle yeniden düzenlendiği anlaşılmakta olup, maddede üst hukuk normlarına ve hukuka aykırılık bulunmamıştır."<sup>40</sup>

Kanaatimce kıyas yoluyla oluşturulmuş olan bir disiplin suçu belirlilik ilkesine aykırı olup, kanunun açıkça cezalandırdığı bir eylem olarak değerlendirilemez. Bunun yanında daha önce de ifade edildiği üzere, belirlilik ilkesine aykırı olarak soyut ve genel kavramlarla tanımlanan disiplin suçlarına bir de kıyas hükmünün uygulanması idarenin keyfiliğine yol açıp, çok tehlikeli sonuçlar doğurabilir.<sup>41</sup> Örneğin

<sup>39</sup> Danıştay, İDDK, T.09.11.2000, E.2000/646, K.2000/1119. Bu kararda isabetli bulunduğum karşı oya göre, "Hukuk devletinde ceza yaptırımına bağlanan her eylemin tanımının yapılması, suçların kesin biçimde ortaya konulması, ne tür eylemlerin yasaklandığının hiçbir kuşkuya yer vermeyecek biçimde belirtilmesi ve buna göre de cezanın saptanması zorunludur. Bu şekilde bir saptama yapmadan idareye sınırsız bir takdir hakkı tanıyarak kıyas yoluyla disiplin suç ve cezası verilmesi yolunu açan düzenlemede hukuka uyarlık" bulunmamaktadır. (Https://legalbank.net, Erişim Tarihi: 17.02.2021).

<sup>40</sup> Danıştay, 8.D, E.2012/9483, K.2016/4594, T.09.05.2016, https://legalbank.net, Erişim Tarihi: 17.02.2021.

<sup>41</sup> Aynı yönde Boz: "Her ne kadar disiplin suçlarının tek tek belirlenmesi hizmet gereklerine uygun olmayıp imkânsız gibi görülse de kıyasın tıpkı ceza hukukunda olduğu gibi disiplin hukukunda da yasak olması gerekir. Nitekim Devlet me-

“kurum düzenini bozucu herhangi bir eylem” veya “idarece olumsuz görülen herhangi bir eylem” kolaylıkla kıyas yoluyla DMK’nın 125. maddesinde düzenlenen “kurumların huzur, sükûn ve çalışma düzenini bozmak” veya buna benzer diğer disiplin suçları kapsamında değerlendirilebilir. Soyut ve genel kavramlarla tanımlanan bu disiplin suçları ve kıyas düzenlemesine yer verilen hükümler, Anayasanın 38. maddesine aykırı olduğu gibi aynı zamanda hukuki güvenlik ve dolaşısıyla hukuk devleti (AY. m.2) ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir.

Kanaatimce hukuk devletinde suçta ve cezada kanunilik ilkesi esnetilmeye müsait bir ilke olmayıp hem ceza hukukunda hem de disiplin hukukunda istisnasız bir şekilde uygulanması gereken bir ilkedir.

Anayasa Mahkemesi bir kararında isabetli bir şekilde hükümlülerin disiplin suçları bakımından kıyasa izin veren Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 48/1. maddesini suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir. Bu maddede “37 ila 46’ncı maddelerde yer alan eylemlerin tanımına uymayan ve kanunda tanımları yapılmamış olan eylemler, nitelik ve ağırlıkları bakımından bunlara benzediklerinde, aynı maddelerdeki disiplin cezaları ile karşılanırlar” hükmü yer almaktaydı. Anayasa Mahkemesi’ne göre, “Ceza infaz kurumlarında uygulanacak disiplin yaptırımlarının da aynen diğer ceza yaptırımları gibi belirlilik ve kanunilik ilkelerine uygun şekilde düzenlenmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle bu kurumlarda bulunan hükümlü ve tutukluların hangi fiillerinin disiplin suçu oluşturduğunu açık olarak bilmeleri gerekmektedir. İtiraz konusu kuralla, Kanun’un 37 ila 46. maddelerinde yer almayan fiillerle ilgili olarak da disiplin cezasının uygulanabileceğinin öngörülmesi belirsizliğe neden olmaktadır. Zira, ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlü ve tutuklular, hangi fiilleri işlerlerse haklarında disiplin cezası uygulanabileceği konusunda duraksamaya sevk edilmektedir. Bu şekilde bir belirsizliğin kabul edilmesi ise hukuki güvenlik ilkesiyle bağdaşmaz. Öte yandan, gerçekleşen fiilin suç olarak tanımlanmadığı, buna karşın Kanun’da belirlenmiş diğer fiillere uydu-  
rulabilmesi imkanını veren kural, uygulayıcıyı kıyas yapmaya yönlendirmektedir. Dolayısıyla, itiraz konusu kuralla, Kanun’da tanımlanmayan bir fiilin, benzeri bir fiille karşılaştırılarak kıyas yapılmak suretiyle ceza tayinine imkân

---

murluğundan çıkarma disiplin cezası uygulamasında kıyas çok tehlikeli sonuçlar doğurabilir”. (Selman Sacit Boz, “Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 25, Sayı 2, 2017, s.23); Aynı Yönde: Kaya, s.67.

*tanınmaktadır. Bu durum suçların ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırıdır.*"<sup>42</sup>

#### IV. ALEYHE KANUNUN GEÇMİŞE UYGULANMA YASAĞI

Ceza hukukunda geçerli olan kanunun yürürlüğe girmesinden sonraki olaylara uygulanması ilkesi, disiplin hukukunda da geçerli bir ilkedir. Disiplin suç ve cezalarını düzenleyen bir hüküm, ancak yürürlüğe girdikten sonraki eylemler hakkında uygulanabilir.<sup>43</sup> Geçmişe etkili olacak bir şekilde disiplin cezası verilemez. Disiplin cezası, diğer idari kararlar gibi geleceğe yönelik olarak etki doğurur.<sup>44</sup> DMK'nın 132/1. maddesinde yer alan "Disiplin cezaları verildiği tarihten itibaren hüküm ifade eder ve derhal uygulanır" hükmü, geçmişe uygulanma yasağının farklı bir ifadesidir.<sup>45</sup>

Yine ceza hukukunda geçerli olan "lehe kanun geçmişe yürümesi" ilkesinin, bünyesine uyduğu ölçüde disiplin hukukuna da geçerlidir.<sup>46</sup>

<sup>42</sup> AYM, T.03.10.2013, E.2013/28, K.2013/106, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 14.03.2021.

<sup>43</sup> Çağlayan, s.534.

<sup>44</sup> Gözler/Kaplan, s.660; Danıştay, 10.D, T.12.06.1984, E.84/958, K.84/1262: "Meydana geldiği tarihte hukukun öngördüğü koşullara uygun olarak yürürlüğe konulmuş bir disiplin yönetmeliği bulunmaması nedeniyle disiplin cezası uygulanmasına olanak bulunmayan eylemleri, sonradan yürürlüğe konulan bir disiplin yönetmeliği kapsamına alarak disiplin cezasına tabi tutmak hukukun genel ilke-leriyle bağdaşmaz". (Akyılmaz s.250).

<sup>45</sup> Çağlayan, s.535.

<sup>46</sup> Çağlayan, s.535; Danıştay, 12.D, T.25.5.2011, E.208/5948, K.2011/2591: "Olayda, dava konusu işlemin iptali istemiyle açılan davanın yargı sürecinin devam ettiği temyiz aşamasında, henüz işlem kesinleşmeden davacının aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmasına dayanak alınan 657 sayılı Kanun'un 125/C maddesinin (g) bendinin yürürlükten kaldırılmasıyla davacı lehine bir düzenleme yapılarak ortaya çıkan yeni hukuki durum karşısında; bir ceza kanunu müessesesi olan lehe olan kanun hükmünün uygulanması ilkesinin memur disiplin hukukunun niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanabileceği hususu göz önüne alındığında, artık davacının disiplin hukuku anlamında konusu suç olan bir fiilinin varlığından söz edilemez. Bu itibarla, söz konusu ilkenin dava konusu olayla birlikte değerlendirilmesinden, davacının 657 sayılı Kanun'un 125/C maddesinin yürürlükten kaldırılarak suç olmaktan çıkarılan (g) bendi uyarınca aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmasına ilişkin dava konusu işlemin lehe olan kanun hükmünün uygulanması ilkesi uyarınca hukuka uyarlık bulunmadığından davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir". (Çağlayan s.535).

## SONUÇ

Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen suçta ve cezada kanunilik ilkesi, ceza hukukunun en önemli ilkelerinden biridir. Bu ilkenin "suç ve cezanın sadece kanunla konulması", "belirlilik", "kıyas yasağı" ve "aleyhe kanunun geçmişe uygulanma yasağı" şeklinde alt ilkelere bulunmaktadır.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin disiplin hukukunda geçerli olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 38. maddesinin disiplin suçları bakımından geçerli olduğuna ve disiplin suçlarının sadece kanunla konulabileceği görüşündedir. Bununla birlikte mevzuatımızda bazı disiplin suçlarının yönetmelikle düzenlendiği görülmektedir. Bu yönetmeliklerde yer alan disiplin suçlarının bazılarının kanuni dayanağı bile bulunmamaktadır.

Belirlilik ilkesi; suç ve ceza içeren normun açık, net ve anlaşılabilir olması gerektiğini ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay belirlilik ilkesinin disiplin hukukunda geçerli olduğunu ancak bu ilkenin katı şekilde uygulanamayacağını kabul etmektedir. Uygulamada da belirlilik ilkesinin disiplin hukukunda katı şekilde uygulanmadığı görülmektedir. Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesinde yer alan "devlet memuru vakarına yakışmayan tutum ve davranışta bulunmak", "kurumların huzur, sükûn ve çalışma düzenini bozmak" veya "memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak" disiplin suçları bunlara örnek olarak verilebilir. Soyut ve genel kavramlarla tanımlanan bu disiplin suçlarının belirlilik ilkesine uygun olduğu söylenemez.

Yine Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olarak disiplin suçlarında kıyas yasağı da bulunmamaktadır. Çünkü kıyas yoluyla oluşturulan disiplin suçlarının kanunun açıkça suç saydığı bir eylem olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Yukarıda örnekleri verilen soyut ve genel kavramlarla tanımlanan disiplin suçlarına bir de kıyasa izin veren hükümlerin uygulanması, bizi adeta "idarece kötü olarak görülen herhangi bir eylem disiplin suçu sayılır" şeklinde bir sonuca götürmektedir. Bu durum ise hukuki güvenlik ilkesine aykırı olup idarenin keyfiliğine ve çok tehlikeli sonuçlara yol açabilir.

Mevzuatımızda yer alan soyut ve genel kavramlarla tanımlanan disiplin suçları ile disiplin suçlarında kıyasa izin veren hükümler, Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğu gibi aynı zamanda hukuki güvenlik ve dolayısıyla hukuk devleti (AY. m.2) ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir. Kanaatimce hukuk devletinde, suçta ve cezada kanunilik ilkesi esnetilmeye müsait bir ilke olmayıp hem ceza hukukunda hem de disiplin hukukunda istisnasız bir şekilde uygulanması gereken bir ilkedir.

### Kaynakça

#### Kitaplar

- Akyılmaz Bahtiyar/Sezginer Murat/Kaya Cemil, Türk İdare Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Çağlayan Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Dönmezer Sulhi/Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt1, 14. Bası, Der Yayınları, İstanbul 2016.
- Gözler Kemal/Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, Bursa 2014.
- Günday Metin, İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2011.
- Hakeri Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Işıklar Celal, Teoride ve Uygulamada Kamu Disiplin Yaptırımları, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Kalabalık Halil, İdare Hukuku Dersleri, 2. Cilt, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Kaşlı Enver, Polis Disiplin Hukuku, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Öztürk Bahri/Erdem Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.

#### Makaleler

- Akyılmaz Bahtiyar, "Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 1-2, 2002, s.239-260.
- Aygün Eşitli Ezgi, "Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi" *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 104, 2013, s.225-246.

Boz Selman Sacit, "Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 25, Sayı 2, 2017, s.15-41.

Kaya Cemil, "Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hâkim Olan Temel İlkeler", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 38, Sayı 2, 2005, s.61- 87.

Yıldırım Turhan, "Kamu Yararı ve Disiplin Cezalarının Affı", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 17, Sayı 1, s.438-449.

### **İnternet Kaynakları**

Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>.

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr).

Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, [www.legalbank.net](http://www.legalbank.net).

Resmî Gazete, <https://www.resmigazete.gov.tr>.

# İMAR HUKUKUNDA İFRAZ VE TEVHİT İŞLEMLERİ

## SUBDIVISION AND JOINING PROCEEDINGS IN ZONING LAW

Ahmet Talha TETİK\*

**Özet:** Çalışmamızda ilk olarak ifraz ve tevhit kavramlarının tanımına yer verilmiş; ardından kavramların imar hukuku tarihimizdeki gelişimi ve hukuki nitelikleri incelenmiştir. Öğretide ifraz ve tevhit kavramlarının, arsa ve arazi düzenlemesi konusunu kapsar şekilde de kullanıldığı görülmektedir. Nitekim arsa ve arazi düzenlemesinde de parsellerin tevhidî (birleştirilmesi), ifrazı (ayrılması) ve yeniden dağıtımı söz konusudur. Ancak arsa ve arazi düzenlemesi çalışmamızın konusu kapsamına dahil edilmemiş; 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 15. ve 16. maddelerinde düzenlenen isteğe bağlı (rızaî) ifraz ve tevhit işlemleri esas olarak ele alınmıştır.

İfraz ve tevhit işlemlerinin gerçekleştirilebilmesi için mevzuatta birtakım şartlar öngörülmüştür. Söz konusu şartlar çalışmamızda planlı ve plansız alanlarda olmak üzere iki başlık altında ele alınmış; daha sonraki başlıkta ise söz konusu şartların istisnalarına değinilmiştir. İfraz ve tevhit işlemlerinin şartları ve istisnaları, mevzuatta ayrıntılı bir biçimde düzenlendiğinden çalışmamızda yoğun bir şekilde mevzuat hükümlerinden ve ilgili içtihatlardan faydalanılmıştır. İfraz ve tevhit işlemleri birer idari işlemdir. Bu nedenle her idari işlem gibi beş unsur bakımından da hukuka uygun olmak durumundadır. Çalışmamızda son olarak ifraz ve tevhit işlemlerinin unsurları ve bu unsurlardaki muhtemel hukuka aykırılıklar ele alınmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** İmar Hukuku, İmar Planı Uygulama Araçları, İfraz ve Tevhit Ayırma ve Birleştirme, Parselasyon

**Abstract:** In our study, firstly, the definitions of the concepts of subdivision and joining are given; Then, the development and legal characteristics of the concepts in our history of zoning law are examined. It is seen that the concepts of subdivision and joining are also used in the doctrine in a way that covers the subject of land and land arrangement. As a matter of fact, in the arrangement of land and domain, the consolidation (merging), subdivision (separation) and redistribution of parcels are in question. However, land and domain arrangements were not included in the scope of our study; optional (consensual) subdivision and joining transactions regulated in Articles 15 and 16 of the Zoning Law No. 3194 are handled as a basis.

\* Arş. Gör., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, ahmettalhatetik@gmail.com, ORCID: 0000-0003-1894-9065, Makalenin Gönderim Tarihi: 15.07.2021, Kabul Tarihi: 15.07.2021



Certain conditions are stipulated in the legislation for the realization of subdivision and joining. These conditions are discussed in our study under two headings as planned and unplanned areas; In the next chapter, the exceptions to these conditions are mentioned. Since the conditions and exceptions of subdivision and joining proceedings are regulated in detail in the legislation, the provisions of the legislation and related jurisprudence have extensively been used in our study. Subdivision and joining proceedings are administrative acts. For this reason, like every administrative act, it must comply with the law in terms of its five elements. Finally, in our study, the elements of subdivision and joining proceedings and the possible illegalities in these elements are discussed.

**Keywords:** Zoning Law, Zoning Plan Implementation Tools, Subdivision and Joining Separation and Merger, Parcellation

## GİRİŞ

İmar planları genel olarak, toplumun sosyal ve kültürel ihtiyaçlarının karşılanması, sağlığının korunması ve güvenliğini temin amacıyla düzenlenir. Çoğu zaman imar planlarının tamamlanmasıyla birlikte bu amaçların gerçekleştiği ve işin en zor kısmının aşıldığı düşünülür. Ancak imar planlarının yapımı kadar uygulanması, diğer bir ifadeyle mekâna yansıtılması da önem arz etmektedir. Bu konuda bir adım daha ileri gidilerek imar planlarının uygulanması aşamasının, sürecin en zor kısmı olduğu dahi ileri sürülebilir.

İmar mevzuatımıza göre imar planlarının, temelde üç yöntemle uygulandığı görülmektedir. Bunlar ifraz-tevhit, kamulaştırma ile arsa ve arazi düzenlemesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan uygulama geçmişi en eski olanının kamulaştırma olduğu söylenebilir. Günümüzde ise imar planlarını esas uygulama aracı arsa ve arazi düzenlemesidir.

İfraz ve tevhit kavramı, arsa ve arazi düzenlemesi konusunu kapsar şekilde de kullanılmaktadır. Zira arsa ve arazi düzenlemesinde de parsellerin tevhid (birleştirilmesi), ifrazı (ayrılması) ve yeniden dağıtımı söz konusudur. Nitekim 3194 sayılı İmar Kanunu'nun ilk halinde üçüncü bölüm başlığı "İfraz ve Tevhid İşleri" olarak düzenlenmiştir. Üçüncü bölüm başlığı altında 15. ve 16. maddelerde ifraz ve tevhit (rızaî ifraz), 18. maddede ise arazi ve arsa düzenlemesi (cebrî ifraz) konuları hükme bağlanmıştır. İmar Kanunu'nun 15. ve 16. maddelerinde düzenlenen ifraz ve tevhit yöntemi isteğe bağlıyken; 18. maddede düzenlenen arsa ve arazi düzenlemesi yöntemi ilgililerin isteğine

bağlı değildir. Çalışmamızda temel olarak İmar Kanunu'nun 15. ve 16. maddelerinde düzenlenen isteğe bağlı (rızaî) ifraz ve tevhit konusu ele alınacaktır. Bu nedenle arsa ve arazi düzenlemesi konusuna yalnızca yeri geldikçe değinilecektir. Ayrıca ifraz ve tevhit kavramları, isteğe bağlı (rızaî) ifraz ve tevhit işlemlerini ifade etmek için kullanılacaktır.

Mevzuatta bazen "tevhid", bazen de "tevhit" kelimesinin kullanıldığı görülmektedir. Hatta 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 15. maddesinin başlığında "tevhid", madde metninde "tevhit", 16. maddede ise tekrar "tevhid" ifadesi kullanılmaktadır. Söz konusu farklılıkların nedeninin, çeşitli tarihlerde yapılan kanun değişiklikleri olduğu ifade edilebilir. Ancak 5543 sayılı İskân Kanunu'na 2017 yılında eklenen ek 2. madde hükmü gibi bazı kanun maddelerinde de "tevhid" kelimesinin kullanımına devam edildiği görülmektedir. Netice itibarıyla mevzuatımızda söz konusu kelimenin yazılışına dair yeknesaklık bulunmamaktadır. Türk Dil Kurumu'nun güncel sözlüğünde<sup>1</sup> "tevhid" kelimesine yer verilmediğinden dolayı çalışmamızda, "tevhit" kelimesinin kullanılması tercih edilmiştir.

Çalışmamızda ilk olarak ifraz ve tevhit kavramlarının tanımı, tarihi gelişimi ve hukuki niteliği üzerinde durulacaktır. Bu kısımda kavramların tanımlarına yer verildikten sonra ifraz ve tevhit konusunun daha iyi anlaşılabilmesi adına 19. yüzyılda Osmanlı Devleti'nde yaşanan şehirleşme alanındaki değişimlerden itibaren günümüze kadar konunun tarihi geçmişi ele alınacaktır. Zira kavramların mahiyetinin daha iyi anlaşılabilmesi için imar hukuku tarihimizde yapılan düzenlemeler ve yaşanan gelişmelere ilişkin geçmişin de incelenmesi gerekecektir. Bu nedenle tarihi gelişim başlığı altında şehirleşme ve planlamaya ilişkin de tarihi olaylara yeri geldikçe değinilecektir.

Daha sonra farklı durumlara göre ifraz ve tevhit çeşitleri ele alınacak ve ardından planlı ve plansız alanlarda olmak üzere iki ayrı alt başlık dahilinde ifraz ve tevhide ilişkin şartlar incelenecektir. Bu konuda 10 Temmuz 2019 tarihinde yürürlüğe giren 7181 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler, ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır. Şartların incelenmesinin ardından ise mevzuatta birtakım ek şartların ya da genel şartlardan muafiyetin öngörüldüğü özel durumların üzerinde durula-

<sup>1</sup> Bkz. [www.sozluk.gov.tr](http://www.sozluk.gov.tr), e.t. 05.11.2020.

caktır. İfraz ve tevhit şartları ile özel durumlar başlıklarında çok fazla teknik ayrıntıya girilmemeye özen gösterilecektir. Ancak konunun anlaşılması için önem arz eden kavramların tanımlarına dipnotlarda yer verilecektir.

İfraz ve tevhit işlemleri nihayetinde birer idari işlemdir. Her idari işlem gibi yetki, biçim, sebep, konu ve maksat unsurları yönünden hukuka uygun olmak zorundadır. Bu nedenle çalışmamızın son ana başlığı altında, ifraz ve tevhit işlemlerinin unsurları ele alınacaktır. İşlemin unsurları konusunun, hukuki nitelik konusunun ardından ele alınması gerektiği ya da çalışmanın sonunda yer almaması gerektiği ifade edilebilir. Ancak bu başlık altında verilen örneklerin daha kolay anlaşılabilmesi adına ifraz ve tevhit işlemlerinin unsurları konusunun, çalışmamızın son kısmında ele alınması tercih edilmiştir.

## I. TANIM, TARİHİ GELİŞİM VE HUKUKİ NİTELİK

### A. TANIM

Geçmişten günümüze imar planlarının uygulanması için temelde, kamulaştırma, ifraz-tevhit ile arazi ve arsa düzenlemesi yöntemleri kullanılmaktadır.<sup>2</sup> İmar planlarının uygulanmasında kamulaştırma ile arsa ve arazi düzenlemesi isteğe bağlı olmayan (cebri) yöntemler olarak karşımıza çıkmaktayken ifraz ve tevhit ise isteğe bağlı (rızaî) bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>3</sup> İfraz ve tevhit konusu, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 15. ve 16. maddelerinde düzenlenmektedir. Ancak kanunda ifraz ve tevhide ilişkin herhangi bir tanımlamaya yer verilmediği görülmektedir.

İfraz, genel anlamda bir taşınmazın birden fazla parsel bölünmesi anlamına gelmektedir.<sup>4</sup> Benzer şekilde ifrazın, Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nin<sup>5</sup> 4. maddesinde, "bir parselin bölünerek ayrılması işlemi"; Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 2019/13 sayılı genelgesin-

<sup>2</sup> Şevkiye Şence Türk/Yücel Ünal, "Arazi ve Arsa Düzenlemesi Metoduna İlişkin Olumsuz Önyargı", *itüdergisi/a* (Mimarlık, Planlama, Tasarım), C. 2, S.1, Y. 2003, s. 112; Halil Kalabalık, İmar Hukuku Dersleri, 9. Baskı, Ankara, 2019, s. 412; Ayşegül Çoban Atık, Kamulaştırmada Yargısal Denetim, Ankara, 2014, s. 143.

<sup>3</sup> Ferruh Yıldız, İmar Bilgisi, 12. Basım, Ankara, 2020, s. 171.

<sup>4</sup> Kemal Çelik, İmar Kanunu Uygulaması Arsa ve Arazi Düzenlemesi, Ankara, 2006, s. 143; TODAİE, Belediye İmar İşleri El Kitabı, Ankara, 2002, s. 243.

<sup>5</sup> RGT. 03.07.2017, RGS. 30113.

de<sup>6</sup> ise “parselin iki ya da daha fazla parçaya bölünmesi işlemi” olarak tanımlandığı görülmektedir. Daha teknik bir ifadeyle ifraz, ilgisinin talebiyle bir parselin birden fazla parçaya ayrılıp, yetkili idari merci tarafından onaylanarak, oluşan her bir parselin farklı bir numara ile ayrı tapu kütüğü sayfalarına tescil edilmesi işlemi olarak tanımlanabilir.<sup>7</sup> Öğretide ifraz yerine “ayırma”<sup>8</sup> ya da “yer bölümlenme”<sup>9</sup> kavramları da kullanılmaktadır.

İmar hukukunda tevhit, genel olarak birden fazla parselin birleştirilerek tek parsel haline getirilmesi anlamına gelmektedir.<sup>10</sup> Tevhidin, Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği’nin 4. maddesinde, “parsellerin birleştirilme işlemi”; Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü’nün 2019/13 sayılı genelgesinde<sup>11</sup> ise “birbirine bitişik birden çok parselin bir parsel haline dönüştürülmesi işlemi” olarak tanımlandığı görülmektedir. Geniş şekilde ise tevhit, birbirine komşu olan birden fazla parselin, birleştirilip tek parsel haline getirilerek, yetkili idari merci kararı neticesinde farklı bir parsel numarası altında, ayrı bir tapu kütüğü sayfasına tescil edilmesi işlemi olarak tanımlanabilir.<sup>12</sup> Uygulamada tevhit yerine “birleştirme” ifadesi de kullanılmaktadır.<sup>13</sup>

## B. TARİHİ GELİŞİM

Türkiye’deki şehir planlaması ve uygulama deneyimini anlayabilmek adına öncelikle Osmanlı Devleti’nin şehircilik adına, 19. yüzyılda nasıl bir değişim geçirdiğini incelemek faydalı olacaktır.

<sup>6</sup> [https://www.tkgm.gov.tr/sites/default/files/icerik/ekleri/2019\\_13\\_nolu\\_gelge.pdf](https://www.tkgm.gov.tr/sites/default/files/icerik/ekleri/2019_13_nolu_gelge.pdf), e.t. 01.10.2020.

<sup>7</sup> Hüseyin Koçak, Tapu-Fen İşlemleri, Ankara, 2020, s. 31; Çelik, s. 144; Kalabalık, s. 381; Muhittin Abacıoğlu/Ali Abacıoğlu, Açıklamalı-İçtihatlı İmar Kanunu Mevzuatı ve Uygulaması, 11. Baskı, Ankara, 2016, s. 247.

<sup>8</sup> Yücel Ünal, “İmar Mevzuatında Parselleme Denetimi”, XIV. İskan ve Şehircilik Haftası Konferansları (29-30 Mayıs 1986) Trabzon, İmar Planlama Mevzuatı ve Uygulaması, Ankara, 1987, s. 23; Koçak, s. 31; Çelik, s. 144; Şükrü Özel, “Kent Planlamasında Tapu ve Kadastro Rolü”, XIV. İskan ve Şehircilik Haftası Konferansları (29-30 Mayıs 1986) Trabzon, İmar Planlama Mevzuatı ve Uygulaması, Ankara, 1987, s. 55; Yasin Sezer/Recep Emre Kalkan/Mustafa Şahin, İmar Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara, 2018, s. 97.

<sup>9</sup> Ruşen Keleş/Ayşegül Mengi, İmar Hukuku (Hukuksal, Yönetmelik ve Siyasal Boyutlarıyla), 3. Baskı, Ankara, 2019, s. 108.

<sup>10</sup> Koçak, s. 253; Çelik, s. 160.

<sup>11</sup> [https://www.tkgm.gov.tr/sites/default/files/icerik/ekleri/2019\\_13\\_nolu\\_gelge.pdf](https://www.tkgm.gov.tr/sites/default/files/icerik/ekleri/2019_13_nolu_gelge.pdf), e.t. 01.10.2020.

<sup>12</sup> Koçak, s. 253; Kalabalık, s. 382.

<sup>13</sup> Özel, s. 55.

## 1. Cumhuriyet Öncesi Dönem

19. yüzyılda, Osmanlı Devleti'ndeki ekonomik ve toplumsal yapının değişmeye başlamasıyla birlikte kent yapısında da önemli değişiklikler yaşanmaya başlamıştı.<sup>14</sup> Ticaretin kervanlarla yürütüldüğü dönemde han ve kervansarayların gördüğü fonksiyonu, artık otel, istasyon, lokanta ve antrepo gibi kurumlar görmeye başladı. İktisadi gelişmelere paralel olarak bankaların ortaya çıkması ve bürokrasinin gelişmesiyle birlikte, söz konusu kurumlar için yeterli büyüklükte bina ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Ayrıca tramvay ve banliyö treni gibi toplu taşıma araçlarının gelişmesiyle, sokak ve yolların genişletilmesi ve düzenlenmesi de zorunluluk arz etmeye başladı.<sup>15</sup> Örneğin Avrupa'nın ilk metrolarından kabul edilen "Tünel", 1869 yılında İstanbul'da işletmeye açılmıştır.<sup>16</sup>

Osmanlıdaki konut yapısının çoğunlukla ahşap olmasına bağlı olarak meydana gelen büyük yangınlar ve toprak kayıpları nedeniyle yaşanan göçler de kent yapısının değişmesinde zikredilebilecek diğer büyük etmenler arasındadır.<sup>17</sup> Batılılaşma çalışmaları ile iktisadi ve teknolojik etmenlerin neden olduğu kent yapısında yaşanan köklü değişimlerin, planlama ihtiyacına da beraberinde getirdiği söylenebilir.<sup>18</sup>

Öncesinde küçük çaplı mevzi imar planları yapılmış olsa da İstanbul'un ilk önemli imar planının Moltke tarafından yapıldığı ifade edilmektedir.<sup>19</sup> Çizimi 1842 yılında tamamlanan ve şehrin mevcut durumunu gösteren harita üzerinde aynı zamanda imar kararları da

<sup>14</sup> İlhan Tekeli, "Türkiye'de Kent Planlamasının Tarihsel Kökleri", Türkiye'de Kent Planlaması, Der. Tamer Gök, Ankara, 1980, s. 31.

<sup>15</sup> Mehmet Bengü Uluengin/Ömer Turan, "İmparatorluğun İhtişam Arayışından Cumhuriyet'in Radikal Modernleşme Projesine: Türkiye'de Kentsel Planlamanın İlk Yüz Yılı", *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, C. 3, S. 6, Y. 2005, s. 373-374; Tekeli, s. 32.

<sup>16</sup> Serim Denel, Batılılaşma Sürecinde İstanbul'da Tasarım ve Dış Mekanlarda Değişim ve Nedenleri, Ankara, 1982, s. 51.

<sup>17</sup> Sibel Gürses Söğüt, "1912 İshakpaşa Yangını ve Ayasofya Çevresinin Yeniden Düzenlenmesi", *Orta Doğu Teknik Üniversitesi Mimarlık Fakültesi Dergisi*, C. 36, S. 1, Y. 2019, s. 251; Tekeli, s. 34.

<sup>18</sup> Ebubekir Özden, İmar Hukuku'nda İfraz ve Tevhid İşleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2004, s. 4; Esra Orsan Şenöz/Nilgül Karadeniz, "Ankara Kenti Mekansal Planlama Sürecinde Doğal Bir Alanın Dönüşümü: İmrakor Vadisi Örneği", *Peşaj Araştırmaları ve Uygulamaları Dergisi*, Y. 2019, S. 2, s. 2.

<sup>19</sup> Uluengin/Turan, s. 360.

bulunmaktadır. Yeni yapılacak binaların kagir olması, ahşap bina yapımına müsaade edilmemesi, belirli genişliğin altında yol yapılmaması ve çıkmaz sokak oluşturulmaması gibi kurallar ihtiva etmesinden dolayı söz konusu imar kararlarının, daha çok yangınla mücadele amaçlı olduğu söylenebilir.<sup>20</sup> Moltke planının en önemli etkisinin ise Osmanlı devletinin ilk imar mevzuatı kabul edilen 1848 tarihli Ebniye Nizamnamesi'ne<sup>21</sup> öncülük etmesi olduğu ifade edilmektedir.<sup>22</sup>

1854 yılına gelindiğinde ise İstanbul'un imarı, temizliği, yolların genişletilmesi gibi görevler için İstanbul Şehremaneti kuruldu.<sup>23</sup> Şehremanetin kurulmasının ardından İstanbul on dört belediye dairesine ayrıldı.<sup>24</sup> Pera (Beyoğlu) ve Galata altıncı daireyi oluşturuyordu. 1857 yılında tüm dairelerin kurulması imkânı bulunmadığından dolayı uygulamaya altıncı dairenin kurulmasıyla başlandı.<sup>25</sup> Altıncı daire diğer belediyelere örnek olacak birçok faaliyette bulundu. Bölgenin kadastro haritası yapıldı. Yollar genişletilerek kaldırımlar taşla kaplandı. Sokaklara isim verme ve sokakları aydınlatma çalışmaları başladı.

Kentin diğer bölgelerinde ise büyük yangınların ardından mevzi imar planları yapılmaya başlandı.<sup>26</sup> Örneğin 1854 yılında 740 evin yanmasına neden olan Aksaray yangınından sonra bu bölgenin planlamasının, Luigi adında İtalyan bir mühendise yaptırıldığı ifade edilmektedir.<sup>27</sup> 1864 yılında 2910 evi tahrip eden Hocapaşa yangınının ardından ise bu alanın düzenlenmesi amacıyla bir tür imar komisyonu niteliğinde kabul edilebilecek "İslahat-ı Turuk Komisyonu" kurulmuştur.<sup>28</sup> Komisyonun görevleri arasında yolların genişletilmesi, düzeltilmesi, divan yolunun açılması ve evlerin ahşap yerine kagir biçiminde yapılması gibi konular vardı.<sup>29</sup>

<sup>20</sup> Tekeli, s. 37.

<sup>21</sup> 1848 yılında çıkarılan Ebniye Nizamnamesinin tam metni için bkz. Denel, s. XXXIV vd.

<sup>22</sup> Tekeli, s. 38; Özden, s. 5.

<sup>23</sup> Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. II, İstanbul, 1966, s. 558; Tekeli, s. 39.

<sup>24</sup> Onar, s. 560; Tekeli, s. 40.

<sup>25</sup> Şevki Bilgehan Önver, "Altıncı Daire-i Belediye ve Günümüz Belediye Hizmetleriyle Karşılaştırılması", Takvim-i Vekayi, C. 7, S. 1, Y. 2019, s. 39; Osman Ergin, Türkiye'de Şehirciliğin Tarihi İnkişafı, İstanbul, 1936, s. 124-125.

<sup>26</sup> Tekeli, s. 40; Önver, s. 50 vd.

<sup>27</sup> Gürses Söğüt, s. 252.

<sup>28</sup> Uluengin/Turan, s. 367; Denel, s. 16.

<sup>29</sup> Denel, s. 17.

Daha sonrasında ise 1848 tarihli Ebniye Nizamnamesi kaldırılarak yerine 1864 tarihli Turuk ve Ebniye Nizamnamesi çıkarıldı.<sup>30</sup> Bu nizamnamenin 1848 Ebniye Nizamnamesi gibi yalnızca İstanbul'da değil tüm ülkede uygulanması öngörülmüştür.<sup>31</sup> Harita çizilmesi, kamulaştırma, parselleme, yol genişliği ve bina yüksekliğine ilişkin çeşitli hükümler ihtiva etmekteydi. Yanmış alanların imara açılmasına dair 12. madde hükümlerinin, günümüz parselasyon planları ile yakın kıstaslar içerdiği görülmektedir<sup>32</sup>. Söz konusu madde ile harita çizilmesi ile paylaşılacak arsalar mümkün mertebe murabba (kare) veyahut mustatilü's-şekl (dikdörtgen) olarak, sokak yüzlerinin eski arsaların satih ve yüzlerine orantılı olması hükme bağlanmıştır. Ayrıca maliklere eski arsasının fevaid (faydaları) ve muhassenatına (güzelliklerine) göre yer tahsis edilmesi öngörülmüştür.

1882 yılında çıkarılan Ebniye Kanunu,<sup>33</sup> Osmanlı Devleti'nin ilk imar kanunu olarak kabul edilmektedir.<sup>34</sup> Kanun hükümlerine göre belediyelerin, açılacak sokak ve yol çevrelerinin haritalarını yapmaları gerekiyordu. Yolların genişletilmesi esnasında ihtiyaç duyulan yerin, yolun iki tarafındaki üzerinde bina bulunmayan arsalardan yarı yarıya bedelsiz olarak alınması öngörülmüştü (m. 8). Bir tarafında bina bulunan ancak diğer tarafında bina bulunmayan sokaklarda ise bina bulunan tarafta yapılacak kesinti, binanın yenilenmesi ya da tekrar inşası sırasında yapılacaktı. Ancak her halükârda yol için yapılacak kesintiler, arsanın derinliği itibarıyla 1/4'ini geçerse, geçtiği kısmın bedeli İstimlak Kanunu hükümleri çerçevesinde belediye tarafından maliklere ödenecekti. Ebniye Kanunu'nun bu hükmü ile bedelsiz kesinti yapılacak miktarın %25 ile sınırlandırıldığı görülmektedir.<sup>35</sup>

Ayrıca ham arazi ve bostan gibi yerleri mahalle oluşturmak için ifraz etmek isteyen kişilerin arazide bir okul ve karakol yerini bedel-

<sup>30</sup> 1864 tarihli Turuk ve Ebniye Nizamnamesi'nin tam metni için bkz. Denel, s. LII vd.

<sup>31</sup> M. 48: "İşbu nizamname İstanbul ve Bilad-ı Selâse de şehirlerde ve büyücek kasabalarda mer'iyüül icra olacaktır".

<sup>32</sup> Ümit Özcan, İmar Mevzuatının Kentsel Toprak Mülkiyetinin İrdelenmesi, Ankara, 2000, s. 16.

<sup>33</sup> 1882 yılında çıkarılan Ebniye Kanunu'nun tam metni için bkz. DÜSTUR, Birinci Tertib, C. 6, Ankara, 1939, s. 1038 vd.

<sup>34</sup> Melih Ersoy, "İmar Planı Uygulamalarında Düzenleme İşlemi", Mekân Planlama ve Yargı Denetimi, Ankara, 2000, s. 2.

<sup>35</sup> Kalabalık, s. 413.

siz olarak belediyeye terk etme zorunluluğu getirilmişti.<sup>36</sup> Arazi sahiplerinin öncelikle harita yaptırıp belediyeye vermesi gerektiği daha sonra belediye tarafından mahalle teşkiline mahzur görülmezse harita üzerinde sokaklar, karakol ve okul yerlerinin çizileceği hükme bağlanmıştı. Günümüzdeki parselasyon planına benzetilebilecek söz konusu haritanın daha sonra Bab-ı Aliye sunulup; Şura-yı Devlet tarafından da incelenmesi öngörülmüştü. Bu şekilde boş arazilerin imara açılması padişahın iznine tabi kılınmıştı.<sup>37</sup> İmara açılan sahadaki maliklerin, lağım yaptırarak yol ve kaldırım masraflarına da katılımı öngörülmüştü (m. 16).

1882 tarihli Ebniye Kanunu'nun 18. maddesi<sup>38</sup> konumuz açısından ayrı bir önem arz etmektedir. Zira söz konusu hükümde Kadıköy, Çamlıca ve Boğaziçi bölgesi ile sınırlı olmak üzere bağ ve bahçelerin bir dönümden az olmamak şartıyla ifraz edilerek üzerlerine köşk inşa edilmesine belirli şartlar dahilinde izin verilmiştir. Bunun için öncelikle bu bölgelerde bağ ve bahçelerini ifraz ederek üzerinde inşaat yapmak isteyenlerin, Şehremaneti Hendesehanesine başvurarak ifraz edilecek yerin iki nüsha haritasını çizdirmeleri şart koşulmuştur. Daha sonra gerekli harcın ödenmesi ve haritanın Şehremaneti Meclisi tarafından onaylanması öngörülmüştür. Onayın ardından ise ruhsat verilerek söz konusu haritanın Hendesehanede saklanması hükme bağlanmıştır. Söz konusu bölgeler dışındaki yerlerde ise ifraza ilişkin özel bir şart düzenlenmemiş olsa da harita onayı sırasında Dahiliye Nezaretinin uygun görüşünün arandığı ifade edilmektedir.<sup>39</sup>

## 2. Cumhuriyet Dönemi

Kurtuluş Savaşının ardından Türkiye'nin en önemli kent planlaması sorunları, Başkent Ankara'nın kurulması ve savaş sırasında ya-

<sup>36</sup> Türk/Ünal, s. 113.

<sup>37</sup> Uluengin/Turan, s. 363.

<sup>38</sup> "Kadıköy ve Çamlıca ve Boğaziçi taraflarında bağ ve bahçelerden birer dönümden dún olmamak üzere bittetrik üzerlerine köşk inşası şeraiti âtiyyeye tevfiat caiz olacaktır. Şöyle ki bağ ve bahçelerin sahipleri Şehremaneti Hendesehanesine müracaatla ifraz edeceği yerlerin hudut ve zıraını mübeyyin iki kıta haritasını tersim ettirerek harcıni teslim ettikleri ve mezkûr harita hendesehaneyle şehremaneti meclisinden tasdik olunduktan sonra icrai muamelesine ruhsat verilerek hendesehanede hıfz olunacaktır".

<sup>39</sup> Özcan, s. 18.



kılan Batı Anadolu kentlerinin yeniden planlanması olarak zikredilmektedir.<sup>40</sup>

Savaş sırasında yakılan alanların planlanmasında ise bazı mülkiyet sahiplerinin Anadolu'yu terk etmiş olması problemi ile karşı karşıya kalınmıştı.<sup>41</sup> Yaşanan savaşların ardından başlayan kitlesel göç hareketleri ve Lozan Mübadele Andlaşmasıyla yeni bir göç hareketinin daha başlamış olması, ortaya çıkan sorunlara çözüm getirilebilmesi adına 1923 yılında Mübadele ve İskan Bakanlığı'nın kurulmasına neden olmuştur.<sup>42</sup> Şehirciliğe ilişkin bu dönemin ana meselelerinden bir tanesinin de göç sorunu olduğu ifade edilebilir.<sup>43</sup>

Cumhuriyet sonrası kent planlaması sorunlarından bir diğeri Başkent Ankara'nın imarı meselesidir. Ankara şehrinin imarına ilişkin atılan önemli adımlardan ilki, İstanbul Şehremaneti modeli örnek alınarak 1924 yılında 417 sayılı Kanun ile Ankara Şehremaneti'nin kurulmasıdır.<sup>44</sup> 1925 yılında ise 1882 tarihli Ebniye Kanunu'nun bazı maddelerini değiştiren 642 sayılı Kanun çıkarılmıştır.<sup>45</sup> Bu kanun hükümleri 150'den fazla binanın yandığı alanlarda belediyelere önemli yetkiler vermektedir. Söz konusu alanlarda belediyeler yeni planlar hazırlayacak ve bu alanlar tarla vasfında kabul edilecekti.<sup>46</sup> Alandaki maliklerin arsasının değerini ise kurulacak bir komisyon tespit edecekti. Tespit edilen değer karşılığı, bono olarak arsa sahiplerine verilecekti. Yeni plana göre oluşturulan arsalar açık arttırma ile satışa çıkarılacaktı. Bono sahipleri arsalarının yeni değerini ödemekle bonolarını kullanabilecekti.<sup>47</sup> Ayrıca plan ve hak sahiplerinin kesinleşmesinin ardından 15 gün içerisinde Şura-yı Devlet'e itiraz yolu öngörülmüştü.<sup>48</sup>

<sup>40</sup> Tekeli, s. 51.

<sup>41</sup> Tekeli, s. 51.

<sup>42</sup> Feral Eke, "Merkezi Yöentim Sayesinde Planlamanın Geçmiş", Planlama, Y. 2003, S. 3, s. 35; Özcan, s. 12-13.

<sup>43</sup> Uluengin/Turan, s. 386.

<sup>44</sup> Uluengin/Turan, s. 393; Cevat Geray, "Şehirciliğimiz ve Ankara", Türkiye Mühendislik Haberleri, S. 49, Y. 2000/5, s. 10; Özcan, s. 12; Gönül Tankut, Bir Başkent'in İmarı (1929-1939), Ankara, 1993, s. 49.

<sup>45</sup> Tekeli, s. 51; Özcan, s. 19.

<sup>46</sup> Uluengin/Turan, s. 406.

<sup>47</sup> Tekeli, s. 51; Özcan, s. 19.

<sup>48</sup> Özcan, s. 20.

Bu dönemde Ankara'nın imarına ilişkin atılan önemli adımlardan bir diğeri, 1925 yılında çıkarılan 583 sayılı Kanun kapsamında Yenışehir'in kurulacağı 4.000.000 metrekarelik alanın kamulaştırılması olarak ifade edilmektedir.<sup>49</sup>

Ankara Şehremaneti'nin teknik ve mali yetersizliğinin anlaşılması üzerine imar çalışmalarını yürütmek ve şehir haritasını tamamlamak üzere 1928 yılında çıkarılan 1351 sayılı Ankara Şehir İmar Müdüriyeti Teşkilât ve Vezâifine Dâir Kanun<sup>50</sup> ile Ankara Şehri İmar Müdürlüğü kuruldu.<sup>51</sup> Söz konusu müdürlük Şehremanete değil Dahiliye vekaletine bağlanmıştı. Müdürlüğün Ankara imar planı ve 5 yıllık imar programını hazırlama ya da hazırlatma görevi bulunmaktaydı. Ayrıca imar planlarını onaylama yetkisi Bakanlar Kurulu'na verilmişti.<sup>52</sup> Böylece imar hususunda yerel yönetimin yetkilerinin önemli bir kısmının merkezi idareye aktarıldığı görülmektedir.

Ankara'nın imar planının yapılması için bir yarışma düzenlenmiş ve 1927 yılında bu yarışmayı, mimar Jansen kazanmıştır.<sup>53</sup> Jansen planı olarak da bilinen nazım imar planı, 1932 yılında Bakanlar Kurulu tarafından onaylanmış;<sup>54</sup> beş yıllık program ise 1934 yılında uygulamaya konulmuştur.<sup>55</sup>

1351 sayılı Ankara Şehir İmar Müdüriyeti Teşkilât ve Vezâifine Dâir Kanun'a 1930 yılında 1663 sayılı Kanun<sup>56</sup> ile eklenen hükümler, konumuz açısından önem arz etmektedir. Zira söz konusu hükümler ile Ankara Şehir İmar Müdürlüğü'ne imar sınırı içinde kalan alanlarda, taşınmazları tevhit ve ifraz ederek münferit ya da hisseli olarak yeniden dağıtma yetkisi verilmiştir.<sup>57</sup> Arsaların dağıtımını yapılırken, gü-

<sup>49</sup> Tankut, s. 51; Tekeli, s. 55; Geray, s. 10; Özcan, s. 23.

<sup>50</sup> RGT. 30.05.1928, RGS. 902.

<sup>51</sup> Ergin, s. 133; Tekeli, s. 57-58; Özcan, s. 27.

<sup>52</sup> Tekeli, s. 59.

<sup>53</sup> Tankut, s. 78-79; Orsan Şenöz/Karadeniz, s. 2.

<sup>54</sup> Fehmi Yavuz, "Başkent Ankara ve Jansen", *ODTÜ Mimarlık Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, Y. 1981, s. 26; Sinan Burat, "'Yeşilyollarda Hareketle İstirahat': Jansen Planlarında Başkent'in Kentsel Yeşil Alan Tasarımları ve Bunların Uygulanma ve Değiştirilme Süreci (1932-1960)", *İdealkent Kent Araştırmaları Dergisi*, S. 4, Y. 2011, s. 101. Yarışma süreci ve Jansen planı hakkında detaylı bilgi için bkz. Tankut, s. 66-82.

<sup>55</sup> Tekeli, s. 59.

<sup>56</sup> RGT. 02.06.1930, RGS. 1509.

<sup>57</sup> Madde 1: "İmar müdüriyeti imar planı hududu dahilinde bulunan mahallerde

nümüzdeki düzenleme ortaklık payına (DOP) benzer şekilde<sup>58</sup> %15'e kadar kesinti yapılabilmesi öngörülmüştür.<sup>59</sup> Ayrıca söz konusu düzenleme ile günümüzdeki hamur kuralına (arsa ve arazi düzenlemesine) benzer bir yetkinin Ankara Şehri İmar Müdürlüğü'ne verildiği görülmektedir.<sup>60</sup> Ayrıca daha önce 1864 Turuk ve Ebniye Nizamnamesi ile 1882 tarihli Ebniye Kanunu'nda da arsa ve arazi düzenlenmesine benzer hükümler mevcut olsa da ilk defa 1663 sayılı Kanun ile bu hükümlerin yangın yerleri dışında da uygulanabilmesi öngörülmüştür.<sup>61</sup>

1933 yılına gelindiğinde 2290 sayılı Belediye Yapı ve Yollar Kanunu<sup>62</sup> yürürlüğe girmiştir. 2290 sayılı Kanun'un 6. maddesinde de hamur kuralına ilişkin benzer hükümlere yer verildiği görülmektedir. Arsaları ifraz ve tevhit ettikten sonra dağıtabilme yetkisinin, (kesinti yapılabilecek oran yine %15 sınırında tutulmakla birlikte) ilk defa Ankara dışında da uygulanabilme imkânı getirilmiştir.<sup>63</sup> Ayrıca arsaların ifrazı, tevhid ve dağıtımını gösteren günümüzdeki parselasyon planlarına benzerlik arz eden haritaların, uygulanabilmesi belediye encümeninin onayına bağlanmıştır.

1956 yılında ise 6785 sayılı İmar Kanunu yürürlüğe girmiştir<sup>64</sup>. Kanun'un 60. maddesi ile 1882 yılında çıkarılan Ebniye Kanunu ve 2290 sayılı Belediye Yapı ve Yollar Kanunu da yürürlükten kaldırılmıştır. Ebniye Kanunu'nun imar hukuku tarihimiz açısından en uzun süre yürürlükte kalan kanun olduğu ifade edilebilir.

---

musaddak ve kat'î plânın tatbiki için mevcut arsaları tevhit ve yeniden plânın icabatına ve arsa sahiplerinin istihkakına göre münferiden veya şayan arsa sahiplerine tevzi etmeğe salâhiyettardır. İfraz ve tevzide arsaların halî hazır mesahai sathiyesi ve mevki ve şerefi ile yeni plâna göre iktisap edeceği mevki ve şeref esastır. Arsaların bu suretle tevhit ve tevziini gösteren haritanın tatbiki imar idare heyetinin tasdikına mütevakıftır".

<sup>58</sup> Sezin Öztoprak, "Kamu Ortaklık Payı: "İmar Hukuku Uygulamaları İçindeki Yeri ve Düzenleme Ortaklık Payı Uygulaması ile Karşılaştırılması"", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 26, S. 1, Y. 2018, s. 106-107.

<sup>59</sup> Madde 2: "Plân dahilindeki arsaların tevhit ve tevziinde mesahai sathiyelerini aynen muhafaza kabil olmadığı takdirde tevziat nihayet %15 e kadar noksan ile yapılabilir".

<sup>60</sup> Suat Şimşek, İmar Kanunu 18. Madde Uygulamaları (Arsa ve Arazi Düzenlemesi) İptal ve İtiraz Yolları, 2. Baskı, Ankara, 2019, s. 44-45.

<sup>61</sup> Ersoy, s. 2; Kalabalık, s. 413; Egemen Karaca, "İmar Planı Uygulama Yöntemlerinden Arazi ve Arsa Düzenlemesinin İlgili Mevzuat Çerçevesinde İncelenmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. 6, S. 11, Y. 2018, s. 222.

<sup>62</sup> RGT. 21.06.1933, RGS. 2433.

<sup>63</sup> Kalabalık, s. 413.

<sup>64</sup> RGT. 17.07.1956, RGS. 9359.

İfraz ve tevhit konusu, 6785 sayılı İmar Kanunu'nun "İfraz ve Tevhit İşleri" başlıklı üçüncü bölümünün, 37. ve devamındaki maddelerinde düzenlenmiştir. Arsa ve arazi düzenlemesi hususu ise 42. maddede yer almış ve kesinti yapılabilecek oran %25'e çıkarılmıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi, 1963 yılında 6785 sayılı Kanun'un 42. maddesini 1961 Anayasası'nın kamulaştırmayı düzenleyen 38. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir.<sup>65</sup> Daha sonra 1972 yılında çıkarılan 1605 sayılı Kanun'la,<sup>66</sup> 6785 sayılı İmar Kanunu'nun 42. maddesinde yer alan hamur kuralı yeniden düzenlenmiştir. Madde ile düzenlemeye tabi tutulan taşınmazlardan, %25 oranına kadar "düzenleme ortaklık payı" olarak kesinti yapılabileceği hükme bağlanmıştır.

6785 sayılı Kanun'un 38. maddesinde, imar sınırları dışında kalan arazilerin de belirli şartlar dahilinde ifraz edilmesine izin verilmekteydi. Ancak 1605 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle 6785 sayılı Kanun'un 38. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece imar sınırı dışında kalan arazilerin ifraz edilme imkânı kalmamış; ifraz, yalnızca imar sınırları dahilinde bulunan alanlarda yapılabilir hale gelmiştir.<sup>67</sup>

Günümüzde geçerliliğini sürdüren 3194 sayılı İmar Kanunu, 1985 yılında yürürlüğe girmiştir.<sup>68</sup> İfraz ve tevhit hususu, 6785 sayılı Kanun'da olduğu gibi "İfraz ve Tevhit İşleri" başlığı taşıyan üçüncü bölümde; "İfraz ve tevhit" başlıklı 15. ve "Tescil ve Şüyuun İzalesi" başlıklı 16. maddelerinde düzenlenmiştir. 15/4. maddedeki "İmar planı dışında kalan alanlarda yönetmeliklerinde tayin edilecek miktarlardan küçük ifrazlara izin verilmez" hükmüyle doğrudan olmasa da dolaylı olarak imar sınırları dışında da taşınmazların ifraz edilmesine yeniden cevaz verilmiştir.

10 Temmuz 2019 tarihinde yürürlüğe giren 7181 sayılı Kanun<sup>69</sup> ile İmar Kanunu'nda önemli değişiklikler yapılmıştır. Söz konusu değişikliklerden birisi üçüncü bölüm başlığının "Arazi ve Arsa Düzenleme Esasları" olarak değiştirilmiş olmasıdır. Bu değişikliklerden konumuz açısından önem arz edenler, daha sonra ilgili başlık altında detaylı bir şekilde incelenecektir.

<sup>65</sup> AYM, T. 22.11.1963, E. 1963/65, K. 1963/278, RGT. 14.01.1964, RGS. 11606.

<sup>66</sup> RGT. 20.07.1972, RGS. 14251.

<sup>67</sup> Sadık Artukmaç, Türk İmar Hukuku, 5. Baskı, Ankara, 1979, s. 308; Kalabalık, s. 382.

<sup>68</sup> RGT. 09.05.1985, RGS. 18749.

<sup>69</sup> RGT. 10.07.2019, RGS. 30827.

### C. HUKUKİ NİTELİK

İfraz ve tevhit işlemleri birer idari işlemdir. Zira idare tarafından tek taraflı ve kamu gücü ayrıcalıklarına dayalı olarak tesis edilirler. Netice itibariyle işlemin tamamlanabilmesi için ilgili idarenin kararı gerekliyse de ifraz ve tevhit işlemlerine ilişkin usul, kural olarak ilgili-lerin talebi üzerine başlamaktadır. Bu şekilde ilgilisinin talebi üzerine tesis edilen, diğer bir ifadeyle ilgilinin başvurusu neticesinde idareyi işlem yapmaya sevk ettiği işlemler öğretide, “isteğe bağlı”<sup>70</sup> ya da “katılma işlemler”<sup>71</sup> olarak ifade edilmektedir. Bu nedenle idari işlemi meydana getiren iradenin, açıklanma sebebi bakımından ifraz ve tevhit işlemleri katılma işlem kategorisine dahildir. Her idari işlem gibi ifraz ve tevhit işlemleri de 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2. maddesinde zikredilen idari işlemin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları açısından hukuka uygun olmak zorundadır.<sup>72</sup>

İfraz ve tevhit işlemlerinin konusu, belirli bir ya da birden fazla taşınmazdır. Bu nedenle ifraz ve tevhit işlemleri maddi açıdan birel işlemdir. Nitekim somut bir taşınmazın birden fazla parçaya ayrılması ya da birden fazla taşınmazın bir bütün haline getirilmesi işlemlerinin, soyut ve genel kurallar koyduğundan söz edilemez. Ayrıca ifraz ve tevhit işlemleri ile işleme konu taşınmazlar, işlemin kendisinin tespit ettiği hukuki duruma dahil olmaktadır. Diğer bir ifadeyle idari işlem, önceden belirlenen soyut kurallara göre tesis edilse de işlemin sonucu, taşınmazın yüz ölçümü gibi öznel durumuna göre değişiklik arz etmektedir. Bu açıdan da öznel (sübjektif) işlem oldukları ifade edilebilir.<sup>73</sup>

Açıklanan iradenin sayısı bakımından ise ifraz ve tevhit işlemleri, uygulamada belediye ya da il encümeni tarafından onaylandığından dolayı, kollektif işlem niteliği de taşımaktadır. Zira kurul niteliğinde olan belediye ya da il encümeni; müzakere neticesinde, aynı anda ve aynı yönde irade açıklanması suretiyle karar almaktadır.

<sup>70</sup> Metin Günday, İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara, 2015, s. 133; Ramazan Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, 6. Baskı, Ankara, 2018, s. 331.

<sup>71</sup> Ramazan Yıldırım/Serkan Çınarlı, Türk İdare Hukuku Dersleri, C. II, Ankara, 2019, s. 74.

<sup>72</sup> Kalabalık, s. 384.

<sup>73</sup> Seyfettin Kara, Danıştay Kararları Işığında İmar Planı Değişikliği, Ankara, 2016, s. 53, dn. 89; Kalabalık, s. 384.

## II. İFRAZ VE TEVHİT ÇEŞİTLERİ

İfraz, ilgisinin talep durumu açısından rızai, kazai ya da cebri olmak üzere üçe;<sup>74</sup> yeni adalar oluşup oluşmaması açısından ise basit ifraz (parselasyon niteliğinde olan) ve parselasyon niteliğinde olmayan ifraz olmak üzere ikiye ayrılabilir.<sup>75</sup>

### A. TALEP DURUMUNA GÖRE

#### 1. Rızai İfraz ve Tevhit

Arsa ya da arazi sahibinin kendi talebiyle (rızasıyla), taşınmazını mevzuata uygun şekilde birden fazla parçaya ayırması durumu rızai ifraz olarak adlandırılmaktadır.<sup>76</sup> Bu durumda ifraz, taşınmaz malikinin iradesi dahilindedir. Taşınmaz malikinin talebi ile süreç başlatılır. Kazai ya da cebri ifraz da olduğu gibi malikin iradesi dışında bir durum söz konusu değildir.

Rızai ifraza konu edilecek taşınmazın müşterek mülkiyette bulunması durumunda, ortakların tamamının rızası gerekmektedir.<sup>77</sup> Zira rızai ifraz talebe bağlı ve malik iradesi dahilinde olduğundan dolayı ortaklardan bir kısmının iradesi hilafına bu yola başvurmak mümkün değildir.

Rızai ifraz yoluna başvurulmasının birçok sebebi bulunmaktadır. Örneğin hisseli durumda bulunan bir taşınmaz, bölüşülüp müstakil hale getirilmek istenebilir. Bir diğer sebep, taşınmazın tamamı yerine bir kısmının satış ya da ipotek gibi hukuki muamelelere ya da farklı yatırımlara konu edilmek istenmesi olabilir.<sup>78</sup> Ayrıca arsa spekülasyonu yapmak amacıyla da rızai ifraz yoluna başvurulabilmektedir.<sup>79</sup>

#### 2. Kazai İfraz ve Tevhit

Kazai ifraz, genel olarak mahkeme kararı ile bir taşınmazın birden fazla parçaya bölünmesidir. Uygulamada hükmen ifraz olarak da

<sup>74</sup> Artukmaç, s. 308; Kalabalık, s. 382; Abacıoğlu/Abacıoğlu, s. 247.

<sup>75</sup> Kalabalık, s. 382; Özden, s. 34; Çelik, s. 144.

<sup>76</sup> Artukmaç, s. 308; Kalabalık, s. 382.

<sup>77</sup> Özden, s. 35; Kalabalık, s. 382.

<sup>78</sup> Çelik, s. 143.

<sup>79</sup> Artukmaç, s. 308; Kalabalık, s. 382.

ifade edilmektedir. Taşınmazın birden fazla kişiye ait (şüyulu) olması durumunda her bir ortak diğerinden bağımsız şekilde taşınmazın ifrazını mahkemeden talep edebilir.<sup>80</sup> Bu durumda diğer ortakların talebi olmamasına rağmen, onların iradesi hilafına taşınmazın ayrılması söz konusu olabilir. Tüm ortakların mutabakat sağlayamamalarından dolayı rızai ifraz yoluna başvurulamaması durumunda, ortaklardan her biri mahkemeye başvurarak taşınmazın ifrazını talep edebilecektir.<sup>81</sup>

### 3. Cebri İfraz ve Tevhit

Cebri ifraz, taşınmaz maliklerinin rızası aranmadan düzenleme sahasındaki arazi ya da arsaların birleştirilip, imar planına uygun ada ve parsellere ayrıldıktan sonra hak sahiplerine dağıtılarak re'sen tescil işlemlerinin yapılması olarak tanımlanabilir.<sup>82</sup> Cebri ifraz, İmar Kanunu'nun 18. maddesinde düzenlenmiştir. Bu işlemin temel amacı imar planına uygun bir şekilde inşaata elverişli imar parseli elde edilmesidir.<sup>83</sup> Arsa ve arazi düzenlemesi, "hamur kuralı", "parselleme", "tarla kuralı" ya da "18 uygulaması" olarak da adlandırılmaktadır.<sup>84</sup>

Rızai ifrazı, cebri ifrazdan ayıran en önemli fark, maliklerin isteği- dir. Rızai ifraz, maliklerin isteği doğrultusunda yapılan bir işlemken; cebri ifraz zorunlu olarak, maliklerin istekleri dışında yapılan bir işlemdir.

İfraz ve tevhit kavramı genel anlamda cebri ifrazı da kapsayacak şekilde kullanılmaktadır. Nitekim 7181 sayılı Kanun değişikliğinden önce İmar Kanunu'nun üçüncü bölümünün başlığı "İfraz ve Tevhid İşleri" idi. Burada da ifraz ve tevhid ifadesi, idarenin taşınmazların ayrılması ve birleştirilmesine ilişkin tüm yetkilerini kapsar şekilde kullanılmaktaydı.<sup>85</sup> Zira üçüncü bölümde 15-20. maddeler düzenlenmekte, 15. madde başlığı "İfraz ve Tevhid", 18. madde başlığı ise "Arazi ve

<sup>80</sup> Kalabalık, s. 383.

<sup>81</sup> Özden, s. 35.

<sup>82</sup> Kalabalık, s. 383.

<sup>83</sup> Artukmaç, s. 310-311.

<sup>84</sup> Erdal Köktürk/Erol Köktürk, "Arsa Düzenlemelerinin Hukuksal Dayanağı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 70, Y. 2007, s. 263; Tahir Muratoğlu, Teşkilat, Planlama ve Uygulama Boyutlarıyla İmar Hukuku, Ankara, 2019, s. 225; Aydın Gülan, Türk İmar Hukuku'nda "Hamur Kuralı" Uygulaması (3194 sayılı İmar Kanunu'nun 18. maddesi Uygulamasına İlişkin Teorik Bir Yaklaşım), İstanbul, 2000, Basılmamış Doçentlik Çalışması, s. 4-5.

<sup>85</sup> Özden, s. 33.

Arsa Düzenlemesi" şeklindeydi. Diğer bir ifadeyle "İfraz ve Tevhid İşleri" başlıklı üçüncü bölümde, hem rızai ifraz (m. 15-16) hem de cebri ifraz (m. 18) düzenlenmekteydi.

7181 sayılı Kanun değişikliği sonrasında "İfraz ve Tevhid İşleri" olan üçüncü bölüm başlığı "Arazi ve Arsa Düzenlemesi" olarak değiştirilmiştir. Değişikliğin sebebi, arsa ve arazi düzenlemesinin, esas imar planı uygulama aracı olduğu fikrinin vurgulanmak istenmesi olarak ifade edilebilir.

## B. YENİ ADALAR OLUŞTURMA DURUMUNA GÖRE

İmar planının uygulanması amacıyla yapılan ifrazlarda kadastro parseliyle, imar parseli her durumda örtüşmeyebilir. Diğer bir ifadeyle bir kadastro parseli kimi durumlarda bir imar parseline kimi durumlarda birden fazla imar parseline kimi durumlarda ise yol, yeşil alan ve park gibi umumi hizmet alanlarına denk gelebilir. Bu şekilde kadastro parselinin imar planındaki durumuna göre ifraz işlemi, basit ifraz ve parselasyon niteliğinde ifraz olarak ikiye ayrılabilir.<sup>86</sup>

### 1. Basit İfraz ve Tevhit

Bir parselin ifraz edilmesi neticesinde oluşan parsellerin hepsi aynı ada içerisinde yer alıyor ve yeni bir ada oluşmuyorsa basit ifraz ve tevhit söz konusudur.<sup>87</sup> Diğer bir ifadeyle ifraz edilen taşınmaz yol, park, otopark, yeşil alan ve okul gibi umumi hizmet alanlarını kapsamıyor ve bu nedenle oluşan tüm parseller aynı ada içinde bulunmaya devam ediyorsa yapılan ifraz ve tevhit işlemi basit ifraz ve tevhit işlemi olarak adlandırılır.<sup>88</sup> İşlem neticesinde oluşan parseller farklı adalarda yar almamakla birlikte bir parselde yalnızca yola terk işlemi varsa, işlem yine basit ifraz olarak adlandırılır.<sup>89</sup>

### 2. Parselasyon Niteliğinde İfraz ve Tevhit

Basit ifraz ve tevhidin aksine yapılan işlem neticesinde oluşan parsellerin aynı ada içerisinde değil, farklı adalarda yer alması duru-

<sup>86</sup> Kalabalık, s. 383.

<sup>87</sup> Çelik, s. 144.

<sup>88</sup> Özden, s. 34; Kalabalık, s. 384.

<sup>89</sup> Çelik, s. 145.



munda parselasyon niteliğinde ifraz ve tevhit söz konusudur. Diğer bir ifadeyle ifraz edilen taşınmazın umumi hizmet alanlarını kapsaması durumunda yapılan ifraz ve tevhit işleminin, parselasyon niteliğinde olduğu ifade edilebilir.<sup>90</sup> Bu durumda ifrazın niteliği konusunda önemli olan oluşan parsel sayısı değil, oluşan parsellerin aynı ada içerisinde yer alıp almaması hususudur.

### III. İFRAZ VE TEVHİT ŞARTLARI

İmar Kanunu'nun 15. maddesinde imar planı bulunan alanlarda yapılacak ifraz ve tevhitlere ilişkin birtakım şartlar öngörülmüştür. Son fıkrada ise *"İmar planı dışında kalan alanlarda yönetmeliklerinde tayin edilecek miktarlardan küçük ifrazlara izin verilmez"* hükmü ile plansız alanlarda da ifraz ve tevhit yapılmasına cevaz verilmiştir. Bu nedenle ifraz ve tevhide ilişkin şartlar, planlı alanlarda ve plansız alanlarda olmak üzere iki başlık altında ele alınacaktır.

#### A. PLANLI ALANLARDA

##### 1. Parselasyon Planının Tescil Edilmiş Olması Gerekir

###### a. Kural

İmar Kanunu'nun 15/1. maddesine göre *"İmar planı bulunan alanlarda, uygulama imar planına uygun olarak öncelikle parselasyon planının yapılması esastır"*. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise *"İmar planı bulunan alanlarda, ifraz ve tevhit işlemleri, parselasyon planı tescil edilmiş alanlarda yapılabilir"* hükmüne yer verilmiştir.

İfraz ve tevhit işlemlerinin gerçekleştirilebilmesi için kural olarak önce parselasyon planlarının yapılması gerekmektedir. Ancak parselasyon planlarının yapılması için de uygulama imar planlarının hukuka uygun bir şekilde yürürlüğe girmiş olması gerekir. Dolayısıyla planlı alanlarda ifraz ve tevhit işlemleri için öncelikle uygulama imar planının yürürlüğe girmiş olması daha sonra yürürlüğe giren uygulama imar planına uygun bir şekilde parselasyon planının yapılması ve tapuya tescil edilmesi gerekmektedir.<sup>91</sup>

<sup>90</sup> Kalabalık, s. 384; Çelik, s. 145.

<sup>91</sup> Yakup Emre Çoruhlu/Bayram Uzun/Okan Yıldız, *"Taşınmaz Mülkiyeti Üzerinde İmar Planından Kaynaklı Tevhit Şartı Kısıtlamasının İncelenmesi"*, *Selçuk Üni-*

İmar Kanunu'nda parselasyon planına ilişkin bir tanıma yer verilmemiş olsa da Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmelik'in tanımlara ilişkin 4. maddesinde "İmar Kanunu'nun 18 inci maddesi hükümlerine ve uygulama imar planına uygun olarak imar parsellerinin oluşturulduğu, parselasyon planı açıklama raporu, parselasyon paftaları ile tescile esas belgeleri içeren uygulama dosyası ile bir bütün olan plan" olarak tanımlanmıştır.

Parselasyon planları, arazi ve arsa düzenlemesi işlemlerinin en önemli unsuru niteliğindedir. Arazi ve arsa düzenlemesi süreci, genel hatlarıyla hazırlık süreci, parselasyon planının hazırlanması ve plan neticesinde oluşan parsellerin tapuya tescil edilmesi olmak üzere üç bölüme ayrılabilir.<sup>92</sup> Hazırlık aşamasında öncelikli olarak düzenleme sahası tespit edilir. Akabinde düzenleme sahasında yer alan taşınmazların ada ve parsel numaraları ilgili tapu ve kadastro müdürlüğüne gönderilerek, taşınmazın tapu kaydına imar uygulamasına alındığına dair belirtme yapılması istenir (AADHY m. 12/1). Tapu müdürlüğü tarafından ilgili taşınmazların tapu sicillerinde belirtme yapıldıktan sonra söz konusu taşınmazların ifraz ve tevhidine izin verilmez (AADHY m. 12/2).

İlgili idare tarafından düzenleme sahasının tespiti yapıldıktan sonra sahada yer alan taşınmazların tapu kayıtları alınarak sahanın haritası çıkarılır. Daha sonra sahaya ilişkin gereken tüm detayları içeren bir uygulama haritası düzenlenerek imar adalarına numara verilir.<sup>93</sup> Arazi ve arsa düzenlemesi yapılabilmesi için düzenleme sahasının halihazır haritasının onaylanmış ve imar planının ilgili paftasının elde edilmiş olması gerekir. Nitekim uygulamanın halihazır harita temin

---

*versitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 27, S. 3, Y. 2019, s. 415; Kalabalık, s. 386; D6D, T. 25.02.2020, E. 2015/9378, K. 2020/2357; "Dosyanın incelenmesinden, planlı alanda kalan taşınmazların, 3194 sayılı Kanununun 18. maddesi uyarınca henüz parselasyon işlemine tabi tutulmadığı ve kadastral parsel niteliğinde olduğu anlaşılmıştır. Yukarıda yer verilen mevzuat hükümleri uyarınca, uyumsuzluk konusu taşınmazların bulunduğu alanda parselasyon işlemi yapılmadan ifraz, tevhit, terk işleminin yapılması mümkün olmadığından, dava konusu encümen kararlarında hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna ulaşıldığından dava konusu işlemin iptali yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında sonucu itibarıyla isabetsizlik görülmemiştir", D6D, T. 08.01.2020, E. 2016/10750, K. 2020/118, www.lexpera.com, e.t. 10.10.2020.

<sup>92</sup> Tahiroğlu, s. 228.

<sup>93</sup> Tahiroğlu, s. 229.

edilmeden yapılması, maliklerin başka kişilere ait parsellerin üzerinde kalma problemini gündeme getirebilir.<sup>94</sup>

Hazırlık aşamasının ardından kesin parselasyon durumunu gösteren ve tapuya tescil işlemlerine esas alınan parselasyon planı oluşturulur. Ancak parselasyon planı oluşturulmadan önce imar mevzuatı, imar planı ve raporları çerçevesinde parsel boyutları belirlenmelidir. İmar planı ve belde imar yönetmeliklerinde parsel boyutlarına ilişkin hüküm bulunmuyorsa, bu durumda Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği hükümleri çerçevesinde parsel boyutları belirlenecektir.<sup>95</sup> Parselasyon planları yapılırken imar adası bir bütün olarak düşünülerek hamur gibi tüm parseller birleştirilir ve daha sonra imar mevzuatına uygun bir şekilde tekrar ayrılarak imar parselleri oluşturulur. Yapılan düzenleme neticesinde maliklere verilecek imar parselinin, öncelikli olarak düzenleme öncesi bulunduğu yerden verilmesi esastır. Ancak bu durum mümkün değilse en yakınındaki eş değer yerden verilir (İ.K. m. 18/12). Hazırlanan parselasyon planındaki her adaya ilgili kadaströ müdürlüğünden alınan ada numaralarına göre düzenleme sahasının kuzey batısından itibaren saat ibresi yönünde ardışık numara verilir (AADHY m. 21/1). Aynı şekilde her bir ada içerisindeki parsellere de 1'den başlamak üzere kuzey batıdan başlanarak ardışık parsel numarası verilir (AADHY m. 21/4). Ayrıca uygulama imar planında hüküm bulunmaması durumunda yönetmelik hükümlerinde tespit edilen asgari parsel büyüklüklerinin altında parsel oluşturulamaz (İ.K. m. 18/14).

Yapılan parselasyon planı neticesinde oluşturulan imar parsellerinin dağıtımı esnasında umumi hizmet sahalarının tesisi ve arazi ve arsa düzenlemesi neticesinde meydana gelen değer artışı karşılığında, düzenlemeye giren taşınmazların düzenleme öncesi yüzölçümlerinin %45'ini aşmayacak şekilde "düzenleme ortaklık payı" adı altında kesinti yapılabilir (İ.K. m. 18/2).

İmar Kanunu'nun 19. maddesinde imar mevzuatına uygun şekilde hazırlanan parselasyon planlarının belediye ve mücavir alan içerisinde belediye encümeninin, bu alanlar dışında ise il idare kurulunun onayından sonra yürürlüğe gireceği hükme bağlanmıştır. Ancak 5302

<sup>94</sup> Karaca, s. 238.

<sup>95</sup> Yıldız, s. 236-237.

sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 6/1-b maddesindeki, belediye sınırları dışında imara ilişkin hizmetlerin il özel idaresinin görev ve yetkisinde olduğunu bildiren hüküm ile 70. maddesindeki, 3194 sayılı İmar Kanunu hükümlerinin 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu hükümlerine aykırılık teşkil etmesi durumunda 5302 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağına dair hüküm birlikte değerlendirildiğinde, söz konusu yetkinin il özel idaresine ait olduğu sonucuna ulaşılmaktadır<sup>96</sup>. Diğer bir ifadeyle İmar Kanunu'nda belediye sınırları dışındaki imar hizmetlerinde yetkiye ilişkin kullanılan "il idare kurulu" ifadesi, "il özel idaresi" olarak anlaşılmalıdır.<sup>97</sup>

Ancak 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nda parselasyon planının onayı ve arazi ve arsa düzenlemesine ilişkin diğer işlemlerin il özel idaresinin hangi organı tarafından yürütüleceği belirtilmemiştir. Öğretide bu konuda iki farklı görüş bulunmaktadır. İlk görüşe göre her ne kadar İl Özel İdaresi Kanunu'nda il encümeninin görevleri arasında zikredilmese de söz konusu yetki aynı belediyelerde olduğu gibi il encümeni tarafından kullanılmalıdır.<sup>98</sup> Diğer görüşe göre ise belediye ve mücavir alan dışında parselasyon planlarının il özel idarelerinin hangi organı tarafından onaylanacağına ilişkin bir hüküm bulunmadığından dolayı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 30/1-o maddesinde kanunla il özel idaresine görev verilen ancak il genel meclisi ya da il encümeninin görevine dahil olmayan konular valinin görev ve yetkisinde kabul edildiğinden dolayı arazi ve arsa düzenlemesine ilişkin işlemlerde de vali yetkilidir.<sup>99</sup> Mevcut hükümler değerlendirildiğinde gerçekten de arazi ve arsa düzenlemesi konusundan il özel idaresinin yetkili olduğu ancak söz konusu yetkinin hangi organ tarafından kullanılacağı belirsizdir. Bu durumda İl Özel İdaresi Kanunu'nun 30/1-o hükmü devreye girmektedir. Bu nedenle söz konusu yetkinin valiye ait olduğu ifade edilebilir. Arsa ve arazi düzenlemesine ilişkin yetkinin il encümeni tarafından kullanılması her ne kadar imar mevzuatımızın sistematığına ve demokrasi ilkesine daha uygun düşüyor olsa da bunun için bir kanun değişikliği gerekeceği ifade edilebilir.

<sup>96</sup> Tahiroğlu, s. 231, dn. 456.

<sup>97</sup> Kalabalık, s. 422; Karaca, s. 232.

<sup>98</sup> Kalabalık, s. 422; Şimşek, s. 219; Karaca, s. 232.

<sup>99</sup> Tahiroğlu, s. 231, dn. 456.

Onay ile birlikte yürürlüğe giren parselasyon planları, ilgili idarede bir ay süreyle askıya çıkarılarak mutat vasıtalarla duyurulur. Bir aylık askı süresi sonunda kesinleşen parselasyon planları, tescil amacıyla ilgili tapu dairesine gönderilir. Tapu daireleri ilgililerin rızasını aramaksızın tapu sicillerini parselasyon planına göre re'sen düzenler (İ.K. m. 19/2).

Kural olarak yukarıda genel hatlarıyla izah edildiği şekilde tescil edilmiş parselasyon planı bulunmayan planlı alanlarda, ifraz ve tevhit işlemlerinin yapılması mümkün değildir (İ.K. m. 15/2). Söz konusu hüküm 10 Temmuz 2019 tarihinde yürürlüğe giren 7181 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle getirilmiştir. Diğer bir ifadeyle 7181 sayılı Kanun değişikliği öncesinde ifraz ve tevhit işlemleri açısından parselasyon planlarının tescil edilmiş olması şart değildi. Yalnızca parselasyon planı tamamlanmış olan yerlerde yapılacak ifraz ve tevhit işlemlerinin söz konusu parselasyon planlarına uygun olma şartı öngörülmüştü. Ancak kanun değişikliğinden önceki dönemde bu durum tartışma konusuydu.

Bir görüşe göre çarpık imar uygulamaları gibi birtakım ciddi problemlerin ortaya çıkması ve İmar Kanunu'nun 15. ve 16. maddelerin amacı dikkate alınarak planlı alanlardaki ifraz ve tevhit işlemlerine, yalnızca parselasyon planı tamamlanmış olan yerlerde izin verilmesi gerektiği ifade edilmekteydi.<sup>100</sup> Diğer bir ifadeyle arazi ve arsa düzenlemesi uygulaması yapılmadan doğrudan ifraz ve tevhit yöntemleriyle imar planlarının uygulanması tasvip edilmemektedir.<sup>101</sup>

İmar Kanunu'nun 15. ve 16. maddeleri çerçevesinde yapılan ifraz ve tevhit uygulamaları genellikle parsel bazında yapılmaktadır.<sup>102</sup> Bu yönüyle ada bazlı genel bir uygulama niteliğinde değildir. Parselin imar planında umumi hizmet alanlarına ayrılan yerlere rastlayan kısımlarında, ifraz ve tevhit işlemlerinin yapılması mümkün değildir. Bu nedenle ifraz ve tevhit uygulamaları umumi hizmetlere ayrılan

<sup>100</sup> Çelik, s. 147-148; Yıldız, s. 219; Ünal, s. 23; Mustafa Yılmaz, "İmar Kanunu'nun 18. maddesi Çerçevesinde Düzenleme Ortaklık Payı Kavramı ve Uygulamaları", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 16, S. 3-4, Y. 2010, s. 54, dn. 63; Suat Şimşek/İlhami Hazar, *Açıklamalı-İçtihatlı Örnek Dilekçelerle İmar Davaları Rehberi*, 3. Baskı, Ankara, 2020, s. 737.

<sup>101</sup> Yıldız, s. 219; Ersoy, s. 5.

<sup>102</sup> Karaca, s. 225.

alanların seyrek olduğu alanlarda yapılmaktadır.<sup>103</sup> Böylece umumi hizmetlere ayrılan kısmı az olan alanların, diğer bir ifadeyle düşük kayıplı alanların parsellenmesi önce yapılmakta, diğer alanlarda ise uygulama daha sonraya kalmakta ve bazı durumlarda uzun vadede hiç uygulama yapılamama problemi ortaya çıkmaktadır.<sup>104</sup> Diğer bir ifadeyle imar planında umumi hizmet alanında kalan taşınmazlar planın külfetini yüklenirken, planda işlev itibarıyla yapılaşmaya uygun alanlarda kalan taşınmazlar planın nimetinden faydalanmaktadır.<sup>105</sup> İmar planının bu şekilde parça parça uygulanması sonucunda, uygulama yapılmayan alanlarda yüksek oranda kamu alanları kalmakta, bu durumda düzenleme ortaklık payı yüksek oranda çıkacağından dolayı da arsa ve arazi düzenlemesi yapıma imkanı ortadan kalkmaktadır.

İlgili idareye yüksek mali külfet getireceğinden dolayı söz konusu alanlarda imar planının uygulanması için kamulaştırma yapılması da çoğu zaman mümkün olmamaktadır.<sup>106</sup> Bu nedenle söz konusu alanlarda imar planının uygulama kabiliyeti kalmadığından dolayı plan değişikliği yoluna gidilerek park, yeşil alan ve otopark gibi umumi hizmetlere ayrılan alanlar bazı durumlarda küçültülmekte, bazı durumlarda ise tamamen kaldırılmaktadır.<sup>107</sup> Bu durumda da bütünlüğü olmayan imar planları ile sosyal ve teknik altyapısı yetersiz ve yaşanabilir olmayan şehirler ortaya çıkmaktadır.<sup>108</sup>

Diğer bir görüşe göre ise yalnızca parselasyon planı tamamlanmış olan diğer bir ifadeyle arazi ve arsa düzenlemesi yapılmış alanlarda ifraz ve tevhit işlemlerine izin verilmiş olması öncelikle ilgili idarenin arsa düzenlemesi yapmayı geciktirdiği durumlarda taşınmaz maliklerinin imar parseline kavuşmasının önünde engel oluşturmaktadır.<sup>109</sup> Ayrıca imar mevzuatında parselasyon planı yapılmamış alanlarda ifraz ve tevhit işlemlerini yasaklayan bir hüküm de bulunmamaktadır.

<sup>103</sup> Çelik, s. 148.

<sup>104</sup> Yıldız, s. 263.

<sup>105</sup> Çoruhlu/Uzun/Yıldız, s. 426.

<sup>106</sup> Erdal Köktürk, "İmar Planı Uygulamalarında Karşılaşılan Sorunlar ve Kavramlaşma", TMMOB Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası, Türkiye 6. Harita Bilimsel ve Teknik Kurultayı, Ankara, 1997, s. 15; Ersoy, s. 5.

<sup>107</sup> Çelik, s. 148.

<sup>108</sup> Köktürk, s. 15; Ersoy, s. 5.

<sup>109</sup> Hüseyin Koçak, 7181 sayılı Kanun'la İmar Kanunu'nda Yapılan Değişiklik-1, <https://tapu-kadastro.net/index.php/makaleler/imar/787-7181-sayili-kanunla-imar-kanununda-yapilan-degisiklik-1>, e.t. 01.10.2020.

Aksine parselasyon planı tamamlanmış alanlarda ifraz ve tevhit işlemlerinin mevcut parselasyon planına uygun olması şart koşularak parselasyon planı tamamlanmamış alanlarda da bir anlamda zımni olarak ifraz ve tevhide izin verilmiştir. Bu nedenle bazı yazarlar ifraz ve tevhit işlemlerini, parselasyon planı oluşturulmadan, kadastro parsellerinin imar parsellerine uygun hale getirilmesi olarak da tanımlamışlardır.<sup>110</sup>

7181 sayılı Kanun değişikliği ile birlikte söz konusu tartışmanın uygulama açısından nihayete ermiş olduğu ifade edilebilir. Zira bu konuda kanun hükmü tartışmaya yer bırakmayacak derecede açıktır. Söz konusu kanun değişikliği sonrası planlı alanlarda kural olarak parselasyon planı tescil edilmeden ifraz ve tevhit işlemleri yapılamayacaktır. Bu anlamda planlı alanlarda ifraz ve tevhit işlemleri için parselasyon planının tescili bir ön şart haline gelmiştir.<sup>111</sup> Diğer bir ifadeyle kural olarak imar planı gereği arazi ve arsa düzenlemesi (18 uygulaması) yapılmadan taşınmaz maliklerinin imar parseline kavuşmaları mümkün değildir.<sup>112</sup> Bu durum Planlı İmar Yönetmeliğinde de genel ilkelere arasında “Koruma amaçlı imar planlarında parselasyon planı yapılması mümkün olmayan durumlar hariç olmak üzere, imar adasında parselasyon planı yapılmadan bu adadaki parsellerde ifraz ve tevhit yapılamaz” şeklinde ifade edilmiştir (m. 5/13).

Parselasyon planlarının tescili şartının bir diğer sonucu, imar planında umumi hizmetlere ayrılan yerlerde ifraz ve tevhit işlemleri yapılamamasıdır. Nitekim İmar Kanun’unun 15/1. maddesinin 7181 sayılı Kanun değişikliği öncesindeki halinde “İmar planlarına göre yol, meydan, yeşil saha, park ve otopark gibi umumi hizmetlere ayrılan yerlere rastlayan gayrimenkullerin bu kısımlarının ifrazına veya tevhidine izin verilmez” ifadesine yer verilmişti. 7181 sayılı Kanun değişikliği ile birlikte söz konusu hüküm değiştirilerek parselasyon planı şartı getirilmiştir. Parselasyon planlarının tescil edilmiş olması şartının bir sonucu olarak umumi hizmetlere ayrılan alanlarda ifraz ve tevhit işlemleri yapılamayacaktır. Zira umumi hizmetlere ayrılan alanlar, düzenleme ortaklık payından karşılanarak parselasyon planı yapıp tescil edildikten sonra ihtiyaçlar çerçevesinde ifraz ve tevhit işlemleri yapılabilir.<sup>113</sup> Ni-

<sup>110</sup> Türk/Ünal, s. 113.

<sup>111</sup> Kalabalık, s. 386.

<sup>112</sup> Koçak, 7181 sayılı Kanun.

<sup>113</sup> Kalabalık, s. 387; “Tevhidi talep edilen taşınmazların kısmen yol, park vs. gibi umumi hizmet alanlarına isabet eden kısımlarının bulunması halinde, bu nite-

tekim parselasyon planı ile birlikte kesin parselasyon durumu ortaya çıkmış ve düzenleme ortaklık payı çerçevesinde umumi hizmetlere ayrılan alanlar ilgili idare adına tescil edilmiştir.<sup>114</sup> Bu aşamada umumi hizmetlere ayrılan alanlar bir anlamda kamunun eline geçmiştir. Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nin 7/1. maddesinde de "*Parselasyon planı bulunan yerlerde, daha sonra plan değişikliği veya revizyonu yapılması halinde bu planlar ile belirlenen; umumi hizmet alanına isabet eden taşınmazlar ile imar istikameti önünde kalan donatı alanları, kamu eline geçmeden tevhit ve ifraz yapılamaz*" hükmüne yer verilmiştir.

Ancak planlı alanlarda ifraz ve tevhit işlemleri için parselasyon planının tescil edilmiş olması mutlak bir şart değildir. İmar Kanunu'nun 15/4. maddesinde söz konusu şartta birtakım istisnalar getirilmiştir.

### **b. İstisnalar**

3194 sayılı İmar Kanunu'nun (7181 sayılı Kanun ile değiştirilen) 15. maddesinin ilk iki fıkrasında planlı alanlarda yapılacak ifraz ve tevhit işlemleri için ön şart düzenlenmiştir. Yine 7181 sayılı Kanun ile eklenen 15. maddenin 4. fıkrasında ise söz konusu şartta birtakım istisnalar getirilmiştir. Hükme göre;

- 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nda belirtilen merkezi yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin yetkisi içindeki kamu yatırımlarında,
- Kamu mülkiyetine ait alanlarda,
- Parselasyon planının tatbiki mümkün olmayan meskûn alanlarda,
- Koruma amaçlı imar planı bulunan alanlarda ve
- Büyük bir kısmı uygulama imar planına uygun şekilde oluşan imar adalarının geri kalan kısımlarında,

---

likteki taşınmaz parçalarının kamu eline geçmesi parselasyon işlemi, kamulaştırma yahut taşınmaz maliklerinin rızaen terki gibi uygulama araçlarıyla mümkün olacağından, taşınmaz maliklerinin tamamının muvafakatı alınmadan ve rızaları olmadan bir kısım taşınmaz parçalarının kamuya terki sonucunu doğurabilecek usulde, ifraz ve tevhit işlemleri yapılmasının mülkiyet hakkının ihlaline yol açacağı ve yeni hukuki ihtilaflar doğmasına neden olabileceği açıktır", İzmir BİM, 3. İDD, T. 16.05.2017, E. 2017/59, K. 2017/225, www.lexpera.com, e.t. 10.10.2020.

<sup>114</sup> Tahiroğlu, s. 250-251.



İmar Kanunu'nun 15/1 ve 15/2. maddelerinde yer alan parselasyon planının tescil edilmiş olmasına ilişkin şart aranmayacaktır. Diğer bir ifadeyle söz konusu alanlarda parselasyon planı tescil edilmeden de ifraz ve tevhit işlemleri yapılabilecektir.

## 2. İfraz ve Tevhit İşlemlerinin İmar Planlarına ve İmar Mevzuatına Uygun Olması Gerekir

İmar Kanunu'nun 15/3. maddesinde "*Parselasyon planı tescil edilmiş yerlerde yapılacak ifraz veya tevhidin imar planlarına ve imar mevzuatına uygun olması şarttır*" ifadesine yer verilmiştir. İfraz ve tevhit işlemlerinin tüm sürecine ilişkin doğrudan ve dolaylı olarak uygulanan çok sayıda kanun, tüzük ve adsız düzenleyici işlem bulunmaktadır. Bunlara örnek olarak 3194 sayılı İmar Kanunu, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, 3458 sayılı Mühendislik ve Mimarlık Hakkındaki Kanun, 5302 sayılı İl Özel İdare Kanunu, Tapu Sicil Tüzüğü, Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği, Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği ile Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmelik sayılabilir. Ayrıca ilgili idareler tarafından yönetmeliklerin uygulanmasını göstermek ve uygulamada birlik sağlamak amacıyla genelge gibi çeşitli adsız düzenleyici işlemler de çıkarılmaktadır.

B biçim ve içerik itibarıyla birtakım farklılıklar arz etse de<sup>115</sup> imar planları genel düzenleyici işlem olarak kabul edilmektedir.<sup>116</sup> Bu kap-

<sup>115</sup> İmar planlarının "birel unsurlar" ihtiva etmesinden ötürü "karma nitelikte" olduğu ifade edilmektedir. Bkz. İl Han Özay, *Günüşünde Yönetim*, 3. Baskı, İstanbul, 2017, s. 429; Ayhan Tekinsoy, "İmar Planlarının Hukuksal Niteliği, İmar Planı İptalinin Bu Plana Dayanılarak Verilmiş Ruhsatlar Üzerindeki Etkisi", *Ankara Barosu Dergisi*, C. 66, S. 2, Y. 2008, s. 52. İmar planlarının hukuki niteliğine ilişkin öğretileri sürülen görüşler için bkz. Oğuz Sancakdar, *Belediyelerin İmar Planı Yapması-Değiştirmesi ve İptal Davası*, Ankara, 1996, s. 57-58.

<sup>116</sup> "İmar planlarının nitelikleri itibarıyla düzenleyici işlem oldukları Danıştay'ın süregelen içtihatları ile kabul edilmiş bulunmaktadır", D6D, T. 04.02.1992, E. 1991/532, K. 1992/447; "Düzenleyici işlem niteliğindeki imar planları, plan hükümlerini açıklayıcı nitelikteki plan notları ile bir bütün olduğu gibi bu plan notları planın ayrılmaz bir parçası konumunda bulunması nedeniyle imar planı ile getirilen hükümlerin de imar planı gibi kesin ve yürütülmesi zorunlu bir düzenleyici işlem olarak idari davaya konu edilebileceği açıktır", D6D, T. 04.02.1992, E. 1991/532, K. 1992/447; D6D, T. 18.02.2020, E. 2016/13545, K. 2020/2007; D6D, T. 18.02.2020, E. 2017/3654, K. 2020/1998, www.lexpera.com, e.t. 15.10.2020; Onar, s. 1346; A. Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, *İdare Hukuku*, C. I, 13. Baskı, Ankara, 2019, s. 118; Çağlayan, s. 318; Kara, s. 33-34; Tahiroğlu, s. 42; Mustafa Genç, *İmar Hukuku*, Ankara, 2015, s. 54; Kerem Canbazoglu/Dilhun Ayaydın, "İmar Planlarının Yargısal Denetimi-1", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 93, Y. 2011, s. 250-251;

samda imar planları, adsız düzenleyici işlemler kategorisine dahildir.<sup>117</sup> İfraz ve tevhit işlemleri birel işlem niteliğinde olduğundan dolayı dayandığı düzenleyici işlemlere uygun olması gerekir. Bu açıdan imar planları ile birlikte imar mevzuatına uygun olmak zorundadır. Parselasyon planları da imar planlarının uygulanması amacıyla yapıldığından dolayı kuşkusuz ifraz ve tevhit işlemlerinin parselasyon planlarına da uygun olması şarttır.<sup>118</sup> Zira imar planları gibi parselasyon planları da imar mevzuatı kapsamında mütalaa edilebilir.<sup>119</sup> Nitekim İmar Kanunu'nun 15/2. maddesinin 7181 sayılı Kanun değişikliği öncesindeki halinde de parselasyon planı tamamlanmış olan alanlarda yapılacak ifraz ve tevhidlerin mevcut parselasyon planlarına uygun olması şart olarak öngörülmüştü.

İmar Kanunu'nun 15/6. maddesine göre *“İmar planlarında parsel cepheleeri tayin edilmeyen yerlerde yapılacak ifrazların, asgari cephe genişlikleri ve büyüklükleri yönetmelikte belirtilen esaslara göre tespit edilir”*. Ayrıca Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nin 6/1. maddesinde *“İmar planında gösterilen çeşitli bölgelerde imar planı ile getirilmiş farklı hükümler yoksa yapılacak ifrazlarda, elde edilecek yeni parsellerin asgari ölçüleri; arazi meyili, yol durumu, mevcut yapılar ve benzeri gibi mevkiin özellikleri ile bu parsellerde yapılması mümkün olan yapıların ölçüleri ve yöresel ihtiyaçları da göz önünde tutularak tespit olunur. Bu tespit sırasında ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarda belirtilen şartlar ihlâl edilemez”* hükmüne yer verilmiştir. Bu durumda eğer imar planında parsel cephe genişliği ya da büyüklüğüne ilişkin bir hüküm bulunmuyorsa söz konusu alanda yapılacak ifraz işlemlerinde parsel cephe genişliği ve büyüklüğü Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nin 6. maddesine göre tespit edilecektir. Söz konusu Yönetmeliğin 6/2. maddesinde asgari parsel genişliklerine ilişkin; 6/3. maddesinde ise asgari parsel derinliklerine ilişkin farklı kullanım alanları ve yapı nizamına göre hükümler bulunmaktadır. İfraz işlemi neticesinde oluşacak parsel büyüklükleri, imar planında hüküm varsa plandaki büyüklükten; planda hüküm yoksa Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nde tespit edilen büyüklüklerden küçük olamaz.<sup>120</sup>

<sup>117</sup> Tekinsoy, s. 48 vd.; Kalabalık, s. 45; Sancakdar, s. 59; Çoban Atik, s. 142.

<sup>118</sup> Gözübüyük/Tan, s. 118; Çağlayan, s. 318; Tahiroğlu, s. 42.

<sup>119</sup> Kalabalık, s. 388.

<sup>120</sup> Tahiroğlu, s. 226, dn. 441.

<sup>120</sup> Kalabalık, s. 388, 395.

Diğer taraftan Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nin 7/13. maddesine göre "Maliklerinin talebi üzerine mevcut bitişik parsellerde, uygulamayı kolaylaştırmak ve birbirleri ile olan sınırlarının düzeltilmesine yönelik ifraz ve tevhit işlemlerinde, parsel sayısı değiştirilmemek kaydıyla, bu Yönetmelikte bahsedilen asgari ifraz şartları aranmaz". İfraz ve tevhit işlemleri kural olarak maliklerin talebi üzerine yapılmaktadır. Ayrıca ifraz ve tevhit işlemlerinin mahiyeti gereği taşınmazlar bitişik olmak durumundadır. Diğer bir ifadeyle birbirine bitişik olmayan iki parselin (18 uygulaması dışında) tevhit işlemi neticesinde birleştirilmesi eşyanın tabiatına aykırı bir durumdur. Bu nedenle bahsedilen iki şartın yönetmelik hükmünde zikredilmesinin pratikte bir anlamı bulunmamaktadır. Söz konusu hükümde önem arz eden ilk husus, ifraz ve tevhit işlemlerinin uygulamayı kolaylaştırmak ve sınır düzeltilmesine ilişkin olarak yapılmasıdır. İlk husustan daha fazla önem arz eden diğer husus ise ifraz ve tevhit işlemleri neticesinde parsel sayısının değişmemesi gereğidir. Nitekim yönetmelik hükmünde bu durum, asgari ifraz şartlarının aranmaması için açıkça şart olarak düzenlenmiştir. Sonuç olarak uygulamayı kolaylaştırmak ve sınır düzeltilmesi amacıyla yapılacak ifraz ve tevhit işlemlerinde, mevcut parsel sayısında artma ya da azalma olmayacaksa, yönetmelik hükümlerinde (m. 6) yer alan asgari ifraz şartlarına uyma zorunluluğu bulunmamaktadır.

Yine Yönetmeliğe göre ifraz şartlarının aranmadığı başka bir durum, kamu tesislerinin inşası için gereken kamulaştırmalardan dolayı, taşınmazların gerekli parçalara ayrılmasını sağlamak amacıyla yapılacak olan ifraz işlemleridir (m. 7/8). Bu amaçla yapılacak olan ifraz işlemleri Yönetmelikte öngörülen ifraz şartlarına tabi değildir.

### 3. İfraz İşlemi ile Yola Cephesi Olmayan Parsel Oluşturulamaz

İfraz işlemi neticesinde oluşturulan parsellerin bir kamu yoluna cephesi olması şarttır.<sup>121</sup> Bu durum Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nin 5/13. maddesinde "İfraz suretiyle yola cephesi olmayan parsel oluşturulamaz. Yola cephesi olmayan parsellere yapı ruhsatı düzenlenemez. Kanununun 18 inci maddesinin uygulanmadığı hallerde yola cephesi bulunan parsellerden herhangi biri ile tevhit edilmesi mecburidir" ifadesiyle genel ilkeler ara-

<sup>121</sup> Koçak, s. 54; Kalabalık, s. 388; Özden, s. 39.

sında zikredilmiştir.<sup>122</sup> Hükümün devamında ise arazi ve arsa düzenlemesinin (18. maddenin) uygulanamadığı durumlarda yola cephesi olmayan parsellerin, yola cephesi olan komşu parsellerden birisi ile tevhit edilme zorunluluğuna bir istisna öngörülmüştür. Hükme göre *“Bu Yönetmeliğin yürürlüğe girmesinden önce; mevcut planlarla oluşmuş, bitişik boş parseli bulunmayan, fiili teşekkül sebebiyle yola cephesi sağlanamayan parsellere; komşu parsellerden süresiz geçiş hakkı alınmış ve bu konuda tapu kayıtlarına şerh konulmuş olmak kaydıyla yapı ruhsatı düzenlenebilir”*.

Ayrıca ada içi, diğer bir ifadeyle yola cephesi bulunmayan parseller de ifraz işlemine konu edilemez. Bu durum Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nin 7/4. maddesinde *“İmar planı ile mahreç aldığı yolu kapatan ve imar adası ortasında kalan, yola cephesi bulunmayan parseller ifraz edilemez”* ifadesiyle hükme bağlanmıştır. Bir parselin imar planına göre yola cephesi bulunmayabilir ya da imar planı değişikliği neticesinde mevcut olan yola cephesi kapanabilir. Bu şekilde yola cephesi bulunmayan parseller için öncelikle arazi ve arsa düzenlemesi yapılarak yola cephe oluşturulmalıdır.<sup>123</sup> Nitekim Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nin 7/5. maddesine göre *“İmar planı ile kapatan yollarda kalan, yola cephesi olmayan parsellere imar yoluna cephe sağlayacak şekilde arazi düzenlemesi yapılmadan kapatan yollar, ifraz ve tevhide konu edilemez veya ayrı bir parsel olarak değerlendirilemez”*.

#### 4. Tehlike Arz Etmesi Nedeniyle Yapı Yapılması Yasaklanan Alanlarda İfraz İşlemi Yapılamaz

Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nin 7/6 maddesinde *“Taşkın, heyelan ve kaya düşmesi gibi afet alanlarında bulunan sıhhi ve jeolojik mahzurları olan veya bunlar gibi tehlikeli durumlar arz etmesi yüzünden imar plan-*

<sup>122</sup> “İmar planı ve mevzuat hükümlerine uygun olarak oluşmuş davacıya ait imar parselinin tek cephesinin kuzeyindeki 35 metre enkesitli yoldan olduğu, bu cephenin de 147 sayılı kadastro parselince kapatılmış olduğu, bilirkişi tarafından doğu ve batıda ,mevcut olduğu belirtilen, imar yollarının imar planında düzenlenmediği dolayısıyla davacı parselinin tek cephesinin kuzeyindeki 35 metrelik yoldan olduğu, bu tek cephenin ise...147 parselin kamulaştırılması yoluyla açılması gerektiği...mevcut imar planı durumu itibariyle de davacıya ait parselin 35 metrelik yoldan cephesinin açılmaması sebebiyle yapı ruhsatı verilmesinin de hukuken mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır”, Konya BİM, 2. İDD, T. 12.03.2018, E. 2017/2294, K. 2018/446, www.lexpera.com, e.t. 10.10.2020.

<sup>123</sup> Kalabalık, s. 389.

larına veya ilgili idarelerce hazırlanmış veya onaylanmış raporlara göre yapı yapılması yasaklanan alanlar ifraz edilemez, bu gibi yerlerde arazi takviyesine matuf tesisler harici yapı yapılamaz” hükmüne yer verilmiştir. Afet alanlarında ya da yer bilimi ve sağlık açısından tehlike arz etmesi nedeniyle ilgili idare tarafından hazırlanan imar planı ya da onaylı raporlara dayanılarak yapı inşası yasaklanan alanlarda ifraz işlemi yapılamaz. Aynı şekilde tehlike arz etmesi nedeniyle ağaçlandırılacak alan olarak belirlenen ve bu nedenle yapı yapılması yasak olan alanlarda da ifraz işlemi yapılamayacaktır. Ancak bu şekilde taşınmaza getirilen fonksiyonların kamu yararı, şehircilik ve planlama ilkelerine uygun olması gerekmektedir.<sup>124</sup>

Söz konusu yönetmelik hükmünün devamında anılan kurala birtakım istisnalar öngörülmüştür. Hükme göre;

*“a) Sadece bir kısmı yapılaşmaya yasaklanan alanda kalan parsellerin yapılaşmaya uygun kısımları,*

*b) Bu fıkradaki nedenlerle ağaçlandırılacak alan olarak gösterilen alanlarda kalan parsellerin yasaklamaya tabi olmayan kısımları,*

*c) İmar planlarında özel mülkiyet içinde kalıp tarım yapılacak alanların yasaklamaya tabi olmayan kısımları*

*Gıda, Tarım ve Hayvancılık il müdürlüğünün görüşü alınarak, ifraz edilebilir”.*

## 5. İfraz ve Tevhit İşlemleri Maliklerin Talebi Üzerine Yapılabilir

İfraz ve tevhit işlemleri, kamulaştırma ve arazi ve arsa düzenlemesinin (18 uygulamasının) aksine cebri değil rızai işlemlerdir. Diğer bir ifadeyle taşınmaz maliklerinin talebi üzerine gerçekleştirilir.<sup>125</sup> Taşınmazın müşterek mülkiyete tabi olması durumunda ifraz ve tevhit işlemlerinin gerçekleştirilebilmesi için tüm maliklerin rızası gerekmektedir.<sup>126</sup> Nitekim Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmelik’in

<sup>124</sup> D6D, T. 26.01.2016, E. 2015/11364, K. 2016/144, www.lexpera.com, e.t. 15.10.2020.

<sup>125</sup> Artukmaç, s. 308; Kalabalık, s. 382; Özden, s. 35; Çelik, s. 168; Koçak, s. 31; Ersoy, s. 5; Karaca, s. 225.

<sup>126</sup> Özden, s. 35; Kalabalık, s. 392; Şimşek/Hazar, s. 733; “İdarenin parsel maliklerinin tamamının muvafakati bulunmaksızın re’sen tevhit işlemi tesis etmesi olanağı bu-

7. maddesinde de ifraz ve tevhit işlemlerinin parsel maliklerinin tümünün muvafakati ile yapılacağı vurgulanmıştır. Müşterek mülkiyete konu olan taşınmazın maliklerinin tümünün muvafakati sağlanamaması durumunda ise maliklerden her birisi mahkemeye başvurarak taşınmazın ifrazını talep edebilir.<sup>127</sup> Bu durumda mahkeme kararıyla (kazai) ifraz söz konusu olacaktır.<sup>128</sup>

İfraz ve tevhit işlemlerinin, talep üzerine yapıma kuralına ilişkin imar mevzuatında iki istisna bulunmaktadır. İlk istisna 7181 sayılı Kanun ile eklenen İmar Kanunu'nun 15/5. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre *"Mevcut hâliyle yapılaşmaya elverişli olmayan imar parsellerinde; maliklerden birinin talebi üzerine veya doğrudan, parsel maliklerine*

---

lunmamaktadır. ...Bu durumda; davacı parselinin yapılaşmaya uygun hale getirilmesinin temini amacıyla tevhit edilmesi öngörülen tüm taşınmaz maliklerinin muvafakatları olmaksızın yapılan tevhit başvurusunun reddine ilişkin dava konusu işlemde mevzuata aykırılık bulunmadığından, davanın reddine karar verilmesi gerekirken, işlemin iptali yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında yasal isabet görülmemiştir", İzmir BİM, 3. İDD, T. 16.05.2017, E. 2014/1931, K. 2017/226; İzmir BİM, 3. İDD, T. 16.05.2017, E. 2017/59, K. 2017/225; "Taşınmaz sahiplerinin talebi üzerine 3194 sayılı Kanun'un 15. maddesi uyarınca yapılacak tevhit ve ifraz işlemlerinde taşınmaz sahiplerinin muvafakatının alınması gerekmektedir. ...Bu nedenle, taşınmaz sahiplerinin tamamının muvafakati olmaksızın tevhit ve ifraz işlemi gerçekleştirilemeyeceğinden, davacının muvafakati alınmaksızın tesis edilen ifraz hattı belirlenmesine ilişkin belediye meclisi kararı ile parselasyon işlemlerinde mevzuata uyarlık bulunmamaktadır", D6D, T. 22.02.2018, E. 2013/8869, K. 2018/1492; "Komşu parsel malikinin istemi üzerine tesis edilen ve dört ayrı parselin ifraz ve tevhidini amaçlayan dava konusu işlemin parselasyon işlemi değil, ifraz ve tevhit işlemi niteliğini taşıdığı sonucuna varılmıştır. Bu nedenle, taşınmaz sahiplerinin tamamının muvafakati olmaksızın tevhit ve ifraz işlemi gerçekleştirilemeyeceğinden, davacının muvafakati alınmaksızın tesis edilen dava konusu işlemde mevzuata uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmış, İdare Mahkemesi kararında isabet görülmemiştir", D6D, T. 14.01.2003, E. 2001/6965, K. 2003/196; D6D, T. 13.04.2009, E. 2007/4296, K. 2009/3937, www.lexpera.com, e.t. 10.10.2020; "Medeni Kanun'un 625.maddesi hükmü uyarınca, müşterek malikler, taşınmazın aynına ilişkin önemli tasarrufları, ancak birlikte hareket ederek yapabilirler. 3194 sayılı İmar Kanunu uyarınca yapılacak tevhit ve ifraz işlemlerinde de müşterek mülkiyete konu bir taşınmaz söz konusu olduğunda, paydaşların birlikte hareket etmesi yasal zorunluluktur. ... Uyuşmazlığa konu 22 no'lu parselin diğer paydaşının, ifraz konusunda muvafakati bulunmadığına göre; bu husus gözetilmeksizin, ifrazın mümkün olduğu yolundaki bilirkişi raporuna dayanılarak karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir", DİDDK, T. 13.10.1995, E. 1994/457, K. 1995/717; D6D, T. 14.01.2003, E. 2001/6965, K. 2003/196; D6D, T. 30.10.2014, E. 2011/2047, K. 2014/6395; D6D, T. 14.01.2003, E. 2001/6965, K. 2003/196; D6D, T. 15.02.2006, E. 2005/6177, K. 2006/598, www.hukukturk.com, e.t. 01.11.2020.

<sup>127</sup> Özden, s. 35; Kalabalık, s. 392.

<sup>128</sup> Artukmaç, s. 309.

kendi aralarında anlaşmaları için yapacağı tebliğden itibaren üç ay içerisinde maliklerce anlaşma sağlanamaması hâlinde, *resen tevhit ve fiilî duruma göre ifraz yoluyla işlem yapmaya ilgili idare yetkilidir*". Söz konusu istisnai hükümün uygulanabilmesi için ise ifraz ya da tevhit işlemine konu edilecek alanda imar planı bulunması gerekir. Diğer bir ifadeyle re'sen ifraz ve tevhide ilişkin yetki, imar planı bulunan alanlarda kullanılabilir. Nitekim madde metninde "*imar parseli*"<sup>129</sup> ifadesi kullanıldığı görülmektedir.<sup>130</sup> Ayrıca mevcut haliyle yapılaşmaya elverişli olmayan taşınmazlara ilişkin hüküm, özel hukuk kişileri ya da işlem yapılacak alanda imar yetkisine haiz olanların dışındaki idarelere ait taşınmazlar hakkında uygulanacaktır. Zira imar yetkisini haiz olan idarelerin mevcut haliyle yapı inşasına elverişli olmayan taşınmazlarına ilişkin İmar Kanunu'nun 17. maddesi uygulama alanı bulacaktır.<sup>131</sup>

Konuya dair benzer bir hükme Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nin 7/3. maddesinde, "*Mevcut haliyle yapılaşmaya elverişli olmayan parsellere ilişkin olarak, ilgili idarenin tebliğ tarihinden itibaren 3 ay içerisinde parsellerin maliklerinin kendi aralarında anlaşamadığı takdirde resen tevhit ve ifraz yoluyla işlem yapmaya ilgili idare yetkilidir*" ifadeleriyle yer verilmiştir. Zikredilen düzenlemeler özetlenecek olursa, mevcut haliyle üzerinde yapı inşası mümkün olmayan taşınmazların malikleri, kendi aralarında anlaşmak suretiyle ilgili idareye başvurarak taşınmazlarının yapı inşasına uygun hale getirilmesini talep edebilirler. Bu durumun mümkün olmaması halinde maliklerden birisi ilgili idareye başvurabilir. Maliklerden birisinin başvurusu üzerine ya da başvuru beklenmeden doğrudan ilgili idare tarafından, maliklere kendi aralarında anlaşmaları için tebligatta bulunulur. Paylı mülkiyet durumunda bulunan parsellerde bütün paydaşlara, el birliği mülkiyetinde bulunan parsellerde ise bütün ortaklara tebligat yapılmalıdır.<sup>132</sup> Tebliğden itibaren malikler kendi aralarında anlaşamazlar ise ilgili idare kendiliğinden ifraz ve tevhit yoluyla söz konusu taşınmazları yapı inşasına uygun hale getirebilir.<sup>133</sup>

<sup>129</sup> İmar parseli, imar adası (imar planına uygun olarak etrafı yollarla çevrili bir ya da birden fazla parselden oluşan taşınmaz parçası) içerisinde yer alan kadastro parsellerinin, imar planı ve mevzuatına göre üzerine yapı inşası için düzenlenmiş şekli olarak tanımlanmaktadır. Bkz. 3194 s. İmar Kanunu m. 5/6; Çelik, 513; Yıldız, s. 264; Genç, s. 18.

<sup>130</sup> Tahiroğlu, s. 267.

<sup>131</sup> Tahiroğlu, s. 267.

<sup>132</sup> Şimşek/Hazar, s. 733.

<sup>133</sup> Kalabalık, s. 390-391.

İfraz ve tevhit işlemlerinin talep üzerine yapılmasına ilişkin bir diğer istisna, 3290 Sayılı Kanun ile Bazı Maddeleri Değiştirilen ve Bazı Maddeler Eklenen 2981 sayılı Kanun'un Uygulanmasına Dair Yönetmelik'in<sup>134</sup> 26/2. maddesinde "İslah imar planına konu olmayan hisseli araziler üzerinde yapılmış binaların, tapu haritalarında veya kadaströ planlarında mevcut olan ve tapuda tescilli olmayan, kamu kullanımına açık olan bir yola cephesi var ise ve bina maliklerinin fiili kullanma alanı, hisse miktarını aşmıyor ise, diğer hissedarların muvafakatları aranmaksızın, İl İdare Kurulu veya Belediye Encümen Kararına dayalı olarak ifraz işlemleri yapılır" hükmüyle getirilmiştir. Ancak ifraz ve tevhit işlemlerinin maliklerin talebi olmadan ilgili idare tarafından re'sen gerçekleştirilebilmesi için kanuni bir düzenlemenin bulunması gerekmektedir.<sup>135</sup> Zira Anayasa'da düzenlenen istisnalar dışında idarenin düzenleme yetkisi, türevsel bir yetkidir.<sup>136</sup> Diğer bir ifadeyle idarenin tesis ettiği düzenleyici işlemler kural olarak kanuna dayanmak zorundadır.<sup>137</sup> Bu durum kanuni idare ilkesinin de bir sonucudur.<sup>138</sup> Ayrıca Anayasa'nın 13. maddesi gereğince temel hak ve hürriyetler ancak kanunla sınırlandırılmaktadır.<sup>139</sup> Bu durumda mülkiyet hakkına ilişkin re'sen ifraz ve tevhit yetkisi için kanuni bir dayanağın zorunlu olduğu ifade edilebilir. Diğer bir ifadeyle re'sen ifraz ve tevhitte ilişkin yetki, yönetmelik hükmüyle ihdas edilemeyeceği sonucuna varılabilir. Bu konuda yukarıda zikredilen yönetmelik hükmüne dair kanuni dayanağın İmar Kanunu'nun 18. ya da 15/5. maddeleri olduğu ileri sürülebilir. Ancak İmar Kanunu'nun 18. maddesi arazi ve arsa düzenlemesine ilişkindir. Arazi ve arsa düzenlemesi yapılacak saha kural olarak müstakil bir adasından küçük olamaz.<sup>140</sup> Ada bazlı bir uygulama olan arazi ve arsa düzenlemesi ile parsel bazlı yapılan ifraz ve tevhit işlemleri birtakım benzerlikler barındırır da temelde farklı işlemlerdir. İmar Kanunu'nun 15/5. maddesinde ise mevcut haliyle yapı inşasına elverişli olmayan taşınmazlar düzenlenmektedir. Söz konusu yönetmelik

<sup>134</sup> RGT. 23.07.1986, RGS. 19173.

<sup>135</sup> Tahiroğlu, s. 266.

<sup>136</sup> Gözübüyük/Tan, s. 86; Özay, s. 426-427.

<sup>137</sup> Kemal Gözler/Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, 20. Baskı, Bursa, 2018, s. 72, 382; Turan Güneş, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Ankara, 1965, s. 41.

<sup>138</sup> Günday, s. 43; Gözler/Kaplan, s. 71.

<sup>139</sup> Gözübüyük/Tan, s. 88; Günday, s. 43.

<sup>140</sup> Bkz. Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmelik m. 9/4.



hükmünün dayanağı olarak 2981 sayılı İmar ve Gecekondu Mevzuatına Aykırı Yapılara Uygulanacak Bazı İşlemler ve 6785 sayılı İmar Kanunu'nun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun'un arazi ve arsa düzenlemesi uygulamalarına ilişkin<sup>141</sup> 10/c maddesi<sup>142</sup> gösterilebilir. Nitekim İmar Kanunu'nun 18. maddesine göre yapılan uygulamaların aksine 2981 sayılı Kanun'un 10/c. maddesi kapsamında yapılan uygulamalarda, parsel bazında uygulama ve hisse çözümü (ferdileştirilmesi) mümkündür.<sup>143</sup> Ancak 2981 sayılı Kanun'un 10/c kapsamında yapılacak uygulamaların, ıslah imar planına dayanması gerekmektedir.<sup>144</sup> Yönetmelik hükmü ise ıslah imar planına konu olmayan arazileri düzenlemektedir. Bu nedenle söz konusu yönetmelik hükmünün, kanuni dayanaktan yoksun olması nedeniyle hukuka aykırı olduğu ileri sürülebilir.

## 6. İfraz ve Tevhit İşlemlerinde Taşınmazdan Kesinti Yapılamaz

Arazi ve arsa düzenlemesinde düzenleme ortaklık payı adı altında taşınmazların yüzölçümünün %45'ini geçmeyecek şekilde kesinti yapılabilmektedir (İ.K. m. 18/2). Ancak ifraz ve tevhit işlemlerine konu taşınmazlardan ne düzenleme ortaklık payı ne de başka bir ad altında kesinti yapılması mümkün değildir.<sup>145</sup> Zira düzenleme ortaklık payı

<sup>141</sup> 2981 sayılı Kanun'un 10/c maddesi kapsamındaki arazi ve arsa düzenlemesi uygulamaları ile 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 18. maddesi kapsamındaki uygulamalar arasındaki farklar için bkz. Yılmaz, s. 68-71; Kalabalık, s. 420-421; Çelik, s. 212-214.

<sup>142</sup> "İmar mevzuatına aykırı bina yapılmış, hisseli arsa ve araziler veya özel parselasyona dayalı arazilerde, imar adası veya parseli olabilecek büyüklükteki alanlarda, binalı veya binasız arsa ve arazileri birbirleriyle, yol fazlalarıyla veya Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerle birleştirmeye bunları yeniden ada ve parsellere ayırmaya, yapılara yeniden doğan imar ada veya parseli içinde kalanları yapı sahiplerine, yapı olmayanları diğer hisse sahiplerine müstakil veya hisseli veya kat mülkiyeti esaslarına göre vermeye, bunlar adına tescil ettirmeye ve tescil işlemi dışında kalanların hisselerini 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na göre tespit edilecek bedeli peşin ödenmek veya parsel sahipleri aleyhine kanuni ipotek tesis edilerek, tapu sicilinden terkin ettirmeye belediye veya valilikler resen yetkilidir. Belediye veya valiliklerin talebi halinde bu yetkiler kadastro müdürlüklerince de kullanılır".

<sup>143</sup> Çelik, s. 213; Kalabalık, s. 420; Yılmaz, s. 68; Şimşek/Hazar, s. 567.

<sup>144</sup> Şimşek/Hazar, s. 568-569.

<sup>145</sup> Tahiroğlu, s. 263; Kalabalık, s. 392; D6D, T. 14.12.1993, E. 1993/1004, K. 1993/5355, www.hukukturk.com, e.t. 15.10.2020.

alınmasına dair yetki İmar Kanunu'nun 18. maddesi kapsamında kullanılabilen bir yetkidir.<sup>146</sup>

## 7. İfraz ve Tevhit İşlemleri Terk Şartına Bağlanamaz

İfraz ve tevhit işlemlerine ilişkin şartlar (İmar Kanunu, Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği, Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği ve Arsa ve Arazi Düzenlemeleri Hakkında Yönetmelik gibi) imar mevzuatında düzenlenmiştir. Bu şartlar haricinde ifraz ve tevhit işlemleri için idare tarafından birtakım ek şartların getirilmesi ya da şarta bağlı olarak ifraz ve tevhit işlemlerinin onaylanması mümkün değildir.<sup>147</sup> Bu konuda uygulamada en çok karşılaşılan problem, ifraz ve tevhit işlemlerinin, taşınmazların bir bölümünün yola ya da yeşil alana terk edilme şartına bağlanmasıdır.<sup>148</sup> İmar mevzuatında, ifraz ve tevhit işlemleri için taşınmazlardan bir miktar kesinti yapılabilmesine cevaz veren bir hüküm bulunmadığı gibi bu işlemlerin taşınmazların bir bölümünün terk edilmesi ya da kamulaştırma şartına bağlanabileceğini öngören bir hüküm de bulunmamaktadır.<sup>149</sup> Ancak elbette maliklerin kendi istekleri ile taşınmazlarının bir kısmını yola ya da yeşil alana bedelsiz terk etmeleri neticesinde ifraz ya da tevhit yapılmasında bir sakınca yoktur.<sup>150</sup> Zira bu durumda terk, maliklerin rızası doğrultusunda ger-

<sup>146</sup> Kalabalık, s. 393.

<sup>147</sup> Çelik, s. 154; Koçak, s. 73; Sezer/Kalkan/Şahin, s. 103.

<sup>148</sup> Tahiroğlu, s. 263; Kalabalık, s. 393; Şimşek/Hazar, s. 747-748.

<sup>149</sup> "İmar mevzuatında; müşterek mülkiyete konu taşınmazların, bir kısım paydaşlarının rızası suretiyle, bedelsiz terk koşulu ile ifrazının yapılabilmesine olanak sağlayan bir hüküm bulunmamaktadır", DİDDK, T. 28.06.1996, E. 1994/767, K. 1996/395; D6D, T. 17.05.1995, E. 1994/4947, K. 1995/1985, www.lexpera.com; D6D, T. 20.09.1990, E. 1989/1529, K. 1990/260, www.hukukturk.com; D6D, T. 09.03.1994, E. 1993/1293, K. 1994/1032, www.sinerjimevzuat.com, e.t. 15.10.2020.

<sup>150</sup> "Davacının, bir kısım imar planına göre yolda kalan parseli için ruhsat talebi üzerine Belediyece, imar planının "planda öngörülen parsel tahakkuk etmeden plan koşullarına göre uygulama yapılamayacağı" yolundaki plan notundan söz edilerek, yola giden kısmın terki gerektiğinin davacıya bildirildiği, bu bildirim üzerine davacının imar planında yolda kalan kısmı belediyeye bedelsiz olarak terk etme teklifinde bulunduğu ve teklifinin dava konusu Belediye Encümeni kararı ile kabul edildiği dava dosyasının incelenmesinden anlaşılmış olup, bedelsiz olarak terk işlemine davacı zorlanmış olmayıp kendisinin teklifi uyarınca karar alındığından dava konusu işlemde mevzuata aykırılık görülmemiştir", D6D, T. 11.05.1983, E. 1981/1710, K. 1983/2163, www.hukukturk.com, e.t. 15.10.2020; "Davacıya ait parselin, imar planında yola giden kısımlarının bedelsiz olarak belediyeye terki suretiyle ifrazına dair belediye encümenince verilen karara itirazın açılan davanın; incelenen dosya münderecatından, gayrimenkulün imar planında yola rastlayan

çekleşmiştir.<sup>151</sup> Ayrıca taşınmazın daha sonra arsa ve arazi düzenlemesine konu edilmesi durumunda, yapılan söz konusu gönüllü terkler düzenleme ortaklık payından düşülecektir.<sup>152</sup> Nitekim 2019 yılında İmar Kanunu'nun 18. maddesinin 8. fıkrasına eklenen hüküm<sup>153</sup> ile Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmelik'in 14 maddesinin 6. fıkrası hükmü<sup>154</sup> de bu yöndedir.

### 8. İfraz Hattı ile Birbirinden Ayrılan Parseller Tevhit Edilemez

Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nin tanımlara ilişkin 4. maddesine göre ifraz hattı, *"parselleri birbirinden ayırmak ve arazi ve arsa düzenlemesine esas olmak üzere planla belirlenen parselin ifraz edileceği hattı"* ifade etmektedir. Bu şekilde imar planında iki parsel arasında ifraz hattı öngörülmesi durumunda söz konusu parsellerin tevhit edilmesi mümkün değildir. Ayrıca (bitişik nizam,<sup>155</sup> ayrık nizam<sup>156</sup> ya da blok nizam<sup>157</sup> gibi) yapı nizamı farklı olan ya da (oturma, sanayi ve ticaret gibi) farklı kullanım kararları öngörülen parseller ile farklı yollardan cephe alan ara parseller tevhit edilemez. Bu durum Planlı Alanlar İmar

---

kısımlarının bedelsiz olarak yola terkine davacı tarafından rıza gösterildiği anlaşıldığından dava konusu kararda yasaya aykırılık görülmediği gerekçesiyle reddine karar verilmiştir", D6D, T. 23.09.1970, E. 1969/3530, K. 1970/2238, Danıştay Altıncı Daire Kararları, Birinci Kitap (1965-1977), Ankara, 1979, s. 66.

<sup>151</sup> Bu durumda yapılan terkler, her ne kadar rızaen yapılmış gibi görünse de uygulamada genellikle ilgililerin haklarına ulaşmak için yaptıkları "zorunlu bağış" şeklinde ortaya çıktığı ifade edilmektedir. Bkz. Gülân, s. 38-39.

<sup>152</sup> Gülân, s. 37; Tahiroğlu, s. 238-239.

<sup>153</sup> "Parselasyon planı yapılmadan ifraz ve tevhit edilerek tescil edilen parsellerden, imar planında umumi hizmet alanlarına rastladığı için terk edilen veya bağışlanan alanların toplam parsel alanına oranı, yeni yapılacak parselasyon planındaki düzenleme ortaklık payı oranına tamamlayan farkı kadar düzenleme ortaklık payı alınabilir".

<sup>154</sup> "Parselasyon planı yapılmadan ifraz, tevhit ve terk yoluyla; düzenleme ortaklık payına konu alanlara terk edilen ya da bağışlanan alan miktarının, uygulama sahasındaki düzenleme ortaklık payı oranına göre kesilecek payandan az olması durumunda, parselasyon planı sırasında düzenleme ortaklık payına tamamlayan fark kadar düzenleme ortaklık payı kesintisi yapılır".

<sup>155</sup> Binaların komşu parsellerdeki yapılara bitişik olduğu yapı düzeni biçimidir. Genç, s. 160; Çelik, s. 594.

<sup>156</sup> Komşu parsellerinde yer alan hiçbir yapıya bitişik olmayan, yapıların münferid olarak öngörüldüğü yapı düzeni biçimidir. Genç, s. 159; Çelik, s. 594.

<sup>157</sup> İmar planı ya da imar mevzuatında cephe uzunluğu, derinliği ve yüksekliği tespit edilmiş tek yapı kitlesinin bir ya da daha fazla parsel üzerine oturtulduğu bahçeli yapı düzeni biçimidir. Genç, s. 159; Çelik, s. 594.

Yönetmeliği'nin 7/10. maddesinde “Yapı nizamı veya kullanım kararı birbirinden farklı parseller ve farklı yollardan cephe alan ara parseller ile imar planında ifraz hattıyla birbirinden ayrılan parseller tevhit edilemez” ifadele-riyle hükme bağlanmıştır.

### 9. Yapı Estetiği ve Sokak Silüetini Bozacak Şekilde İfraz ve Tevhit İşlemi Yapılamaz

Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nin 7/2. maddesine göre “Bir imar adasında, mevzuatına uygun binalar dikkate alınarak ve yeni inşa edilecek binaların şematik konumu çizilerek ada bazında etüt yapıp, ada içindeki parsel dağılımının yapıların estetiği ve sokak silüetini bozmayacak şekilde olduğu ortaya konulmadan, ifraz ve tevhit işlemi yapılamaz”. Bu nedenle yapılacak ifraz ve tevhit işlemlerinin, imar adasında bulunan yapıların estetik görüntüsünü ve sokak silüetini bozmaması gerekir. Bu durum yapılacak çeşitli araştırma ve tetkikler neticesinde ortaya konulmadan ifraz ve tevhit işlemlerinin onaylanmaması gerekir.

İmar mevzuatımızda kent estetiğini sağlamak amacıyla getirilmiş birtakım düzenlemeler bulunmaktadır.<sup>158</sup> Bunlardan bir kısmı idarenin kolluk faaliyeti kapsamında yasaklama ve izin gibi usuller öngörmektedir.<sup>159</sup> Yapı estetiği ve sokak silüetini bozacak şekilde ifraz ve tevhit yapılamayacağına dair öngörülen şart da kent estetiğini koruma amaçlı idari kolluk faaliyetine örnek olarak zikredilebilir.

### B. PLANSIZ ALANLARDA

İmar planı bulunan alanlarda yapılacak ifraz ve tevhit işlemleri temel olarak Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği ile düzenlenmişken; imar planı bulunmayan alanlarda yapılacak ifraz ve tevhit işlemleri ise temel olarak Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği<sup>160</sup> ile düzenlenmiş-

<sup>158</sup> Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Selman Sacit Boz/Yücel Özdemir/Mehmet Nacak/Mustafa Oğuzhan Bölükbaşı/Hasan Burak Öndin/Sümeyye Ulusoy, İdare Hukuku Açısından Kamu Düzeni Unsurları, Ankara, 2020, s. 213 vd.; Fethiye Nur Akkaya, Kent Estetiğini Koruma Amaçlı İdari Kolluk Faaliyeti, İstanbul, 2016, s. 20-45.

<sup>159</sup> Akkaya, s. 112-116; Boz/Özdemir/Nacak/Bölükbaşı/Öndin/Ulusoy, s. 222-231.

<sup>160</sup> RGT. 02.11.1985, RGS. 18916. “Belediye ve Mücavir Alan Sınırları İçinde ve Dışında Planı Bulunmayan Alanlarda Uygulanacak İmar Yönetmeliği” olan Yönetmelik ismi, 30/6/2001 tarih ve 24448 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan değişiklik ile değiştirilmiştir.

tir. İmar Kanunu'nun 15/7. maddesinde imar planının dışında bulunan alanlarda yönetmelikte belirlenen miktardan küçük ifrazlara izin verilmeyeceği hükme bağlanmıştır. İmar planı dışındaki alanlar, köy ve yerleşik alanı dışında ise Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği'nin 13. ve 15. maddeleri uygulama alanı bulacaktır.<sup>161</sup> Söz konusu hükümlere göre ifraz işlemi neticesinde elde edilecek parsellerin genişlikleri 20 metreden; derinlikleri ise 30 metreden küçük olamaz (m. 13). Tapu kadastro ya da tapulama haritasında yer alan ve kamuya ait bir yola cephesinin bulunması zorunludur.<sup>162</sup> Bu kapsamda parselden terk suretiyle yol oluşturulamayacağı gibi ifraz işlemi ile çıkmaz sokak da ihdas edilemez. Ayrıca çıkmaz sokağa cephesi bulunan parsellerin ifraz işlemine konu edilmesi mümkün değildir (m. 15). 15. madde hükümleri incelendiğinde planlı alanlara ilişkin düzenlenen hükümlerle büyük oranda benzerlik arz ettiği görülmektedir.

Belediye ve mücavir alan sınırları dışında imar planı bulunmayan köy ve mezraların yerleşik alanlarında yapılacak ifraz ve tevhit işlemlerine ilişkin hükümler ise Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği'nin 44. ve 45. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu alanlar yine yönetmelikte, köy ve mezralarda mevzuata uygun şekilde inşa edilen yapıların toplu olarak bir arada yer aldığı yerlerde, mevcut binaların en dışta bulunanlarının en dışlarından geçirilecek çizginin içerisinde kalan alan olarak tanımlanmıştır (m. 4/4). Bu alan ve civarının tespiti, valilikler tarafından yapılarak il idare kurulu kararı ile onaylanır (m. 43).

Köy ve mezraların yerleşik alanlarındaki ifrazlarda, yol ve çıkmaz sokaklara ilişkin şartlar aynı şekilde tekrarlınsa da parsel büyüklüklerinin farklı şekilde düzenlediği görülmektedir. Bu alanlarda parsel genişliklerinin en az 15 metre, parsel derinliklerinin ise en az 20 metre olacağı öngörülmüştür. Ayrıca ifraz işlemi neticesinde en fazla 5 parsel elde edilebileceği ve bu parsellerde tekrar ifraz işlemi yapılamayacağı da hükme bağlanmıştır.<sup>163</sup> Diğer bir ifadeyle bu alanlarda birden fazla ifraz işlemi yapılmasına cevaz verilmemiştir. Kurala ilişkin herhangi

<sup>161</sup> Koçak, s. 39; Şimşek/Hazar, s. 743.

<sup>162</sup> "Olayda, idarece yola cephesi bulunmadığı belirtilen ve davacılar tarafından aksi yönde herhangi bir bilgi veya belge sunulmayan taşınmazların...Yönetmelik hükmü uyarınca ifrazı mümkün bulunmamaktadır", D6D, T. 17.03.2010, E. 2008/3048, K. 2010/2761, www.lexpera.com, e.t. 15.10.2020.

<sup>163</sup> Şimşek/Hazar, s. 745.

bir istisnaya da yer verilmediğinden, ilk ifraz işleminin tevhit işlemi neticesinde yapılması ve bu şekilde parsel sayısının değişmemiş olması da sonucu değiştirmeyecektir.<sup>164</sup>

Belediye ve mücavir alan sınırları içinde ya da dışında yer alan yerleşme alanı (iskân dışı) alanlarda yapılacak ifraz ve tevhide ilişkin hükümler yönetmeliğin 62. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre bu alanlarda yapılacak ifraz işlemi neticesinde elde edilecek parseller, 5000 metrekareden küçük olamaz. Diğer alanlara ilişkin düzenlenen yola cephe şartı tekrar edilmiş ancak ifraz ile oluşan parselin yola cephesinin, 25 metreden küçük olamayacağı hükme bağlanmıştır. Ancak yola cephe şartından, 2510 sayılı İskân Kanunu gereğince hazırlanan Tarımsal İskân Projeleri çerçevesinde yapılaşma amacı dışındaki tarımsal amaçlı ifrazlar istisna tutulmuştur. Ayrıca tevhit işlemleri neticesinde oluşan parsellerde, asgari büyüklük (5000 metrekare) şartı aranmamaktadır.

#### IV. İFRAZ VE TEVHİT İŞLEMLERİNE İLİŞKİN MEVZUATTA ÖNGÖRÜLEN ÖZEL DURUMLAR

İfraz ve tevhit işlemlerine ilişkin genel şartlar, İmar Kanunu, Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği, Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği ve Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmelik hükümleriyle düzenlenmiştir. Ancak ifraz ve tevhit işlemlerine ilişkin özel kanunlar ile bazı durumlara ilişkin birtakım özel şartlar öngörülmüş; bazı durumların ise genel şartlardan istisna tutulacağı hükme bağlanmıştır. Söz konusu özel durumlar, imar planı ya da belediye sınırları içinde olup olmadığı önem arz etmeksizin özel kanunlarda zikredilen tüm taşınmazlar açısından uygulama kabiliyeti bulmaktadır.

<sup>164</sup> “Dosyanın incelenmesinden, İl İdare Kurulu’nun...kararı ile 58 ve 76 sayılı parsellerin tevhid edilerek...1621 sayılı parselin elde edilip, ardından da iki kısma ifraz edilerek 1622 ve 1623 sayılı parsellerin oluşturulduğu, bu kez davacı tarafından ifraz yoluyla oluşan 1622 sayılı...parselin yeniden ifrazı ile dört kısma ayrılması yolunda yapılan başvurunun, ikinci kere ifraz yapılamaz yasağı kapsamında bulunduğu nedeniyle reddi üzerine görülen davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Uyuşmazlıkta, davacı tarafından ifrazı yapılması istenilen parselin, daha önce ifraz suretiyle elde edilen parsel olması karşısında, yeniden ifrazı mümkün olmadığından, davacının isteminin reddine dair dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır”, D6D, T. 14.09.2009, E. 2007/7463, K. 2009/8344, www.lexpera.com, e.t. 15.10.2020.

## A. TARIM ARAZİLERİ

Toprak hukukunun temel amaçlarından birisi yeterli gelir sağlayan, işletme ilkelerine uygun bağımsız tarım işletmelerinin özelliklerini korumak ve bu işletmelerin verimsiz hale gelecek bir biçimde parçalanmalarının önüne geçmektir.<sup>165</sup> Bu kapsamda 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun 8. maddesine göre nitelikleri Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından belirlenmek üzere, tarım arazileri; mutlak tarım arazisi,<sup>166</sup> özel ürün arazisi,<sup>167</sup> dikili tarım arazisi<sup>168</sup> ve marjinal tarım arazisi<sup>169</sup> olarak sınıflandırmaya tabi tutulur (m. 8/1). Bakanlık, bölgelerin özelliklerine göre sınıflandırılan tarım arazilerinin asgari parsel büyüklüklerini (asgari tarım arazisi büyüklüğü) tespit eder (m. 8/2). Tespit edilecek büyüklük, özel ürün, mutlak ve marjinal tarım arazilerinde 2 hektar, dikili tarım arazilerinde 0,5 hektar, örtü altı tarımı yapılan arazilerde 0,3 hektardan küçük olmaz.<sup>170</sup> Ancak Bakanlık güncel şartlara göre büyüklükleri artırabilir.

<sup>165</sup> Kemal Erdoğan, "Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 24, S. 1, Y. 2016, s. 130; Cevdet Yavuz/Murat Topuz, "Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Miras Hukukuna İlişkin Hükümlerinde Yaptığı Değişiklikler", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 21, S. 2, Y. 2015, s. 664.

<sup>166</sup> Mutlak tarım arazileri, bitkisel üretimde; toprak özelliği itibarıyla yöre ortalamasında ürün alınabilmesini sınırlamayan, yüzey şekli itibarıyla sınırlamaları az olan ya da hiç olmayan; mevcut haliyle tarım üretiminde kullanılan ya da bu maksatla kullanıma elverişli olan arazilerini ifade etmektedir (5403 sayılı Kanun m. 3).

<sup>167</sup> Özel ürün arazileri mutlak tarım arazileri haricinde kalan, toprak ve yüzey şekli sınırlamalarından dolayı yöreye adapte olmuş bitki türlerinin hepsinin tarımının yapılmasının mümkün olmadığı ancak özel birtakım bitkilerin ya da su ürünlerinin yetiştirilebildiği arazileri ifade etmektedir (5403 sayılı Kanun m. 3).

<sup>168</sup> Dikili tarım arazileri, mutlak ve özel ürün arazileri haricinde kalan ve yöre ekolojisine uygun bir şekilde üzerinde çok yıllık ağaç, ağaççık ve çalı biçimindeki bitkilerin tarımı yapılan arazileri ifade etmektedir (5403 sayılı Kanun m. 3).

<sup>169</sup> Marjinal tarım arazileri, mutlak tarım arazileri, özel ürün arazileri ve dikili tarım arazileri dışında kalan, toprak ve yüzey şekli sınırlamalarından dolayı yalnızca üzerinde geleneksel toprak işlemeli tarımın yapıldığı arazileri ifade etmektedir (5403 sayılı Kanun m. 3).

<sup>170</sup> "Somut olayda; dava konusu taşınmazın tapuda tarla vasfında kayıtlı olup, ... yüz ölçümünde olduğu, taraflar adına paylı ve elbirliği mülkiyet hükümlerine göre kayıtlı olduğunun anlaşıldığı, bu durumda mahkemece öncelikle dava konusu taşınmazın 5403 sayılı Kanun'un yukarıda belirtilen hükümleri doğrultusunda tarımsal niteliğinin ne olduğu, (mutlak, marjinal, özel ürün, dikili tarım arazilerinden hangisi olduğu) tapu kaydındaki hissedar sayısı ve hisse oranlarına göre aynen taksimin (ifrazının) mümkün olup olmadığı...Gıda Tarım ve Hayvancılık Müdürlüğü'nden sorulması gerektiği, aynen taksimin mümkün olduğu bildirildiği takdirde bu konuda bilirkişilere ifraza ilişkin ek rapor ve kroki düzenlettirile-

Tarım arazileri Bakanlık tarafından tespit edilen asgari tarım arazisi büyüklüklerinin altında ifraz edilemez.<sup>171</sup> Nitekim tespit edilen asgari büyüklüğe ulaşan tarım arazileri, bölünemez eşya statüsü kazanır. Çay, fındık ve zeytin gibi iklim ya da toprak bakımından birtakım özel ihtiyaçları olan bitkilerin yetiştiği bölgelerde, tespit edilen asgari tarım arazisi büyüklüğünün altında parsel oluşması gerekli ise, Bakanlıktan uygun görüş alınarak asgari tarım arazisi büyüklüğünden daha küçük parseller oluşturulması mümkündür. Aynı durum tarım dışı kullanıma izin verilen alanlar için de geçerlidir. Yatırım programında yer alan kamu yatırımı projeleri dahilinde yapılan zorunlu ifrazlarda ise Bakanlık onayı alınmasına gerek bulunmamaktadır (m. 8/3).

5403 sayılı Kanun'a ekli 1 sayılı listede, bölge özellikleri dikkate alınarak il ve ilçe bazında yeter gelirli tarım arazisi büyüklükleri belirlenmiştir (m. 8/A). Bir kişinin yeter gelirli tarım arazisi büyüklüğü,

---

rek Gıda Tarım ve Hayvancılık Müdürlüğü'nün yazısı ile birlikte ilgili belediyeye gönderilerek ilgili Yönetmeliklere göre Belediye Encümenince de ifrazın mümkün olup olmadığının sorulması gerektiği, belediye encümenince de ifraz mümkün görülerek ifraz krokileri onandığı takdirde davanın kabulüne, aksi halde reddine karar verilmesi gerekirken...eksik incelemeyle yazılı şekilde kabul kararı verilmesinin isabetsiz olduğu, davalı K3 ün istinaf başvuru sebeplerinin yerinde olduğu, kanaatine varılmıştır", Samsun BAM, 6HD, T. 20.09.2017, E. 2017/1958, K. 2017/1890; "5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda toprağın korunması, geliştirilmesi, tarım arazilerinin sınıflandırılması, asgari tarımsal arazi ve yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerinin belirlenmesi ve bölünmelerinin önlenmesi, tarımsal arazi ve yeter gelirli tarımsal arazilerin çevre öncelikli sürdürülebilir kalkınma ilkesine uygun olarak planlı kullanımını sağlayacak usul ve esasları belirlemek amacıyla yeniden bazı düzenlemeler yapılmıştır. Bu durumda mahkemece öncelikle dava konusu taşınmazın 5403 sayılı Kanunun yukarıda belirtilen hükümleri doğrultusunda aynen taksim (ifrazının) mümkün olup olmadığı...Gıda Tarım ve Hayvancılık Müdürlüğü'nden sorulmalıdır. Aynen taksim mümkün olduğu bildirildiği takdirde bu konuda bilirkişilere ifraza ilişkin ek rapor ve kroki düzenletirilerek Gıda Tarım ve Hayvancılık Müdürlüğü'nün yazısı ile birlikte ilgili belediyeye gönderilerek ilgili Yönetmeliklere göre Belediye Encümenince de ifrazın mümkün olup olmadığı sorulmalıdır. Belediye Encümenince de ifraz mümkün görülerek ifraz krokileri onandığı takdirde davanın kabulüne, aksi halde reddine karar verilmelidir", Y14HD, T. 14.04.2015, E. 2015/5238, K. 2015/4052, www.lexpera.com, e.t. 15.10.2020.

<sup>171</sup> "Dava konusu taşınmazın tapu kaydının incelenmesinde tarla vasıflı olup 39.600,00 m2 yüzölçümünde olduğu, beyanlar hanesinde herhangi bir şerhin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Gereççeli kararda dava konusu taşınmazın 5403 sayılı Kanun'un 8. maddesinde 6537 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonucu davalılara satışı vaat edilen yerlerin ifrazının mümkün olmadığı gerekçesiyle davanın reddinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır", Y14HD, T. 08.04.2016, E. 2015/12479, K. 2016/4241, www.lexpera.com, e.t. 15.10.2020.



ekonomik bütünlük arz eden tarım arazileri toplanarak bulunur. Aynı ilçe sınırları dahilindeki tarım arazilerinin arasındaki mesafe kuş uçuşu 10 kilometreden az ve örtü altı tarım arazilerinde 1 dekar, dikili tarım arazilerinde 5 dekar, sulu ve kuru tarım arazilerinde 10 dekar ve üzerinde ise bu araziler arasında ekonomik bütünlük bulunduğu kabul edilmektedir.<sup>172</sup> Bu miktarların altında olan tarım arazileri ekonomik bütünlük oluşturmaz. Tarım arazilerinin, söz konusu listedeki büyüklüklerin altında ifraz edilmesi mümkün değildir. Düzenlenen bu şartın tarım hukuku açısından vazgeçilmez bir nitelik arz ettiği ifade edilebilir.<sup>173</sup>

5403 sayılı Kanun'un 8/3 ve 8/A maddelerinde iki farklı büyüklükten bahsedildiği görülmektedir. 8/3. maddede asgari tarım arazisi büyüklüğünden, 8/A'da ise yeter gelirli tarım arazisi büyüklüğünden söz edilmektedir. Örneğin Konya ilinin Selçuklu ilçesi için dikili tarım arazilerinde yeter gelirli tarım arazisi büyüklüğü 10 dekar (10000 metrekare) olarak belirlenmiştir. 8/3. madde de ise asgari tarım arazisi büyüklüğü dikili tarım arazileri için 0,5 hektarın (5000 metrekare) altında belirlenemeyeceği zikredilmektedir. Kanun'da iki büyüklüğün altında da ifraz işlemi yapılmasının mümkün olmadığı hükme bağlanmaktadır. Bu durumda hangi büyüklüğün dikkate alınması gerektiği hususunda uygulamada tereddüt yaşanabilir ya da iki kanun hükmü arasında bir çelişki olup olmadığı yönünde bir soru gündeme gelebilir.<sup>174</sup>

Kanun hükümleri dikkatli bir şekilde incelendiğinde iki hüküm arasında çelişki bulunmadığı görülmektedir. Zira 8/3. maddede Bakanlıkça yapılacak bir belirlemeden bahsedilmekte ve bu belirlemelerin birtakım arazi büyüklüklerinin altında olamayacağı hüküm altına alınmaktadır. Başka bir ifadeyle söz konusu hüküm Bakanlığa yönelik düzenlenmiş bir hükümdür.

8/A. maddede ise kanuna ekli bir listeden bahsedilmekte ve söz konusu listede yer alan değerlerin altında ifraz işlemi yapılamayacağı hükme bağlanmaktadır. Bu durumda netice itibarıyla ifraz işlemlerin-

<sup>172</sup> Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı Tarım Reformu Genel Müdürlüğü'nün 03.11.2017 tarih ve 58776518-010.07.01-E.2768754 sayılı Tarım Arazilerinde Mülkiyet Devrine İlişkin Uygulama Talimatı, [www.mersin.tarimorman.gov.tr](http://www.mersin.tarimorman.gov.tr), e.t. 12.10.2020.

<sup>173</sup> Fikret Eren/Veysel Başpınar, *Toprak Hukuku*, 4. Baskı, Ankara, 2014, s. 168.

<sup>174</sup> Koçak, s. 58.

de dikkate alınması gereken değerler, Kanun'a ekli listede yer alan değerlerdir. 8/3'te zikredilen değerler, 8/A'da ifade edilen listede tespit edilen değerlere taban sınır oluşturmaktadır.<sup>175</sup> Diğer bir ifadeyle yeter gelirli tarım arazisi büyüklüğü, asgari tarım arazisi büyüklüğünün altında olamaz. Büyük ya da en azından eşit olmak durumundadır.<sup>176</sup> Nitekim liste incelendiğinde listede yer alan değerlerin, asgari tarım arazisi büyüklüklerinin üzerinde olduğu görülmektedir. Yine aynı örnek üzerinden izah edilecek olursa, 8/3. madde de ise asgari tarım arazisi büyüklüğü dikili tarım arazileri için 0,5 hektarın (5 000 metrekare) altında belirlenemeyeceği hükme bağlanmıştır; 1 sayılı listede Konya ilinin Selçuklu ilçesi için dikili tarım arazilerinde yeter gelirli tarım arazisi büyüklüğü 10 dekar (10 000 metrekare) olarak belirlenmiştir.

Bu konuda dikkat çeken husus, asgari tarım arazisi büyüklüklerini artırma yetkisinin Bakanlığa ait olmasıdır. Zira asgari tarım arazisi büyüklüğünü artırma yetkisi Bakanlığa verilmişken, yeter gelirli tarım arazisi büyüklüklerine ilişkin listede değişiklik yapma yetkisi Cumhurbaşkanına aittir. Kanun'da, açık bir şekilde listede, Cumhurbaşkanı kararı ile değişiklik yapılabileceği hükme bağlanmıştır (m. 8/A). Bu durumda kanun hükmü ile Cumhurbaşkanı'nın, Bakanlığın belirlediği değerlerle bağlı kılınması hiyerarşi açısından sorun arz ettiği ifade edilebilir.

Son olarak kanunda belirtilen şartlar, ifraz işlemleri açısından öngörülmüştür. Tevhit işlemi için yukarıda zikredilen sınırlamalar uygulama alanı bulmayacaktır. Zira söz konusu madde hükmünün ve kanunun genel amacı, tarım arazilerinin bölünmesinin önüne geçerek tarımsal verimlilik açısından ülke geleceğinin korunmasıdır.<sup>177</sup> Tevhit işlemleri için asgari büyüklük şartı aranması, kanun ve madde hükmünün sözüne ve temel mantığına aykırı olacaktır.

<sup>175</sup> Erdoğan, s. 145; Koçak, s. 59.

<sup>176</sup> Ş. Burak Özçelik, "5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda 6537 sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. XIX, S. 1, Y. 2015, s. 90; Koçak, s. 59.

<sup>177</sup> Alper Uyumaz/Onur İlhan, "Tarımsal Arazilerde Mülkiyetin Devri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 24, S. 2, Y. 2018, s. 862; "Yasanın amacı tarım arazilerinin çok küçük parçalara bölünerek ülke tarımının zarar görmesini engellemeye yöneliktir. Emredici hükümler içerdiği ve ülkenin geleceğine yönelik düzenlemeler taşıdığı için bu yasa hükümleri kamu düzenine ilişkin bulunmaktadır", Y12HD, T. 24.06.2013, E. 2013/17607, K. 2013/23570, www.lexpera.com, e.t. 15.10.2020.

## B. HAZİNEYE AİT TAŞINMAZLAR

4706 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 7. maddesinde, hazineye ait taşınmazların değerlendirilmesine dair yapılacak ifraz, tevhit, tescil ve tespit işlemleri, *"imar mevzuatındaki kısıtlamalara tâbi olmaksızın ve herhangi bir ücret, bedel ve gider karşılığı talep edilmeksizin ilgili kuruluşlarca talebi izleyen iki ay içinde yerine getirilir"* hükmüne yer verilmişti. Ancak Anayasa Mahkemesi söz konusu hükümdeki *"imar mevzuatındaki kısıtlamalara tâbi olmaksızın"* ibaresini, Anayasa'nın 5. ve 56. maddelerine aykırı bularak iptaline karar vermiştir.<sup>178</sup>

Ancak 4706 sayılı Kanun'a, 6645 sayılı Kanun'un<sup>179</sup> 29. maddesiyle eklenen geçici 18. maddenin son fıkrası ile *"Bu Kanuna göre yapılacak ifrazlarda, 3194 sayılı İmar Kanunu ve Uygulama Yönetmelikleri hükümleri uygulanmaz"* hükmü getirilmiştir. Somut durumda 4706 sayılı Kanun kapsamında yapılacak ifraz işlemlerinde, 3194 sayılı İmar Kanunu ve uygulama yönetmelikleri uygulama alanı bulamayacaktır. Dolayısıyla bu işlemler, ifraz şartlarına tabi olmayacaktır. 4706 sayılı Kanun'un uygulanmasına yönelik işlemlerden, tapu harcı, damga vergisi ve döner sermaye ücreti de dahil olmak üzere hiçbir ücret ya da bedel alınmayacaktır. Ayrıca bu kapsamda yapılacak işlemlere dair gerekli haritalar, kadastro müdürlükleri tarafından yapılacaktır.<sup>180</sup>

## C. KORUNMASI GEREKLİ TAŞINMAZ KÜLTÜR VARLIKLARI

2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 18/7. maddesine göre *"Korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı parselle-*

<sup>178</sup> "İtiraz konusu kuralda yer alan 'imar mevzuatındaki kısıtlamalara tâbi olmaksızın' ibaresi, Hazine'ye ait taşınmazların ifraz, tevhit ve tescil işlemlerinin imar mevzuatındaki kısıtlamaların dışına çıkarılması sonucunu doğurmakta ve İmar Kanunu ile konuya ilişkin yönetmeliklerde öngörülen kurallara aykırı da olsa Maliye Bakanlığı'nın bu yöndeki taleplerinin ilgili idarelerce yerine getirilmesini zorunlu kılmaktadır. Söz konusu işlemlerin yapılabilmesi için imar mevzuatına uygun olma koşulunun ortadan kalkması ve bu uygunluğun idari kurullarca denetiminin olanaksız kılınması ise imar hukukunda denetimsiz bir alan oluşturmakta, bu da Devletin bu konudaki gözetim ve denetim görevini yerine getirmesine engel olmaktadır", AYM, T. 20.01.2011, E. 2009/13, K. 2011/23, RGT. 02.04.2011, RGS. 27893.

<sup>179</sup> RGT. 29.04.2015, RGS. 29335.

<sup>180</sup> Koçak, s. 64.

*ri, taşınmaz kültür varlıklarının mahiyetine tesir edecek şekil ve surette ayrılmaz ve birleştirilemez".* Korunması gerekli kültür ve tabiat varlıklarının korunma alanlarının tespiti ile bu alanlar içinde inşaat ve tesisat yapılması hususunda karar alma yetkisi koruma kurullarına verilmiştir (m. 8). Korunması Gerekli Taşınmaz Kültür Varlıklarının Yapı Esasları ve Denetimine Dair Yönetmelik'in 11. maddesinde ise taşınmaz kültür varlığı parsellerinde, taşınmaz kültür varlıklarının mahiyetlerini etkilemeyecek şekilde ifraz ve tevhit işlemlerine izin vermeye koruma bölge kurulları yetkili kılınmıştır.<sup>181</sup> Görüldüğü üzere taşınmaz kültür varlıklarına ilişkin ifraz ve tevhit işlemlerinde genel kurallardan ayrı olarak kültür varlığının mahiyetinin değişmemesine özel önem verilmiştir.<sup>182</sup>

Koruma alanlarında bulunan taşınmazlara ilişkin ifraz taleplerinin temel nedenlerinden birisi, taşınmaz kültür varlığının yalnızca parselin bir bölümünde yer almasından dolayı ifraz işlemi ile kültür varlığının bulunmadığı kısmın, kültür varlıkları hukukundaki kısıtlamalardan kurtarma isteğidir.<sup>183</sup> Bu gibi durumlarda da koruma bölge kurulu, taşınmazın ifraz işlemi neticesinde ayrılacak kısmının, kültür varlığını etkilemeyeceği yönünde karar alarak işleme izin vermesi gerekecektir. Kültür varlığı taşınmazın bir bölümünde değil de tamamına yaygın ise izin üzerine ifraz işlemi gerçekleştirilse dahi ayrılan parçaların tamamının koruma rejimine tabi olacağı açıktır.<sup>184</sup>

Tevhit işlemine konu edilen parsellerden birisi sit alanında, diğeri sit alanında değilse, tevhit işlemi neticesinde iki parsel tek parsel haline gelip sit alanı kapsamına girmiş olur. Diğer bir ifadeyle sit alanında olan parsel, diğer parseli sirayet ederek etkisi altına alır.<sup>185</sup>

### Ç. ÖZEL ORMANLAR

6831 sayılı Orman Kanunu'nun 1. maddesine göre doğal olarak veya emek neticesinde yetişen ağaç ve ağaççık toplulukları, buldukları yerler ile birlikte orman kabul edilir. Ancak orman sınırları dışında

<sup>181</sup> İstanbul BİM, 5. İDD, T. 22.11.2017, E. 2017/1070, K. 2017/1715; D6D, T. 25.05.2015, E. 2014/1767, K. 2015/3411, www.lexpera.com, e.t. 08.10.2020.

<sup>182</sup> Hasan Gök, Koruma Alanlarındaki İmar Uygulamaları, İstanbul, 2017, s. 207.

<sup>183</sup> Gök, s. 207-208.

<sup>184</sup> Gök, s. 208.

<sup>185</sup> Oğuz Sancakdar, Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku (Teorik ve Uygulamalı Bir Yaklaşım), 2. Baskı, Ankara, 2012, s. 345.

kalan yüzölçümü 3 hektar ya da daha az olan her türlü ağaç ya da ağaççıkla örtülü yerler orman sayılmaz (m. 1/G). Ormanlar mülkiyet ve idare açısından devlet ormanları, kamu tüzel kişilerine ait ormanlar ve özel ormanlar olmak üzere üçe ayrılır (m. 4).

Orman Kanunu'nun 52/1. maddesine göre ise özel ormanlar, 500 hektardan (5.000.000 metrekareden) küçük parçalar oluşturacak biçimde parçalara ayrılamaz. Bu şekilde başkalarına temlik edilemeyeceği gibi mirasçılar arasında da paylaşırılamaz. Ancak ekim ve dikim yoluyla meydana getirilen özel ormanlar bu kuraldan istisnadır. Diğer bir ifadeyle ekim ve dikim yoluyla meydana getirilen özel ormanların dışındaki özel ormanlarda, ifraz işlemi neticesinde oluşacak parseller, 500 hektardan küçük olamaz. Ekim ve dikim yoluyla meydana getirilen özel ormanlarda ise, ifraz işlemi neticesinde oluşacak parseller, 3 hektardan fazla olmalıdır. Nitekim Orman Kanunu'nun 1/G maddesine göre yüzölçümü 3 hektarı aşmayan alanlar orman olarak kabul edilmemektedir.<sup>186</sup>

#### **D. ÖZELLEŞTİRME PROGRAMINA ALINAN KURULUŞLARA AİT TAŞINMAZLAR**

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 19/C. maddesine göre özelleştirme programına alınmış olan kuruluşlara ait taşınmazların ifrazına dair çıkacak sorunlar, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın görüşü üzerine Maliye Bakanlığı tarafından çözümlenir. Özelleştirme programına alınan kuruluşlara ait devredilmesi gereken taşınmaz malların ifraz işlemlerinde, İmar Kanunundaki kısıtlamalar uygulanmaz.

Yine aynı Kanun'un 19/D. maddesine göre, özelleştirme programına alınan kuruluşlardan, anonim şirket statüsünde olanların sermayelerindeki kamu payı % 50 oranının altına düşüncüye, diğerlerinde ise özelleştirme uygulamaları sonucu devir tarihine kadar bu kuruluşlara ait taşınmazların ifraz ve tevhidine dair yapılacak işlemler, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından yapılır. Bu kapsamdaki taşınmazlara ilişkin yapılacak ifraz ve tevhit işlemlerinde İmar Kanunu'nun 15. ve 16. maddeleri uygulanmaz.

<sup>186</sup> Koçak, s. 67.

Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'na çeşitli imar uygulamaları yapma yetkilerinin verilmesi ve bu işlemler açısından İmar Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağına belirtilmesi, söz konusu hükümler ile özelleştirme neticesinde en yüksek gelirin elde edilmesinin amaçlandığı göstermektedir.

### E. TAŞ KÖMÜRÜ HAVZASINDAKİ TAŞINMAZLAR

Havza-i Fahmiye olarak da ifade edilen taşkömürü havzasının sınırları, 17 Ocak 1326 (1910) tarih ve 289 sayılı Tezkere-i Samiyye (Başbakanlık Tezkeresi) ile tespit edilmiştir. Söz konusu sınırlar, daha sonra 1958 tarihinde Bakanlar Kurulu Kararı ile genişletilmiş ve 1949 ila 1958 yılları arasında kadastro çalışmaları tamamlanmıştır.<sup>187</sup> Belirlenen bu sınırlar içerisinde kalan taşınmaz mallar, kadastro çalışmaları neticesinde büyük yüzölçümlü parseller halinde Hazine adına tescil edilmiştir.<sup>188</sup>

Söz konusu (Tezkere-i Samiyye ile belirlenen) alanda, kazandırıcı zamanaşımı ve zilyetlik yoluyla taşınmaz mal edinilmesi, anılan tezkere nedeniyle, 05.06.1986 tarih ve 3303 sayılı Taşkömürü Havzasındaki Taşınmaz Malların İktisabına Dair Kanun'un çıkarılmasına kadar mümkün olmamıştır. 3303 sayılı Kanun ile yasak kaldırılmış ve havzada yer alan hazine adına tescil edilmiş arazilerin hak sahiplerine bedeli karşılığında devredilebilmesinin önü açılmıştır.<sup>189</sup> Daha sonrasında uygulamada yaşanan sorunlar nedeniyle, 1999 yılında 4479 sayılı Kanun, 2015 yılında 6637 sayılı Kanun ve 2018 yılında 7144 sayılı Kanun ile 3303 sayılı Kanun'da çeşitli değişiklikler yapılmıştır.

3303 sayılı Taşkömürü Havzasındaki Taşınmaz Malların İktisabı Hakkında Kanun'un 4479 sayılı Kanun'un<sup>190</sup> 1. maddesiyle eklenen ek 1. maddesine göre bu kapsamda yapılacak ifraz işlemlerinde, İmar Kanunu ve uygulama yönetmelik hükümleri uygulanmayacaktır. Ay-

<sup>187</sup> 6637 sayılı Kanun Gerekçesi, <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=179719&pkanunnumarasi=6637>, e.t. 15.10.2020.

<sup>188</sup> Ziya Uğur, "244 Sıra Nolu Millî Emlâk Genel Tebliği", [www.mgc.com.tr/244-sira-nolu-mill-i-emplak-genel-tebliği](http://www.mgc.com.tr/244-sira-nolu-mill-i-emplak-genel-tebliği), e.t. 15.10.2020.

<sup>189</sup> 6637 sayılı Kanun Gerekçesi, <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=179719&pkanunnumarasi=6637>; TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 21, C. 16, Yasama Yılı 2, 18. Birleşim, T. 11.11.1999, e.t. 15.10.2020.

<sup>190</sup> RGT. 14.11.1999, RGS. 23876.

rıca ifraz işlemlerinde fiili durum dikkate alınacak ve masraflar hak sahipleri tarafından karşılanacaktır. Söz konusu hükmün, bu alanlarda yapılacak işlemleri ve mülkiyet hakkına ilişkin çıkan problemlerin çözümünü kolaylaştırmak amacıyla getirilmiş olduğu ifade edilebilir.

## F. ARAZİ TOPLULAŞTIRMASI YAPILAN ALANLARDAKİ TAŞINMAZLAR

Yöresel özelliklere göre değişkenlik arz etmekle birlikte kuru tarım koşullarında bir çiftçi ailesinin geçimini sağlayabilecek tarım arazi büyüklüğünün, genel olarak 100 dekar olduğu ifade edilmektedir. Bu miktar, Konya ili için 253 dekar, Adana ili için 116 dekar, Amasya ili için ise 156 dekar olarak verilmektedir.<sup>191</sup>

Yeterli büyüklüğe haiz olmayan düzensiz ve parçalı yapıdaki arazilerde tarla sınırı, yol ve su arkları için ayrılan alanlar, oran itibariyle fazla olacağından dolayı arazi kaybı artmaktadır. Bu tip arazilerde çalışmanın zor ve işçilik giderlerinin yüksek olmasından dolayı verim düşmektedir<sup>192</sup>. Bu kapsamda arazi toplulaştırması, dağınık ve yeterli büyüklüğe haiz olmayan tarım arazilerinin, ekonomik ve ekolojik açıdan en elverişli işletme şekli ve büyüklüğüne ulaştırılması amacıyla yapılmaktadır<sup>193</sup>. Toplulaştırma hususu, iki farklı kanunda düzenlenmiştir. Bunlardan birisi 3803 sayılı Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanunu (m. 6) iken, diğeri 6200 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü'nce Yürütülecek Hizmetler Hakkında Kanun'dur (Ek m. 9). İki kanun kapsamında yapılacak toplulaştırma süreçleri arasında birtakım farklılıklar bulunmaktadır.<sup>194</sup> Konumuz

<sup>191</sup> E. Işıl Demirtaş/Mustafa Sarı, "Arazi Toplulaştırması", *Derim Dergisi*, C. 20, S. 1, Y. 2003, s. 51; Uyumaz/İlhan, s. 863.

<sup>192</sup> Gürsel Küsek, "Arazi Toplulaştırmasının Arazi Parçalılığı ve İşletme Ölçeğine Etkileri: Konya-Ereğli-Kuskuncuk Köyü Örneği", *Çukurova Üniversitesi Ziraat Fakültesi Dergisi*, C. 29, S. 2, Y. 2014, s. 17-18.

<sup>193</sup> Demirtaş/Sarı, s. 49; "3083 sayılı Kanun uyarınca uygulama alanı belirlenen yerlerde, Kanun'da öngörülen toprağın verimli şekilde işletilmesini sağlama, ekonomik üretime imkan vermeyecek şekilde parçalanmış tarım topraklarının gerektiğinde ve imkanlar ölçüsünde genişletilmesi suretiyle de toplulaştırılmasını, tarım arazisinin ailenin geçimini sağlamaya ve aile iş gücünü değerlendirmeye yeterli olmayacak derecede parçalanmasını ve küçülmesini önleme amaçlarıyla arazi toplulaştırması yapılabilmektedir", D17D, T. 28.04.2016, E. 2015/8021, K. 2016/3403; D17D, T. 28.04.2016, E. 2015/8013, K. 2016/3402, www.lexpera.com, e.t. 15.10.2020.

<sup>194</sup> Karşılaştırma için bkz. Uyumaz/İlhan, s. 889 vd.

açısından 3803 sayılı Kanun önem arz etmektedir. Zira kanunda ifraz işlemine yönelik önemli sınırlamalar öngörülmüştür.

3803 sayılı Kanun kapsamındaki toplulaştırma sürecinde, Cumhurbaşkanlığı tarafından<sup>195</sup> uygulama yapılacak alanının tespiti ile birlikte o uygulama alanındaki parsellerin dağıtımına esas olacak, “toprak dağıtım normu” da belirlenmektedir. Toprak dağıtım normu tespitinde beş kişilik bir çiftçi ailesinin geçimini sağlayacak miktar esas alınır.<sup>196</sup> Bu miktar, her il ve ilçenin arazi durumu ve ekolojik özelliğine göre değişiklik arz etmekle birlikte her arazi türü için de farklı belirlenmektedir.<sup>197</sup>

Örneğin Afyonkarahisar ilinin Çay ilçesi için toprak dağıtım normu, kuru tarım arazisi için 180 dekar, sulu tarım arazisi için 80 dekar, dikili tarım arazisi için 10 dekar, örtüaltı tarım arazisi için ise 3 dekar olarak belirlenmiştir. Ancak yine aynı ilin Dinar ilçesi için ise bu miktarın, kuru tarım arazisi için 200 dekar, sulu tarım arazisi için 60 dekar olarak belirlendiği görülmektedir.<sup>198</sup>

3803 sayılı Kanun’un 6. maddesine göre “*Toplulaştırma sonunda dağıtılan veya sahibine bırakılan tarım arazisi malikleri adına, geriye kalan arazi ise Hazine adına uygulayıcı kuruluşun talebi ile tapuya tescil edilir. Malikleri adına tescil edilen arazi bu Kanun hükümleri dışında o bölge için tespit edilen dağıtım normundan daha küçük parçalara rızaen veya hükmen taksim edilemez ve ifraz işlemlerine konu olamaz. Bu husus tapu siciline şerh edilir*”.<sup>199</sup> Aynı Kanun’un 11. maddesine göre ise “*Bu Kanuna göre dağı-*

<sup>195</sup> Söz konusu tespit yetkisi daha önce Bakanlar Kurulu’ndayken, 02.7.2018 tarih ve 698 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 39. maddesiyle yapılan değişiklik sonrası, yetki Cumhurbaşkanlığı’na verilmiştir.

<sup>196</sup> Eren/Başpınar, s. 168.

<sup>197</sup> Yücel Keşli, “3803 Sayılı Kanun Kapsamında Çiftçileri Topraklandırma Çalışmaları”, *Ziraat Mühendisliği Dergisi*, Y. 2010, S. 354, s. 29.

<sup>198</sup> 2018/11835 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, RGT. 18.06.2018, RGS. 30460.

<sup>199</sup> “3803 sayılı Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanunu...6. maddesinde, malikleri adına tescil edilen arazinin bu Kanun hükümleri dışında o bölge için tespit edilen dağıtım normundan daha küçük parçalara rızaen veya hükmen taksim edilemeyeceği ve ifraz işlemlerine konu olamayacağı, bu hususun tapu siciline şerh edileceği, emredici bir biçimde belirtilmiştir. Kişilerin rızasıyla da mahkeme kararıyla da taksim edilemeyecek bir tarım arazisinin bölünmesi hukuka aykırıdır. ...Kanunu’na göre “Uygulama Alanı” olarak ilan edilen yerlerde, Gıda Tarım ve Hayvancılık İl Müdürlüğü tarafından, tarım arazilerini gözetleme ve takip etme amacıyla kanundan kaynaklanan hak ve yetkilerin kullanılması, görev ve sorumlulukların yerine getirilmesini teminen taşın-



*tilan topraklar bölünemez*". Diğer bir ifadeyle bir parsel, 3803 sayılı Kanun kapsamında yapılan bir toplulaştırma sonucunda oluşmuşsa, o parsel için belirlenen dağıtım normundan küçük parçalara bölünmesi mümkün değildir.<sup>200</sup> Zira toplulaştırma neticesinde oluşan parsellerin tekrar parçalanması halinde, yürütülen çalışmalar için harcanan emek ve zamanın bir anlamı kalmayacaktır.<sup>201</sup> Bu durumun kanunun amacıyla da çelişeceği aşıkardır.

6200 sayılı Kanun kapsamında yapılan toplulaştırmalarda ise toprak dağıtım normu tespiti yapılmamaktadır. Ancak bu şekilde oluşan parsellerde yapılacak ifrazlara ilişkin 6200 sayılı Kanun'da hüküm bulunmasa da 5403 sayılı Kanun'a ekli 1 sayılı listede yer alan yeter gelirli tarım arazisi büyüklüklerinin dikkate alınması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle söz konusu alanlar da tarım arazisi olduğundan dolayı yeter gelirli tarım arazisi büyüklüğünün altında ifraz edilmesi mümkün olmayacaktır.

Ayrıca 6200 sayılı Kanun'un ek 9/14. maddesine göre arazi toplulaştırmasına ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından, toplulaştırma işlemlerinin neticelenmesine kadarki süreçte, mülkiyet ve zilyetliğe ilişkin işlemler Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü'nün ve proje idaresinin iznine tabidir. Arazi Toplulaştırması ve Tarla İçi Geliştirme Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği'nin<sup>202</sup> 8/1. maddesine göre toplulaştırma sahası ilan edilen alanlarda bulunan parsellerin tapu sayfalarında belirtme yapılmasının ardından toplulaştırma işlemleri neticelenip tapuya tescil işlemleri tamamlanıncaya

---

mazın tapu kayıtlarına şerh konulmaktadır. Bölünme her ne şekilde gerçekleşirse gerçekleşsin, tarım arazilerinde paydaş sayısının arttırılmamasını sağlamak, İdarenin, Kanun'dan kaynaklanan vazifesidir. 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun...8. maddesi ile tarım arazileri; doğal özellikleri ve ülke tarımındaki önemine göre, nitelikleri mutlak tarım arazileri, özel ürün arazileri, dikili tarım arazileri ve marjinal tarım arazileri olarak sınıflandırılmış, parsel büyüklüklerinin belirli miktarların altında ifraz edilemeyeceği, bölünemeyeceği veya küçük parsellere ayrılamayacağı, mirasa konu olmaları ve üzerlerinde her ne şekilde gerçekleşmiş olursa olsun birlikte mülkiyetin mevcut olması durumunda, ifraz edilemeyeceği, payların üçüncü şahıslara satılamayacağı, devredilemeyeceği veya rehnedilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Bu husus kamu düzenine ilişkin olup, kamu düzeninin söz konusu olduğu hallerde kazanılmış haktan söz edilemez", Ankara BAM, 17. HD, T. 03.10.2018, E. 2018/1347, K. 2018/1086, www.lexpera.com, e.t. 15.10.2020.

<sup>200</sup> Koçak, s. 69.

<sup>201</sup> Demirtaş/Sarı, s. 54.

<sup>202</sup> RGT. 07.02.2019, RGS. 30679.

kadar, toplulaştırma alanındaki taşınmazlar üzerindeki tescilsiz iktisap halleri dışında malik veya hak sahiplerinin talebine bağlı bütün devir, temlik, ipotek ve satış vaadi, ifraz ve taksim, aynı ve şahsi haklar ile belirtme işlemleri Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü'nün ya da proje idaresinin iznine tabidir. Söz konusu düzenlemelere göre zikredilen süreçte yapılacak işlemler için Devlet Su İşleri ve proje idaresinin izninin alınması gerekecektir. Zira Kanun hükmünde izin mercileri hususunda “ve” bağlacı kullanılmasına rağmen Yönetmelik hükmünde iki birim arasında “veya” bağlacının kullanıldığı görülmektedir. Bu noktada yönetmelik hükmüyle Kanun'un amir hükmü çelişmektedir. İdarenin dayanak kanun hükmüne aykırı bir düzenleyici işlemi ihmal etmesi kabul edilemeyeceği<sup>203</sup> için uygulamada yönetmelik hükmünün cari olacağı ifade edilebilir.

### G. ÜZERİNDE SINIRLI AYNI HAK YA DA ŞERH EDİLMİŞ KİŞİSEL HAK BULUNAN TAŞINMAZLAR

Tapu Sicil Tüzüğü'nün 66/2. maddesine göre tevhit işlemine konu edilecek taşınmazların üzerinde rehin ve irtifak hakkı gibi sınırlı aynı haklar ile şerh edilmiş kişisel hakların bulunması durumunda hak sahibi kişilerin tamamının muvafakatinin alınması gerekir.<sup>204</sup>

Ayrıca 6183 sayılı Amme Alacakları Tahsili Usulü Hakkında Kanun'un 73. maddesine göre üzerinde kamu haczi bulunan mallarda, alacaklı kamu idaresinin muvafakati olmadan tasarrufta bulunulması mümkün değildir. Hüküm tevhit işlemi açısından yorumlanacak olursa, üzerinde kamu haczi bulunan bir taşınmazın tevhit işlemine konu edilebilmesi için, alacaklı kamu idaresinin onayı gerektiği sonucuna varılmaktadır.<sup>205</sup>

## V. İFRAZ VE TEVHİT İŞLEMİNİN UNSURLARI

### A. YETKİ

İmar Kanunu'nun 16. maddesine göre belediye ve mücavir alan sınırları dahilindeki taşınmazlarda yapılacak re'sen ya da talep üzerine ifraz ve tevhit işlemleri ve bu işlemlerin mevzuat hükümlerine

<sup>203</sup> Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 24.

<sup>204</sup> Kalabalık, s. 402.

<sup>205</sup> Koçak, s. 258; Kalabalık, s. 402-403.

uygunluğu belediye encümenleri ya da il idare kurulları tarafından onaylanır.

İmar Kanunu'nun 16. maddesi hükmünde belediye ve mücavir alan sınırları içerisindeki işlemlerden bahsedilmiş ancak bu sınırlar haricindeki yerlerden bahsedilmemiştir. Kanun metninde onay mercilerine ilişkin "belediye encümenleri veya il idare kurulları" ifadesi kullanıldığı görülmektedir. Bu nedenle belediye ve mücavir alan sınırları dışında ifraz ve tevhit işlemlerini onaylama yetkisinin il idare kurullarına verildiği akla gelebilir. Ancak 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 6/1-b maddesinde belediye sınırları dışında imara ilişkin hizmetlerin il özel idaresinin görev ve yetkisinde olduğu hükme bağlanmıştır.<sup>206</sup> Ayrıca yine aynı Kanun'un 70. maddesinde, 3194 sayılı İmar Kanunu hükümlerinin, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu hükümlerine aykırılık teşkil etmesi durumunda 5302 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı bildirilmiştir. İfraz ve tevhit işlemlerinin imara ilişkin bir hizmet olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır.<sup>207</sup> Bu nedenle belediye ve mücavir alan sınırları dışında ifraz ve tevhit işlemlerini onaylama yetkisi il özel idarelerine aittir.<sup>208</sup>

Ancak 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nda ifraz ve tevhit işlemlerinin il özel idaresinin hangi organı tarafından onaylanacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Öğretide bu konuda iki farklı görüş bulunmaktadır. İlk görüşe göre her ne kadar İl Özel İdaresi Kanunu'nda il encümeninin görevleri arasında zikredilmese de söz konusu yetki, belediye ve mücavir alan sınırları içindeki uygulamaya paralel şekilde, il encümenleri tarafından kullanılmalıdır.<sup>209</sup> Uygulamada da söz konusu yetkinin il encümenleri tarafından kullanıldığı ifade edilebilir. Zira Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 2019/13 sayılı Talebe Bağlı İşlemler ile Tescile Konu Harita ve Planların Yapımı ve Kontrolü

<sup>206</sup> "Belediye ve mücavir alan dışında kalan yerlerde yapılacak imar faaliyetlerinin 5302 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden önce il idare kurulunun görev ve yetkileri arasında yer almakta iken anılan kanunun yürürlüğe girmesinden sonra il özel idaresinin görev ve yetkileri arasında yer aldığı(nın)... kabulü gerektiği açıktır", D6D, T. 22.11.2012, E. 2012/3976, K. 2012/6605, www.lexpera.com, e.t. 10.10.2020.

<sup>207</sup> Artukmaç, s. 308; Kalabalık, s. 381 vd.; Keleş/Mengi, s. 108 vd.; Tahiroğlu, s. 265; Şimşek/Hazar, s. 727 vd.; Koçak, s. 29 vd.; Çelik, s. 142 vd.; Ersoy, s. 5; Yıldız, s. 203; Türk/Ünal, s. 113.

<sup>208</sup> Kalabalık, s. 405-406; Tahiroğlu, s. 265; Şimşek/Hazar, s. 727; Koçak, s. 37.

<sup>209</sup> Kalabalık, s. 406; Şimşek/Hazar, s. 729; Koçak, s. 71.

Genelgesi'nde<sup>210</sup> ifraz ve tevhit taleplerinin yerine getirilmesinde belediye encümeni ya da il encümeni kararları aranacağı ifade edilmiştir (m. 20/B-6).

Diğer görüşe göre ise belediye ve mücavir alan dışında ifraz ve tevhit işlemlerini onaylama yetkisinin il encümenleri tarafından kullanılması mümkün değildir. Zira bu konuda il encümenine yetki veren, mevzuatta herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle İl Özel İdaresi Kanunu'nun 30/1-o maddesi uygulama alanı bulacaktır. Hükme göre kanunla il özel idaresine görev olarak verilen ancak il genel meclisi ya da il encümeninin görevine dahil olmayan konular, valinin görev ve yetkisinde kabul edildiğinden dolayı ifraz ve tevhit işlemlerinin onaylanması hususu, valinin görev ve yetkisi dahilinde olacaktır.<sup>211</sup>

Mevcut hükümler incelendiğinde gerçekten de ifraz ve tevhit işlemlerinin onaylanması konusunda il özel idaresinin yetkili olduğu ancak söz konusu yetkinin hangi organ tarafından kullanılacağına belirsiz olduğu görülmektedir. İdare hukukunda yetkisizlik kuralı, yetki ise istisnadır.<sup>212</sup> Bu nedenle yetki konusunda geniş yorum ya da kıyas yoluna başvurulması da söz konusu değildir.<sup>213</sup> Bir idari makamın bir

<sup>210</sup> T. 08.11.2019, S. 32381507-010.06.01-E. 4259490, www.tkgm.gov.tr, e.t. 02.10.2020.

<sup>211</sup> Tahiroğlu, s. 231, dn. 456.

<sup>212</sup> Gözübüyük/Tan, s. 350; Gözler/Kaplan, s. 275; Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, 12. Baskı, Ankara, 2020, s. 365; Oğuz Sancakdar/Eser Üs/Mine Kasapoğlu Turhan/Lale Burcu Önüt/Serkan Seyhan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 7. Baskı, Ankara, 2018, s. 274; Yıldızhan Yayla, İdare Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, 2010, s. 116; Hasan Nuri Yaşar, İdare Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, 2016, s. 357; Muhammed Göçgün, İdari İşlemin Konu Unsuru, İstanbul, 2017, s. 13.

<sup>213</sup> Gözler/Kaplan, s. 275; Gözübüyük/Tan, s. 350; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 365; Sancakdar/Us/Kasapoğlu Turhan/Önüt/Seyhan, s. 274; Çağlayan, s. 333; "İdare hukukunda "yetki" idareye yasalarla tanınmış olan karar alma, işlem ve eylemde bulunma gücünü ifade etmektedir. Bu yönüyle idari işlemin en temel unsurunu oluşturan "yetki", yasayla hangi makama verilmiş ise, bu yetki kapsamındaki idari işlemlerin, Anayasa ve yasaların yetkili kıldığı organ, makam ve kamu görevlileri tarafından tesis edilmesi hukuki bir zorunluluktur. Bu bağlamda, "yetki" yasanın açık izni olmadan kullanılmayacağı gibi yetki konusunda geniş yorum ve kıyasen uygulama da kabul edilmez", DİDDK, T. 20.03.2014, E. 2011/2476, K. 2014/980; "Yetki kurallarının, dar ve özel anlamda kamu düzenine ilişkin hükümlerden olduğu, idari işlemlerin en önemli unsurları arasında yer aldığı, yetki unsurundaki sakatlıkların sonradan verilecek onay ya da izinle giderilemeyeceği, bu nedenle idarenin yetki kurallarına sıkı bir şekilde uymak zorunda bulunduğu ve yetki kurallarının dar yorum ve uygulama yöntemlerine bağlı tutulması gerektiği

yetkiyi kullanabilmesi için o yetkinin Anayasa, kanun ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kendisine verilmiş olması gerekir. Bu durum Anayasa'nın 6/2. ve 123/1. maddeleri ile bu çerçevede idarenin kanuniliği ilkesinin bir gereğidir.<sup>214</sup>

Yaptığımız açıklamalar ışığında, il encümeninin, ifraz ve tevhit işlemlerini onaylama yetkisini kullanmasının mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Bu durumda İl Özel İdaresi Kanunu'nun 30/1-o hükmü devreye girecektir. Bu nedenle söz konusu yetkinin valiye ait olduğu ifade edilebilir.

Belediye ve mücavir alan sınırları içinde ise ifraz ve tevhit işlemlerine yönelik belediye encümeninin yetkili olduğu hususunda herhangi tartışma bulunmamaktadır. Ancak kanun hükmünde "veya il idare kurulları" ibaresi yer aldığından dolayı bu konuda il idare kurullarının herhangi bir yetkisinin olup olmadığı incelenebilir. 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 14. maddesinde, belediye sınırları içerisindeki imar ile ilgili hizmetler belediyelerin görev ve sorumlulukları arasında zikredilmiştir. Yine aynı Kanun'un 84. maddesinde ise belediyelerin sorumlu ve yetkili olduğu görev ve hizmetler kapsamında, 3194 sayılı İmar Kanunu ile Belediye Kanunu hükümleri arasında aykırılık bulunması durumunda Belediye Kanunu hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir. İfraz ve tevhit işlemlerinin imar ile ilgili hizmetler olduğu ve Belediye Kanunu'nda belediye sınırları içerisinde imar hizmetlerinin belediyenin görevleri arasında sayıldığı dikkate alındığında, İmar Kanunu'nun 16. maddesi ile Belediye Kanunu'nun 14. maddesi arasında aykırılık bulunduğu ifade edilebilir.<sup>215</sup> Bu durumda Belediye Kanunu uygulanacağından dolayı İmar Kanunu'nun 16. maddesinde il idare kurullarına yetki veren hükmün uygulanması mümkün gözükmemektedir.

Ayrıca Büyükşehir Belediyesi sınırları dahilindeki yerlerde, ilçe belediye encümenleri tarafından ifraz ve tevhit işlemleri onaylanacaktır.<sup>216</sup> Nitekim 5216 sayılı Büyükşehir Belediye Kanunu'nun 7/3. maddesinin (a) bendine göre kanunlarla münhasıran büyükşehir belediye-

idare hukukunun bilinen ilkelerindedir", D2D, T. 24.01.2013, E. 2012/9405, K. 2013/207; D2D, T. 24.01.2013, E. 2012/3682, K. 2013/222.

<sup>214</sup> Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 365.

<sup>215</sup> Tahiroğlu, s. 265.

<sup>216</sup> Şimşek/Hazar, s. 728; Koçak, s. 76; Tahiroğlu, s. 119; D6D, T. 06.06.1990, E. 1989/1439, K. 1990/1223, www.hukukturk.com, e.t. 01.11.2020.

sine verilenlerin haricinde kalan görev ve yetkiler, ilçe belediyelerine aittir. 5216 sayılı Kanun ile ifraz ve tevhit işlemlerinin onayına ilişkin, büyükşehir belediyelerine verilen herhangi bir görev ya da yetki bulunmadığından dolayı bu durumda ilçe belediyeleri yetkili olacaktır.

Aktarılan yetki kurallarına aykırı şekilde tesis edilen ifraz ve tevhit işlemleri yetki unsuru bakımından sakattır. Örneğin belediye ve mücavir alan sınırları dışında bulunan bir taşınmaz için belediye tarafından karar alınması, belediye ve mücavir alan sınırları içinde olan alanlarda ise belediye meclisi ya da belediye başkanı tarafından karar alınması ya da büyükşehirlerde, büyükşehir belediyesi tarafından karar alınması durumlarında ifraz ve tevhit işlemleri yetki unsuru bakımından sakat olacaktır.<sup>217</sup>

## B. BİÇİM

İdare tüm işlemlerini belirli bir kural ve usule uygun yapmak zorundadır.<sup>218</sup> 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde iptal sebepleri arasında şekil ifadesine yer verilmiştir. İdari işlemde şekil unsurunun, idari işlemin hazırlanma süreci ile birlikte işlemdeki iradenin maddi aleme yansımaları da içerdiği ifade edilmektedir.<sup>219</sup> Diğer bir ifadeyle şekil kavramı, usulü de kapsar şekilde ele alınmaktadır. Ancak öğretide usulün de idari işlemin unsurlarından birisi olduğundan bahisle şekil ve usulü de içine alacak şekilde biçim kavramının kullanıldığı da görülmektedir.<sup>220</sup> Çalışmamızda da ifraz ve tevhit işlemlerinin şekil unsurunun, usulü de kapsar şekilde biçim unsuru başlığı altında incelenmesi tercih edilmiştir.

### 1. Usul

İdari işlemlerin tesisi, genellikle belirli bir süreç sonucunda gerçekleşmektedir. Diğer bir ifadeyle idari işlemin ortaya çıkması öncesinde

<sup>217</sup> "Dosyanın incelenmesinden, dava konusu işlemin 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 16.maddesi uyarınca yetkili organ olan belediye encümenince yapılmayıp, belediye başkanlığınca tesis edildiği anlaşıldığından tesis edilen işlemin yetki yönünden iptali yolunda verilen mahkeme kararında isabetsizlik görülmemiştir", D6D, T. 21.10.1992, E. 1991/1430, K. 1992/ 3817.

<sup>218</sup> Özay, s. 492.

<sup>219</sup> Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 386.

<sup>220</sup> Çağlayan, s. 350; Özay, s. 491.

de bir dizi işlemlerin yapılması gerekmektedir.<sup>221</sup> İdari işlemin tesis anından önce gerçekleşmesi gereken mevzuatla belirlenen aşamalara, idari işlemin usulü adı verilmektedir.<sup>222</sup> İfraz ve tevhit işlemleri öncesinde de uyulması gereken birtakım usul kuralları bulunmaktadır.<sup>223</sup>

İfraz ve tevhit işlemlerine ilişkin prosedürün başlaması için öncelikle taşınmaz maliklerinin, gerekli harita ve belgeleri hazırlayarak ilgili idareye başvurması gerekmektedir.<sup>224</sup> Zira ifraz ve tevhit işlemlerinde gerekli harita ve belgelerin hazırlanmasına ilişkin sorumluluk ilgili idarede değil, taşınmaz maliklerindedir.<sup>225</sup>

İfraz işlemine ilişkin sürecin başlatılması adına ilk yapılması gereken, taşınmaz malikleri tarafından serbest harita mühendisliği bürolarına başvurularak, işleme konu alanın haritasının yaptırılmasıdır.<sup>226</sup> Nitekim 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 32. maddesine göre planı ya da resmi haritası bulunan taşınmazların kazai veya rızai ifrazında, harita yapılması zorunludur.

Kamu kurum ve kuruluşlarının bünyelerinde çalışan teknik yeterliliğe haiz harita mühendisi bulunması durumunda, harita ve teknik işlemlerin sorumluluğu bu kişilere verilebilir. İşleme konu alanın, birden fazla kamu kurum ya da kuruluşuna ait taşınmazı kapsamaması durumunda, diğer kurumların yazılı muvafakat vermesi ile harita ve teknik işlemlerin sorumluluğu bu kurumlardan birisinde görevli mühendisin sorumluluğuna verilebilir.<sup>227</sup> Ancak işleme konu alanın bir kısmı kamu kurum veya kuruluşuna ait, bir kısmı ise özel hukuk kişisine aitse harita sorumluluğu, yine serbest harita mühendisleri tarafından üstlenilmelidir.<sup>228</sup>

<sup>221</sup> Yayla, s. 124; Çağlayan, s. 355.

<sup>222</sup> Bahtiyar Akyılmaz, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Ankara, 2000, s. 64; Çağlayan, s. 355.

<sup>223</sup> İfraz ve tevhit sürecinde izlenmesi gereken prosedür ile ilgili detaylı teknik bilgi için bkz. Koçak, s. 42 vd.

<sup>224</sup> Mehmet Topuz, "İmar Hukukunda İfraz ve Tevhid İşlemleri", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 94, S. 4, Y. 2020, s. 121.

<sup>225</sup> "İfraz ve tevhit işleminin istek üzerine yapılması halinde, ilgili taşınmazın hissedarlarının tümünün muvafakatinin alınmasının gerekeceği, söz konusu işlemin gerçekleştirilmesi için gerekli bilgi ve belgeleri ifraz ve tevhit isteminde bulunanların hazırlaması ve idareye sunması gerektiği, bu açıdan idareye bir zorunluluk yüklenemeyeceği sonucuna ulaşıldığından, aksi yönde değerlendirme sonucu verilen İdare Mahkemesi kararında isabet bulunmamıştır", D6D, T. 17.05.1995, E. 1995/10, K. 1995/1984, www.hukukturk.com, e.t. 01.11.2020.

<sup>226</sup> Şimşek/Hazar, s. 735; Koçak, s. 42; TKGM 2019/13 sayılı Genelgesi, m. 4.

<sup>227</sup> TKGM 2019/13 sayılı Genelgesi, m. 4/6.

<sup>228</sup> Koçak, s. 44; TKGM 2019/13 sayılı Genelgesi, m. 4/7.

Tevhit işlemi prosedürünün başlaması için ise ilgililerin ilk olarak, Lisanslı Harita Kadastro Bürolarına (LİHKAB); bu büroların bulunmadığı yerlerde ise kadastro müdürlüklerine başvurması gerekir.<sup>229</sup> Kadastro müdürlükleri ya da lisanslı bürolar tarafından gerekli diğer teknik işlemlerle birlikte tevhit işlemine dair “değişiklik tasarımı” hazırlanır.<sup>230</sup> Tevhit işlemi için hazırlanan değişiklik tasarımı, daha sonra onay için ilgili idareye (il özel idare ya da belediyeye) gönderilir.<sup>231</sup>

İfraz işleminde ise harita ve teknik işlemlerin tamamlanmasının ardından gerekli belgeler ile birlikte (taşınmazın belediye ve mücavir alan sınırları içerisinde kalma durumuna göre) belediye ya da il özel idaresine başvurulması gerekmektedir.

İmar Kanunu'nun 16/2. maddesi gereğince belediye ya da il özel idare, ifraz ve tevhide ilişkin yapılan başvuruları 30 gün içerisinde sonuçlandırmalıdır. Ayrıca başvurunun neticelenmesinin ardından 15 gün içerisinde dosyanın, tescil için tapu sicil müdürlüğüne gönderilmesi gerekir. Ancak kanunda bu süreler uyulmadığı takdirde uygulanacak yaptırımın düzenlenmediği görülmektedir. Diğer bir ifadeyle söz konusu 30 ve 15 günlük süreler, idarenin daha hızlı hareket etmesini sağlamaya yönelik “düzenleyici süre” niteliğindedir.<sup>232</sup> Nitekim mevzuatta, kamu hizmetlerinden yararlananlara yönelik değil; hizmetin iç işleyişine yönelik düzenlenen ve aykırılık durumu yaptırıma bağlamayan ve süreler, düzenleyici süreler olarak adlandırılmaktadır.<sup>233</sup>

İl özel idaresi ya da belediye kararının ardından ise işlem dosyası ile birlikte teknik kontrol amacıyla kadastro müdürlüğüne başvurulması gerekmektedir. Zira ifraz işlemi haritasının ilgililerce yapılıp, kadastro müdürlüğü tarafından kontrol edilmesi gereken işlemlerdendir.<sup>234</sup> Özel hukuk kişileri tarafından sözlü olarak başvuru yapılması mümkün olsa da kamu kurumları tarafından başvuruların resmi yazı

<sup>229</sup> Bkz. 5368 sayılı Lisanslı Harita Kadastro Mühendisleri ve Büroları Hakkında Kanun m. 1/2 ve Lisanslı Harita Kadastro Mühendisleri ve Büroları Hakkında Yönetmelik m. 37.

<sup>230</sup> Koçak, s. 259-260.

<sup>231</sup> TKGM 2019/13 sayılı Genelgesi, m. 20/B-4.

<sup>232</sup> Sezer/Kalkan/Şahin, s. 102; Kalabalık, s. 406.

<sup>233</sup> Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku, Ankara, 2018, s. 528.

<sup>234</sup> Koçak, s. 43, 77.



ile yapılması gerekir.<sup>235</sup> Bu aşamada kadastro müdürlüğünce dosyanın teknik kontrolü yapılmaktadır. İl özel idare ya da belediye tarafından alınan kararda bu şekilde bir eksiklik bulunması durumunda il özel idare ya da belediyeye durum bildirilerek düzeltme yoluna gidilebilir. Ancak kadastro müdürlüğünün işlemin yerindeliğini sorgulayarak işlem yapmaktan kaçınması mümkün değildir.<sup>236</sup> Zira ifraz ve tevhit işlemlerinin mevzuata uygunluğuna karar verme yetkisi İmar Kanunu ve İl Özel İdaresi Kanunu gereğince belediye ya da il özel idaresine aittir.

Kadastro müdürlüğü tarafından yapılan kontrol neticesinde varsa teknik hataların ve dosyadaki eksikliklerin düzeltilmesinin ardından işlem dosyası tescil için tapu müdürlüğüne gönderilerek işlem, tapu kütüğüne tescil edilir.<sup>237</sup>

Son olarak söz konusu süreçte, (muafiyet durumu yoksa) döner sermaye bedelinin ve tapu harcı ile ifraz ve tevhit harcı gibi gerekli harçların yatırılması gerekmektedir.<sup>238</sup>

## 2. Şekil

Şekil unsuru ile anlatılmak istenen genel bir ifadeyle idarenin tek yanlı iradesinin maddi aleme yansıma tarzıdır.<sup>239</sup> İdari işlemin şekline ilişkin kurallar bir taraftan idareye tesis edeceği işlemlerde izlemesi gereken yolu göstermekteyken diğer taraftan da işlemin muhataplarına hukuki güven sağlamaktadır.<sup>240</sup> İdari işlemin hangi merci tarafında tesis edildiğinin tespiti ve idari işlemin varlığının ispatı için şekil kuralları gerekli görülmektedir.<sup>241</sup>

İfraz ve tevhit işlemlerinin onaylanmasında da ilgili idari mercilerin mevzuatta öngörülen şekil şartlarına uyması gerekmektedir. Kararın encümen tarafından alındığı durumlarda, toplantı ve karar yeter sayılarına uyulmamış olması konu ile ilgili şekil sakatlıklarına verilebilecek en temel örnek niteliğindedir. Ayrıca ifraz ve tevhit işlemleri-

<sup>235</sup> Kalabalık, s. 403.

<sup>236</sup> Çelik, s. 155.

<sup>237</sup> Koçak, s. 42.

<sup>238</sup> Kalabalık, s. 404; Koçak, s. 79-80.

<sup>239</sup> Çağlayan, s. 350.

<sup>240</sup> Gözübüyük/Tan, s. 364.

<sup>241</sup> Özay, s. 491.

ne ilişkin alınan kararlarda, imza bulunmaması ya da imzanın yetkili kişilere ait olmaması da şekil unsuruna ilişkin sakatlıklara örnek verilebilir.

### C. SEBEP

Genel olarak idareyi, işlem tesis etmeye diğer bir ifadeyle harekete geçirmeye sevk eden etmenler idari işlemin sebep unsurunu oluşturmaktadır.<sup>242</sup> İdare hukukunda her idari işlemin mutlaka bir sebebi olmalıdır.<sup>243</sup> Sebepsiz idari işlem tesis edilmesi mümkün değildir.<sup>244</sup> Ayrıca sebep unsuru, idari işlemin gerekçesi ve dayanağı konumundadır.<sup>245</sup>

İfraz ve tevhit işlemlerinin sebep unsurunun hukuka uygun olması için mevzuatta öngörülen şartların gerçekleşmiş olması gerekir. Örneğin imar planı bulunan yerlerde, parselasyon planı tescil edilmeden tesis edilen ifraz ve tevhit işlemleri (istisnalar dışında) sebep unsuru bakımından sakat olacaktır.<sup>246</sup> Mevzuatta öngörülen istisnalar haricinde maliklerin talebi olmaksızın ya da müşterek mülkiyete tabi taşınmazlarda maliklerin tümünün muvafakati olmaksızın yapılan ifraz ve tevhit işlemleri de sebep unsuru açısından hukuka aykırı olacaktır. Aynı şekilde taşınmazın yapı yasağı bulunan alan kapsamında kaldığı gerekçesiyle ifraz ve tevhit talebinin reddine dair işlem, taşınmazın gerçekte yapı yasağı alanı kapsamında bulunmaması durumunda, sebep unsuru bakımından sakat olacaktır.

### D. KONU

İdari işlemin konu unsuru ile o işlemin hukuk alanında meydana getirdiği sonuç kastedilir.<sup>247</sup> Bu kapsamda ifraz işleminin konusu, talep edilen taşınmazların bölünmesiyken; tevhit işleminin konusu ise talep edilen parsellerin birleştirilmesi olarak ifade edilebilir.

<sup>242</sup> Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 407; Günday, s. 152; Gözler/Kaplan, s. 317; Çağlayan, s. 362.

<sup>243</sup> Özay, s. 455.

<sup>244</sup> Yayla, s. 131; Çağlayan, s. 362.

<sup>245</sup> Turan Yıldırım/Melikşah Yasin/Nur Kaman/Gül Üstün/Özge Okay Tekinsoy, İdare Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, 2015, s. 454; Göçgün, s. 20.

<sup>246</sup> Kalabalık, s. 384.

<sup>247</sup> Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 418; Çağlayan, s. 371; Günday, s. 157; Gözler/Kaplan, s. 322; Göçgün, s. 23.

İfrazı ya da tevhid talep edilen taşınmazların mevzuatta öngörülen şartlara aykırı şekilde bölünmesi ya da birleştirilmesi durumunda, söz konusu işlemler konu unsuru bakımından hukuka aykırı olacaktır. Örneğin tarım arazilerinin, 5403 sayılı Kanun'a ekli 1 sayılı listede yer alan yeter gelirlili tarım arazisi büyüklüklerinin altında bölünmesi ya da belediye ve mücavir alan sınırları dışında, imar planı bulunmayan köy ve mezralarda ifraz neticesinde beşten fazla parsel oluşturulması durumunda yapılan ifraz işlemleri, konu unsuru bakımından sakat olacaktır.

### E. MAKSAT

İdari işlemin unsurlarından sonuncusu maksat (amaç) unsurudur. Maksat unsuru ile idari işlem neticesinde elde edilmek istenen nihai sonuç kastedilmektedir.<sup>248</sup> İdari işlemler ancak kamu yararı amacına yönelik olarak tesis edilebilirler.<sup>249</sup> Diğer bir ifadeyle idari işlemlerin tek amacı kamu yararadır.<sup>250</sup> Kamu yararı amacı dışında, şahsi ya da siyasi çıkar gibi başka amaçlarla ifraz ve tevhit işlemlerinin onaylanması durumunda söz konusu işlemler maksat unsuru bakımından hukuka aykırı olacaktır.

### SONUÇ

19. yüzyıldan itibaren imar mevzuatımızda yer alan ifraz ve tevhit, isteğe bağlı imar planı uygulama yöntemleri arasında yer almaktadır. İşlem, maddi açıdan belirli bir ya da birden çok parseli konu edindiğinden dolayı birel idari işlemler kategorisine girmektedir. Ayrıca belediye ve mücavir alan sınırları içerisinde onay kararı, belediye encümeni tarafından alınacağı için bu yerlerdeki ifraz ve tevhit işlemlerinin kolektif işlem kategorisinde olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

3194 sayılı İmar Kanunu'nun 15. maddesinde ifraz ve tevhit işlemleri açısından belirli şartlar öngörülmüştür. Ayrıca imar planı bulunan alanlarda yapılacak işlemler için Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nde; imar planı bulunmayan alanlarda yapılacak işlemler için ise Plansız

<sup>248</sup> Çağlayan, s. 378; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 423; Günday, s. 160; Gözler/Kaplan, s. 336.

<sup>249</sup> Gözler/Kaplan, s. 337.

<sup>250</sup> Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 424; Çağlayan, s. 379.

Alanlar İmar Yönetmeliği'nde birtakım şartlar düzenlenmiştir. İşleme konu edilecek taşınmazın imar planı sınırları içerisinde bulunma durumuna göre söz konusu şartlar uygulama kabiliyeti bulacaktır.

10 Temmuz 2019 tarihinde yürürlüğe giren 7181 sayılı Kanun ile İmar Kanunu'nda önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerden konumuz açısından en fazla önem arz eden, parselasyon planının tescil edilmiş olmasının ifraz ve tevhit ilişkin bir "ön şart" olarak düzenlenmiş olmasıdır. Söz konusu değişikliğin, konuya ilişkin öğretilerdeki tartışmaları ve uygulamada yaşanan tereddütleri nihayete erdirdiği ifade edilebilir.

İmar mevzuatında öngörülen genel ifraz ve tevhit şartlarına ek olarak, bazı özel kanunlarda, taşınmazın niteliğine ya da bulunduğu yere göre belirli büyüklüğün altında ifraz yasağı ya da belirli idari makamlardan izin alınması gibi birtakım şartlar düzenlenmişken; bazı özel kanunlarda ise genel şartlardan muafiyet durumu düzenlenmiştir. İfraz ve tevhit işlemleri sırasında söz konusu özel durumların da dikkate alınması gerekir.

İfraz ve tevhit işlemleri birer idari işlem olduğundan dolayı, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde zikredilen yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları yönünden hukuka uygun olmak zorundadır. Bu konuda öğretilerde en çok tartışılan husus, işlemin yetki unsurudur. Zira 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 15. maddesinde, açıkça belediye ve mücavir alan sınırları içerisinde ifraz ve tevhit işlemlerinin belediye encümeni tarafından onaylanacağı hükme bağlanırsa da belediye ve mücavir alan sınırları dışındaki yerler için herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle öğretilerde belediye ve mücavir alan sınırları içindeki yerler tartışma konusu edilmese de belediye ve mücavir alan sınırları dışındaki ifraz ve tevhit işlemlerinin onay yetkisine dair farklı görüşler ileri sürülmektedir.

5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 6/1-b maddesinde belediye sınırları dışında imara ilişkin hizmetlerin il özel idaresinin görev ve yetkisinde olduğu hükme bağlanmıştır. Ayrıca yine aynı Kanun'un 70. maddesinde, 3194 sayılı İmar Kanunu hükümlerinin, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu hükümlerine aykırılık teşkil etmesi durumunda 5302 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı bildirilmiştir. İfraz ve tevhit işlemlerinin imar ilişkin bir hizmet olduğu hususunda tereddüt

bulunmamaktadır. Bu nedenle belediye ve mücavir alan sınırları dışında ifraz ve tevhit işlemlerini onaylama yetkisinin il özel idarelerine ait olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nda ifraz ve tevhit işlemlerinin il özel idaresinin hangi organı tarafından onaylanacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle İl Özel İdaresi Kanunu'nun 30/1-o maddesi uygulama alanı bulacaktır. Hükme göre kanunla il özel idaresine görev olarak verilen ancak il genel meclisi ya da il encümeninin görevine dahil olmayan konular, valinin görev ve yetkisinde kabul edildiğinden dolayı ifraz ve tevhit işlemlerinin onaylanması konusu da valinin görev ve yetkisi dahilinde olacaktır.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Abacıoğlu Muhittin/Abacıoğlu Ali, Açıklamalı-İçtihatlı İmar Kanunu Mevzuatı ve Uygulaması, 11. Baskı, Ankara, 2016.
- Akkaya Fethiye Nur, Kent Estetiğini Koruma Amaçlı İdari Kolluk Faaliyeti, İstanbul, 2016.
- Akyılmaz Bahtiyar/Sezginer Murat/Kaya Cemil, Türk İdare Hukuku, 12. Baskı, Ankara, 2020.
- Akyılmaz Bahtiyar/Sezginer Murat/Kaya Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, Ankara, 2018.
- Akyılmaz Bahtiyar, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Ankara, 2000.
- Artukmaç Sadık, Türk İmar Hukuku, 5. Baskı, Ankara, 1979.
- Boz Selman Sacit/Özdemir Yücel/Nacak Mehmet/Bölükbaşı Mustafa Oğuzhan/Öndin Hasan Burak/Ulusoy Sümeyye, İdare Hukuku Açısından Kamu Düzeni Unsurları, Ankara, 2020.
- Çağlayan Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, 6. Baskı, Ankara, 2018.
- Çelik Kemal, İmar Kanunu Uygulaması Arsa ve Arazi Düzenlemesi, Ankara, 2006.
- Çoban Atik Ayşegül, Kamulaştırmada Yargısal Denetim, Ankara, 2014.
- Danıştay Altıncı Daire Kararları, Birinci Kitap (1965-1977), Ankara, 1979.
- Denel Serim, Batılılaşma Sürecinde İstanbul'da Tasarım ve Dış Mekanlarda Değişim ve Nedenleri, Ankara, 1982.
- Eren Fikret/Başpınar Veysel, Toprak Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2014.
- Ergin Osman, Türkiye'de Şehirciliğin Tarihi İnkişafı, İstanbul, 1936.
- Genç Mustafa, İmar Hukuku, Ankara, 2015.
- Göçgün Muhammed, İdari İşlemin Konu Unsuru, İstanbul, 2017.

- Gök Hasan, Koruma Alanlarındaki İmar Uygulamaları, İstanbul, 2017.
- Gözler Kemal/Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 20.Baskı, Bursa, 2018.
- Gözübüyük A. Şeref/Tan Turgut, İdare Hukuku, C. I, 13. Baskı, Ankara, 2019.
- Günday Metin, İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara, 2015.
- Güneş Turan, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Ankara, 1965.
- Kalabalık Halil, İmar Hukuku Dersleri, 9. Baskı, Ankara, 2019.
- Kara Seyfettin, Danıştay Kararları Işığında İmar Planı Değişikliği, Ankara, 2016.
- Keleş Ruşen/Mengi Ayşegül, İmar Hukuku (Hukuksal, Yönetmelik ve Siyasal Boyutlarıyla), 3. Baskı, Ankara, 2019.
- Koçak Hüseyin, Tapu-Fen İşlemleri, Ankara, 2020.
- Muratoğlu Tahir, Teşkilat, Planlama ve Uygulama Boyutlarıyla İmar Hukuku, Ankara, 2019.
- Onar Siddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. II, İstanbul, 1966.
- Özay İl Han, Günışığında Yönetim, 3. Baskı, İstanbul, 2017.
- Özcan Ümit, İmar Mevzuatının Kentsel Toprak Mülkiyetinin İrdelenmesi, Ankara, 2000.
- Özden Ebubekir, İmar Hukuku'nda İfraz ve Tevhit İşleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2004.
- Sancakdar Oğuz, Belediyelerin İmar Planı Yapması-Değiştirmesi ve İptal Davası, Ankara, 1996.
- Sancakdar Oğuz, Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku (Teorik ve Uygulamalı Bir Yaklaşım), 2. Baskı, Ankara, 2012.
- Sancakdar Oğuz/Us Eser/Kasapoğlu Turhan Mine/Önüt Lale Burcu/Seyhan Serkan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 7. Baskı, Ankara, 2018.
- Sezer Yasin/Kalkan Recep Emre/Şahin Mustafa, İmar Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara, 2018.
- Şimşek Suat, İmar Kanunu 18. Madde Uygulamaları (Arsa ve Arazi Düzenlemesi) İptal ve İtiraz Yolları, 2. Baskı, Ankara, 2019.
- Şimşek Suat/Hazar İlhami, Açıklamalı-İçtihatlı Örnek Dilekçelerle İmar Davaları Rehberi, 3. Baskı, Ankara, 2020.
- Tankut Gönül, Bir Başkent'in İmarı (1929-1939), Ankara, 1993.
- TODAİE, Belediye İmar İşleri El Kitabı, Ankara, 2002.
- Yaşar Hasan Nuri, İdare Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, 2016.
- Yayla Yıldızhan, İdare Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, 2010.
- Yıldırım Turan/Yasin Melikşah/Kaman Nur/Üstün Gül/Okay Tekinsoy Özge, İdare Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, 2015.
- Yıldırım Ramazan/Çınarlı Serkan, Türk İdare Hukuku Dersleri, C. II, Ankara, 2019.
- Yıldız Ferruh, İmar Bilgisi, 12. Basım, Ankara, 2020.

Gülcan Aydın, Türk İmar Hukuku'nda "Hamur Kuralı" Uygulaması (3194 sayılı İmar Kanunu'nun 18. Maddesi Uygulamasına İlişkin Teorik Bir Yaklaşım), Yayınlanmamış Doçentlik Çalışması, İstanbul, 2000.

### Makaleler ve Kitap Bölümleri

- Burat Sinan, ""Yeşilyollarda Hareketle İstirahat": Jansen Planlarında Başkent'in Kent-sel Yeşil Alan Tasarımları ve Bunların Uygulanma ve Değiştirilme Süreci (1932-1960)", *İdealkent Kent Araştırmaları Dergisi*, S. 4, Y. 2011, ss. 100-127.
- Canbazoğlu Kerem/Ayaydın Dilhan, "İmar Planlarının Yargısal Denetimi-1", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 93, Y. 2011, ss. 239-281.
- Çoruhlu Yakup Emre/Uzun Bayram/Yıldız Okan, "Taşınmaz Mülkiyeti Üzerinde İmar Planından Kaynaklı Tevhit Şartı Kısıtlamasının İncelenmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 27, S. 3, Y. 2019, ss. 411-434.
- Demirtaş E. Işıl/Sarı Mustafa, "Arazi Toplulaştırması", *Derim Dergisi*, C. 20, S. 1, Y. 2003, ss. 48-58.
- Eke Feral, "Merkezi Yönetim Sayesinde Planlamanın Geçmişi", *Planlama*, Y. 2003, S. 3, ss. 35-40.
- Erdoğan Kemal, "Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 24, S. 1, Y. 2016, ss. 123-179.
- Ersoy Melih, "İmar Planı Uygulamalarında Düzenleme İşlemi", *Mekân Planlama ve Yargı Denetimi*, Ankara, 2000, ss. 1-17.
- Geray Cevat, "Şehirciliğimiz ve Ankara", *Türkiye Mühendislik Haberleri*, S. 49, Y. 2000/5, ss. 10-16.
- Gürses Söğüt Sibel, "1912 İshakpaşa Yangını ve Ayasofya Çevresinin Yeniden Düzenlenmesi", *Orta Doğu Teknik Üniversitesi Mimarlık Fakültesi Dergisi*, C. 36, S. 1, Y. 2019, ss. 251-280.
- Karaca Egemen, "İmar Planı Uygulama Yöntemlerinden Arazi ve Arsa Düzenlemesinin İlgili Mevzuat Çerçevesinde İncelenmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. 6, S. 11, Y. 2018, ss. 217-261.
- Keşli Yücel, "3083 Sayılı Kanun Kapsamında Çiftçileri Topraklandırma Çalışmaları", *Ziraat Mühendisliği Dergisi*, Y. 2010, S. 354, ss. 28-33.
- Koçak Hüseyin, 7181 sayılı Kanun'la İmar Kanunu'nda Yapılan Değişiklik-1, <https://tapu-kadastro.net/index.php/makaleler/imar/787-7181-sayili-kanunla-imar-kanununda-yapilan-degisiklik-1>, e.t. 01.10.2020, (7181 sayılı Kanun).
- Köktürk Erdal, "İmar Planı Uygulamalarında Karşılaşılan Sorunlar ve Kavramlaşma", *TMMOB Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası, Türkiye 6. Harita Bilimsel ve Teknik Kurultayı*, Ankara, 1997, ss. 13-28.
- Köktürk Erdal/Köktürk Erol, "Arsa Düzenlemelerinin Hukuksal Dayanağı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 70, Y. 2007, ss. 260-283.
- Küsek Gürsel, "Arazi Toplulaştırmasının Arazi Parçalılığı ve İşletme Ölçeğine Etkileri: Konya-Ereğli-Kuskuncuk Köyü Örneği", *Çukurova Üniversitesi Ziraat Fakültesi Dergisi*, C. 29, S. 2, Y. 2014, ss. 15-28.

- Orsan Şenöz Esra/Karadeniz Nilgöl, "Ankara Kenti Mekansal Planlama Sürecinde Doğal Bir Alanın Dönüşümü: İmrahor Vadisi Örneği", *Peyzaj Araştırmaları ve Uygulamaları Dergisi*, Y. 2019, S. 2, ss. 1-9.
- Önver Şevki Bilgehan, "Altıncı Daire-i Belediye ve Günümüz Belediye Hizmetleriyle Karşılaştırılması", *Takvim-i Vekayi*, C. 7, S. 1, Y. 2019, ss. 37-72.
- Özçelik Ş. Burak, "5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda 6537 sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. XIX, S. 1, Y. 2015, ss. 87-110.
- Özel Şükrü, "Kent Planlamasında Tapu ve Kadastro Rolü", XIV. İskân ve Şehircilik Haftası Konferansları (29-30 Mayıs 1986) Trabzon, İmar Planlama Mevzuatı ve Uygulaması, Ankara, 1987, ss. 53-58.
- Öztoprak Sezin, "Kamu Ortaklık Payı: "İmar Hukuku Uygulamaları İçindeki Yeri ve Düzenleme Ortaklık Payı Uygulaması ile Karşılaştırılması"", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 26, S. 1, Y. 2018, ss. 87-126.
- Tekeli İlhan, "Türkiye'de Kent Planlamasının Tarihsel Kökleri", Türkiye'de Kent Planlaması, Der. Tamer GÖK, Ankara, 1980.
- Tekinsoy Ayhan, "İmar Planlarının Hukuksal Niteliği, İmar Planı İptalinin Bu Plana Dayanılarak Verilmiş Ruhsatlar Üzerindeki Etkisi", *Ankara Barosu Dergisi*, C. 66, S. 2, Y. 2008, ss. 46-56.
- Topuz Mehmet, "İmar Hukukunda İfraz ve Tevhid İşlemleri", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 94, S. 4, Y. 2020, ss. 120-127.
- Türk Şevkiye Şence/Ünal Yücel, "Arazi ve Arsa Düzenlemesi Metoduna İlişkin Olumsuz Önyargı", *itüdergisi/a* (Mimarlık, Planlama, Tasarım), C. 2, S.1, Y. 2003, ss. 111-118.
- Uğur Ziya, "244 sıra Nolu Millî Emlâk Genel Tebliği", [www.mgc.com.tr/244-sira-nolu-milli-emlak-genel-tebliği](http://www.mgc.com.tr/244-sira-nolu-milli-emlak-genel-tebliği), e.t. 15.10.2020.
- Uluengin Mehmet Bengü/Turan Ömer, "İmparatorluğun İhtişam Arayışından Cumhuriyet'in Radikal Modernleşme Projesine: Türkiye'de Kentsel Planlamanın İlk Yüz Yılı", *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, C. 3, S. 6, Y. 2005, ss. 353-436.
- Uyumaz Alper/İlhan Onur, "Tarımsal Arazilerde Mülkiyetin Devri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 24, S. 2, Y. 2018, ss. 861-905.
- Ünal Yücel, "İmar Mevzuatında Parselleme Denetimi", XIV. İskân ve Şehircilik Haftası Konferansları (29-30 Mayıs 1986) Trabzon, İmar Planlama Mevzuatı ve Uygulaması, Ankara, 1987, ss. 21-28.
- Yavuz Cevdet/Topuz Murat, "Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Miras Hukukuna İlişkin Hükümlerinde Yaptığı Değişiklikler", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 21, S. 2, Y. 2015, ss. 663-700.
- Yavuz Fehmi, "Başkent Ankara ve Jansen", *ODTÜ Mimarlık Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, Y. 1981, ss. 25-33.
- Yılmaz Mustafa, "İmar Kanunu'nun 18. Maddesi Çerçevesinde Düzenleme Ortaklık Payı Kavramı ve Uygulamaları", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 16, S. 3-4, Y. 2010, ss. 37-83.



### **İnternet Kaynakları**

[www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com)

[www.lexpera.com](http://www.lexpera.com)

[www.mersin.tarimorman.gov.tr](http://www.mersin.tarimorman.gov.tr)

[www.mgc.com.tr/244-sira-nolu-milli-emlak-genel-teblici](http://www.mgc.com.tr/244-sira-nolu-milli-emlak-genel-teblici)

[www.sinerjimevzuat.com](http://www.sinerjimevzuat.com)

[www.sozluk.gov.tr](http://www.sozluk.gov.tr)

[www.tkgm.gov.tr](http://www.tkgm.gov.tr)

[www.tkgm.gov.tr/sites/default/files/icerik/ekleri/2019\\_13\\_nolu\\_genelge.pdf](http://www.tkgm.gov.tr/sites/default/files/icerik/ekleri/2019_13_nolu_genelge.pdf)

# DAVADA VEYA İCRA TAKİBİNDE USULSÜZ TEBLİGATIN RE'SEN DİKKATE ALINMASI GEREKLİLİĞİ

## NECESSITY OF EX OFFICIO CONSIDERATION OF INADEQUATE NOTIFICATION IN A CASE OR AN IN ENFORCEMENT PROCEEDING

Aslı ARAS\*

**Özet:** Tebligat, hukuki dinlenilme hakkının bir unsuru olan bilgilendirme hakkının gerçekleşmesine hizmet eden bir kurumdur. Bir icra takibinde veya yargılamada tarafların iddia ve savunma haklarını kullanabilmeleri usulüne uygun olarak yapılacak tebligat ile mümkün olabilecektir. Adil bir yargılama veya icra takibi için usulüne uygun tebligat yapılması önemlidir. Usulsüz tebligatın, hukuki dinlenilme hakkının ihlaline yol açabileceği dikkate alınarak mahkemeler ve icra memuru tarafından kendiliğinden gözetilmesi uygun olacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Adil Yargılanma Hakkı, Usulsüz Tebligat, Bilgilendirme Hakkı, Hukuki Dinlenilme Hakkı

**Abstract:** Notification is an institution that serves the realization of the right to be informed, which is an element of the right to be heard. It will be possible for the parties to exercise their rights of claim and defense in an enforcement proceeding or a trial, with a proper notification. It is important to make a proper notification for a fair trial or enforcement proceeding. Considering that the illegal and inadequate notification may lead to the violation of the right to be heard, it should be taken into account by the courts and the bailiff ex officio.

**Keywords:** Right to a Fair Trial, Inadequate Notification, Right to Be Informed, Right to Be Heard

\* Dr. Öğretim Üyesi, İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, aslaras.aa@gmail.com, ORCID: 0000-0002-5510-2157, Makalenin Gönderim Tarihi: 04.08.2021, Kabul Tarihi: 04.08.2021

## GİRİŞ

Tebligat, bir davayla ilgili olan işlemlerin kanunda öngörülen şekilde muhatabına veya muhatap adına kabule kanunen yetkili olan kimselere yazılı olarak bildirilmesi ve bu bildirim yapıldığının kanunda belirtilen usule göre belgelendirilmesi işlemidir.<sup>1</sup> Yargılamanın hukuka uygun, adil ve sağlıklı bir şekilde yapılabilmesi, o davayla ilgili olan kişilerin yargılamadan haberdar edilerek iddia ve savunma haklarını kullanabilmeleri sayesinde mümkün olabilecektir. Bu bakımdan, bir yargılamada veya icra takibinde yapılacak tebligatların kanuna uygun olarak yapılması önem arz etmektedir.

Çalışmamızda, öncelikle tebligatın temel haklarla ilişkisine değinilecek, ardından usulsüz tebligat kavramı ve usulsüz tebliğin bir yargılamada veya icra takibinde ileri sürülmesi ve incelenmesi konusunda bilgi verilecektir.

## I. TEBLİGATIN TEMEL HAKLAR VE YARGILAMA İLKELERİ İLE İLİŞKİSİ

Bir davada veya icra takibinde yapılan işlemlerin hüküm ifade edebilmesi ve tarafların bu işlemler sonucunda kendilerine tanınan hakları kullanabilmeleri, bu işlemleri öğrenmelerine bağlıdır. Bu anlamda, bir davada veya icra takibinde yapılan işlemlerin ilgililerine usulüne uygun olarak bildirilmesini ifade eden tebligat kavramı, başta adil yargılanma hakkı olmak üzere birçok yargılama ilkesiyle bağlantılıdır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı, herkesin, kanuni, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde makul süre içinde, aleni ve hakkaniyete uygun

<sup>1</sup> İlhan E. Postacıoğlu, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. baskı, İstanbul, 1975, s. 341; Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000, s. 427; Ejder Yılmaz/Tacar Çağlar, Tebligat Hukuku, 6. baskı, Ankara 2013, s. 39; Timuçin Muşul, Tebligat Hukuku, 6. baskı, Ankara 2016, s. 45; Canan Ruhi/Ahmet Cemal Ruhi, Tebligat Hukuku Bilgisi, 5. baskı, Ankara 2019, s. 13; Seyithan Deliduman, Tebligat Hukuku Bilgisi, 6. baskı, Ankara 2019, s. 15; Güray Erdönmez, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. bası, İstanbul 2017, s. 487; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2019, s. 134; Baki Kuru, Medeni Usul Hukuku El Kitabı, Cilt 2, Ankara 2020, s. 1659; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2021, s. 186.

olarak yargılanma hakkını ifade etmektedir.<sup>2</sup> Anayasa'nın hak arama hürriyeti başlıklı 36. maddesine göre de "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." Adil yargılanma hakkının bir unsuru olan hakkaniyete uygun olarak yargılanma,<sup>3</sup> bir yargılamada veya hükmün icrası aşamasında hukuki dinlenilme hakkının taraflara eşit olarak sağlanmasını da içermektedir. Bu bakımdan, adil yargılanma hakkı, hukuki dinlenilme hakkını da içine alan bir haktır. Hukuki dinlenilme hakkı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, hukuki dinlenilme hakkı,<sup>4</sup> bilgilenme hakkı, açıklama ve ispat hakkı ve mahkeme tarafından dikkate alınma hakkı olarak üç unsurdan oluşmaktadır. Bir hak sahibinin açıklama hakkını ve hükme veya sürece etki ederek dikkate alınma hakkını kullanabilmesi için öncelikle kendisini ilgilendiren bir yargılama veya icra işleminden bilgi sahibi olması sağlanmalıdır. Bir kişinin kendisini ilgilendiren bir konuyla ilgili olarak açıklama ve savunma hakkını kullanabilmesi için o konuyla ilgili bilgilendirilmesi gerekliliği ne kadar önemliyse, bu bilgilendirmenin kanuna ve usulüne uygun olarak yapılması da o kadar önemlidir. Tebliğle bağlı hukuki sonuçlar, tebliğ olarak nitelendirilebilecek bir işlem ve bu işlemin (tebligatın) kanuna uygun surette yapılması ile ortaya çıka-

<sup>2</sup> Adil yargılanma hakkının unsurları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Sezin Aktepe Artık, *Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara 2014, s. 171 vd.; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, s. 145 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 191 vd.

<sup>3</sup> Erdönmez, s. 854 vd.; Murat Atalı/Ibrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2019, s. 110; Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2017, s. 62-63; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, s. 151 vd.; Aktepe Artık, *Adil Yargılanma Hakkı*, s. 338 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 193.

<sup>4</sup> Hakan Pekcanitez, "Hukuki Dinlenilme Hakkı", Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, s. 753 vd.; Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Ankara 2003, s. 85 vd.; Üstündağ, s. 261; Erdönmez, s. 867 vd.; Arslan/ Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, s. 151-153; Wolfram Waldner, *Der Anspruch auf rechtliches Gehör*, Köln-Berlin-Bonn-München 1989, s. 13 vd.; Leo Rosenberg/Karl Heinz Schwab/Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht*, München 2010, s. 431; Friedrich Stein/Martin Jonas, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 3, Tübingen 2005, s. 13 vd.; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 111 vd.; Baki Kuru, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, Cilt 1, Ankara 2020, s. 580 vd.; Budak/Karaaslan, s. 64 vd.; Aktepe Artık, *Adil Yargılanma Hakkı*, s. 362 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 193-195.

caktır.<sup>5</sup> Bu bakımdan, yargılamayla ilgili bilgilendirmenin usulüne uygun bir tebligat yoluyla yapılması, anayasal bir hak ve yargılama ilkesi olan adil yargılanma hakkı ve hukuki dinlenilme hakkının gerçekleşmesine hizmet etmektedir. Ayrıca, adil yargılanma hakkının bir gereği olarak, yargılamaların makul bir süre içinde yapılması gerekir. Adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak makul süre içinde yargılanma, Anayasa'nın 141. maddesinin dördüncü fıkrasında "Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir." şeklinde düzenlenmiştir. Makul süre içinde yargılanma hakkı, yargılama ilkelerinden biri olan usul ekonomisi ilkesiyle bağlantılıdır. Usul ekonomisi ilkesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 30. maddesinde "Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür." şeklinde belirtilerek yargılamanın makul süre içinde yapılması, usul ekonomisi ilkesinin bir unsuru haline getirilmiştir. Tebliğ konusunda yapılacak kanuna aykırılıklar, yargılamanın uzamasına, gereksiz zaman kaybı ve masrafa ve bazen de hak kaybına yol açabilecektir.<sup>6</sup> Bu sebeple, tebligatın kanuna uygun surette yapılması yargılama ilkelerinden biri olan usul ekonomisi açısından da önemlidir.

Görüldüğü üzere, kanuna uygun bir tebligat yapmanın tarafların hukuki dinlenilme hakkı bakımından önemi büyüktür. Usulsüz tebligat, tarafların bilgilenme hakkının ve buna bağlı olarak hukuki dinlenilme ve adil yargılanma hakkının ihlali anlamına gelecektir. Ayrıca, tebligatın usulüne uygun olarak yapılmaması, yargılamanın gecikmesine, ek masrafa sebebiyet vererek usul ekonomisine de aykırılık teşkil edecektir. Bu bakımdan, görünürde bir tebliğ işlemi bulunmasına rağmen bu işlemin gerçekte bir tebligat niteliği taşıyıp taşımadığının veya tebligat niteliğini taşıyorsa bile bunun kanuna uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekli ve önemlidir.

İnceleme konumuz usulsüz tebligatın yargılamada ve icra takiplerinde kendiliğinden dikkate alınması gerekliliği olduğu için öncelikle usulsüz tebligat kavramına ve sonuçlarına değinmekte fayda vardır.

<sup>5</sup> Muşul, Tebligat Hukuku, s. 9; Ruhi/Ruhi, s. 18.

<sup>6</sup> Muşul, Tebligat Hukuku, s. 9; Deliduman, s. 18; Ruhi/Ruhi, s. 17; Erdönmez, s. 488-489.

## II. USULSÜZ TEBLİGAT

Öncelikle, tebligat yokluğu ve usulüne uygun olmayan tebligat kavramlarının ayırt edilmesinde fayda vardır. Zira, ikisinin hukuki sonuçları birbirinden farklı olacaktır. Belirtmek gerekir ki, tebligatın iki kurucu unsuru olan yazılı bilgilendirme ve belgelendirme unsurları veya sadece biri yoksa ortada bir tebligat işleminden söz edilemez.<sup>7</sup> Örneğin, dava dilekçesinin davalıya iadeli taahhütlü mektupla gönderilmesi<sup>8</sup> veya hiçbir şekilde tebligat yapılmamış olması ya da muhataba yapılması gereken tebligatın muhatap adına çıkarılmaması<sup>9</sup> halinde tebligat yokluğu gündeme gelecektir. Bu iki unsur mevcut olmakla birlikte yapılan tebligat kanuna uygun değilse usulsüz tebligat söz konusu olacaktır. Usulsüz tebligatta muhatap adına çıkarılmış ve muhataba gönderilmiş ancak kanuna uygun surette yapılmamış tebligat söz konusudur. Tebligat yokluğu halinde tebligat tamamen geçersizdir; oysa usulsüz tebligat mutlak geçersiz tebligat demek değildir.

Tebliğatın kime, hangi koşullar altında ve nasıl yapılacağı Tebligat Kanunu ve Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik'te belirlenmiştir. Tebligatın Kanun'da ve Yönetmelik ile belirlenen esaslara göre yapılması ve bu usule göre yapıldığının belgelendirilmesi halinde usulüne uygun yapılan bir tebligat söz konusu olacaktır. Aksine, tebligatın Kanun'da ve Yönetmelik'te öngörülen usule göre yapılmaması halinde ise tebligat usulsüz yapılmış olur. Örneğin, Kanun'a göre muhatap veya muhatap adına tebligatı kabule yetkili kişiler dışında başka birine yapılmış tebligat, usulsüz olacaktır.

Usulsüz tebligat, daha önce de belirttiğimiz üzere mutlak geçersiz tebligat değildir. Muhatap, usulsüz yapılmış olsa da tebligatı bir şekilde öğrendiyse tebligat geçerli olacaktır. Muhatabın usulsüz tebligatın içeriğini öğrendiğini beyan ettiği tarih tebliğ tarihi olacaktır (Tebliğat Kanunu m. 32/II). Muhatap, tebliği hangi tarihte öğrendiğini beyan ettiyse usulsüz tebligat o tarih itibarıyla geçerli hale gelecek ve hukuki sonuçlarını doğurmaya başlayacaktır.<sup>10</sup> Dolayısıyla, usulsüz tebliğ öğrenilmedikçe tebliğe bağlı hukuki sonuçlar doğmayacak ve tebliğe bağlı süreler de işlemeye başlamayacaktır.

<sup>7</sup> Muşul, Tebligat Hukuku, s. 45; Derya Belgin Güneş, "Tebliğ Yokluğu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2016, C. 74, S.1, s. 223.

<sup>8</sup> Ruhi/Ruhi, s. 239; Muşul, Tebligat Hukuku, s. 497.

<sup>9</sup> Muşul, Tebligat Hukuku, s. 493-494; Erdönmez, s. 541; Ruhi/Ruhi, s. 239.

<sup>10</sup> Muşul, Tebligat Hukuku, s. 499-500; Yılmaz/Çağlar, s. 585 vd.

Yönetmelik'in 53. maddesinin üçüncü fıkrasında "Tebliğin usulüne aykırı yapılmış olması halinde, muhatabın tebliği öğrendiğinin ve bunun tarihinin iddia ve ispatı mümkün değildir." şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Bu hükme göre muhatabın usulsüz tebliği öğrendiğini beyan ettiği tarihin ayrıca araştırılması ve ispatı gerekli değildir. Bir başka ifadeyle, muhatabın öğrendiğini beyan etmesi yeterli görülmüştür. Ancak, dikkat edilirse gerek Kanun'da gerekse Yönetmelik'te muhatabın beyanına itibar edilirken bu beyanın sözlü bir beyan mı yoksa hal ve hareketler veya yapılan işlemler yoluyla ortaya koyulan bir irade beyanı mı olduğundan söz edilmemiştir.<sup>11</sup> Dolayısıyla, bu hükmü muhatabın usulsüz tebliği öğrendiğini açıkça söylemesi veya öğrendiğini gösteren belli işlemlere girişmesi halinde tebliği öğrenmiş sayılacağı şeklinde yorumlamak daha uygun olacaktır. Zira, muhatabın tebliği öğrenmeden yapması mümkün olmayan bir işlemi yaptıktan sonraki bir tarihte usulsüz tebliği yeni öğrendiği şeklindeki sözlü beyanına itibar edilmesi, hükmün konuluş amacına aykırı olacaktır. Ayrıca, muhatabın tebliğ konusuyla ilgili bir işlemi yaptıktan çok sonraki bir tarihte usulsüz tebliği yeni öğrendiğini beyan etmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir.<sup>12</sup> Bir hakkın dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılmasını hukuk düzeni korumayacaktır (Medeni Kanun m. 2). O halde, muhatap usulsüz tebliği öğrendiğini sözlü olarak beyan edebileceği gibi hal ve hareketleri ile de tebliği öğrenmiş olduğunu ortaya koyabilir; beyan etmemesine rağmen tebliğ konusuyla ilgili bir işlem yapmış olması halinde tebliği öğrenmiş sayılmalıdır.<sup>13</sup> Muhatap, usulsüz tebligatı daha sonra öğrendiğini beyan etmesine rağmen, muhatabın hal ve hareketleri veya yaptığı bir işlem, tebligatı öğrendiğini beyan ettiği tarihten daha önce öğrendiğini ortaya koyuyorsa tebliğ tarihi, muhatabın beyan tarihi değil, yaptığı işlem ile öğrenme iradesini ortaya koyduğu tarih olarak kabul edilecektir.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> Timuçin Muşul, İcra ve İflas Hukukunda Şikâyet, Ankara 2018, s. 155; Muşul, Tebligat Hukuku, s. 503.

<sup>12</sup> Erdönmez, s. 541-542; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, Medeni Usul Hukuku, s. 195; Ruhi/Ruhi, s. 242; Muhammet Özekes, Usulsüz Tebligat ve Dürüstlük Kuralı (Karar İncelemesi), "Usulsüz Tebligat ve Dürüstlük Kuralı (Karar İncelemesi)", *Manisa Barosu Dergisi*, Manisa 1998, Yıl: 17, S. 66, s. 57-58. Ayrıca bkz. Yılmaz/Çağlar, s. 584.

<sup>13</sup> Muşul, Tebligat Hukuku, s. 503; Ruhi/Ruhi, s. 241, 242; Erdönmez, s. 541; Yılmaz/Çağlar, s. 594.

<sup>14</sup> Muşul, Tebligat Hukuku, s. 505; Ruhi/Ruhi, s. 242.

Bu bakımdan, her ne kadar Yönetmelik'te muhatapın usulsüz tebliği öğrendiğinin ve bildirdiği öğrenme tarihinin aksinin ispat edilmeyeceği ifade edilse de bazı durumlarda muhatapın sözlü beyanda bulunmamasına rağmen usulsüz tebliğle ilgili bir işlem yapmış veya ona karşı daha sonra yapılan bazı işlemler varsa, muhatapın en geç bu tarihte öğrendiğini kabul etmek gerekecektir.<sup>15</sup> Dolayısıyla, muhatap usulsüz tebliğle ilgili işlem yaptıktan sonra sözlü beyanda bulunmuş olsa bile sözlü beyana itibar edilmeyerek usulsüz tebliğle ilgili yapılan işlemi ve tarihi ispat edilebilecektir. Doktrinde de ifade edildiği üzere muhatapın usulsüz tebliği öğrendiğini beyan ettiği tarihten daha önce öğrendiğinin ispatı mümkündür; ancak bu ispat tanıkla değil ancak daha önceki bir tarihte usulsüz tebliğle ilgili bir işlem yapıldığını gösteren yazılı bir belgeyle söz konusu olabilir.<sup>16</sup> Yazılı belge ile kastedilen, resmi veya tebliğin muhatapı tarafından imzası ikrar edilmiş bir belge olmasıdır.<sup>17</sup>

### III. TEBLİĞ USULSÜZLÜĞÜNÜN İLERİ SÜRÜLMESİ VE İNCELENMESİ

#### A. Genel Olarak

Tebliğat, muhatap adına çıkarıldığından, tebliğatın usulsüzlüğü de bizzat muhatap tarafından ileri sürülmelidir.<sup>18</sup> Doktrinde, tebliğ

<sup>15</sup> Yılmaz/Çağlar, s. 594; Erdönmez, s. 541.

<sup>16</sup> Muşul, Tebliğat Hukuku, s. 505; Yılmaz/Çağlar, s. 594; Erdönmez, s. 542; Kuru, Medeni Usul Hukuku El Kitabı, Cilt 2, s. 1684. "7201 sayılı Kanun'un 32. maddesi gereğince; tebliğatın usulsüz olması halinde, muhatapı tebliğden haberdar olmuş ise, muteber sayılır. Muhatapın beyan ettiği tarih tebliğ tarihi olarak kabul edilir. Şikayetçinin bildirdiği öğrenme tarihi esas olup, bu tarihin aksi karşı tarafça ancak, yazılı belge ile ispatlanabilir. Hukuk Genel Kurulu'nun 12/02/1969 tarih ve 1967/172 E.-107 K. sayılı kararında da benimsendiği üzere, beyan edilen öğrenme tarihinin aksi tanık beyanıyla ispat edilemez." 12. HD T. 07.04.2017 E. 2017/619 K. 2017/5736 (www.lexpera.com.tr); "Hukuk Genel Kurulu'nun 05.06.1991 tarih ve 1991/12-258 Esas-1991/344 Karar sayılı ilamında da açıklandığı üzere "...usulsüz tebliğ işlemi öğreneni muhatapın, bu tebliği öğrendiği tarihten itibaren yedi gün içinde, tebliğatın usulsüzlüğünü, şikayet yolu ile icra mahkemesi önüne getirmesi gereklidir". Şikayetçinin bildirdiği öğrenme tarihi esas olup, bu tarihin aksi karşı tarafça ancak yazılı belge ile ispatlanabilir. Hukuk Genel Kurulu'nun 12.02.1969 tarih ve 1967/172-107 sayılı kararında da benimsendiği üzere beyan edilen öğrenme tarihinin aksi tanık beyanıyla ispat edilemez." 12. HD T. 03.05.2016 E. 2016/2253 K. 2016/12958 (www.lexpera.com.tr).

<sup>17</sup> Muşul, İcra ve İflas Hukukunda Şikâyet, s. 272; Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. baskı, Ankara 2013, s. 141.

<sup>18</sup> Muşul, Tebliğat Hukuku, s. 513-514; Deliduman, s. 154.



usulsüzlüğünün ileri sürülüp inceleneceği makamın tebligat konusu işlemi yapan ve tebligatı çıkaran veya tebliğ evrakına karşı gidilecek yol bakımından yetkili makam olarak ifade edildiğini görmekteyiz.<sup>19</sup> Kanımızca, tebligatı çıkaran ve tebligat konusu işleme karşı başvurulacak makam aynı ise tebliğ usulsüzlüğü tebligatı çıkaran makam nezdinde ileri sürülüp incelenebilir, demek daha doğru olacaktır. Tebligatı çıkaran makam ile usulsüz tebliğ konu işlem için başvurulacak makam farklı ise kanımızca, usulsüz tebliğ iddiasının ileri sürülüp inceleneceği makamın tebliğ konu işleme karşı başvurulacak makam olması tebligat hukukunun amacına daha uygun olacaktır. Bununla birlikte, tebligatı çıkaran makamın tebliğ usulsüzlüğünü denetleme yetkisi bulunduğunu kabul etmek gerekir. Tebligatı çıkaran makamın, tebligatın açıkça usulsüz yapıldığını anlaması durumunda tebliğ usulsüzlüğünü değerlendirip yeniden tebligat çıkarılmasına karar verebilmesi, adil olmayan sonuçların doğmasını önleyecektir.

Tebligatı çıkaran makamın, örneğin mahkemenin, icra memurunun, iflas işlerinde iflas idaresinin, tebligatın usulüne uygun olup olmadığını inceleyebilmesi gerekirse de bu konuda tartışmalı görüşler ve yargı kararları bulunmaktadır. Bu görüşler ve yargı kararları ışığında bir davada veya icra takibinde tebliğ usulsüzlüğünün hangi makama ileri sürülebileceği veya hangi makam tarafından incelenebileceğine değineceğiz.

### **B. Mahkemelerin Usulsüz Tebligatı İnceleme Yetkisi**

Bir yargılama sürecinde tebligatın kanuna uygun şekilde yapılması, tarafların yargılamadan haberdar olmalarını ve yargılamanın adaletli ve sağlıklı bir şekilde yürütülmesini sağlamaktadır. O halde, yargılama sırasında tebligatın usulsüz olması anayasal bir temel hak olan hukuki dinlenilme hakkını da zedelemektedir.

<sup>19</sup> Erdönmez'e göre tebliğ usulsüzlüğünün tebligatı çıkaran makam nezdinde ileri sürülmesi ve incelenmesi gerekir (Erdönmez, s. 542). Tebliğ evrakına karşı gidilecek yol bakımından hangi makam görevli ise tebliğ usulsüzlüğünün de o makama ileri sürülmesi ve incelenmesi gerektiği konusunda ise bkz. Yılmaz/Çağlar, s. 604; Ruhi/Ruhi, s. 243; Muşul, Tebligat Hukuku, s. 513-514. Bunun yanında, bazı yazarlar, tebligatı çıkaran makamın tebliğ usulsüzlüğünü denetim görevi bulunduğunu ve tebligatın usulüne uygun olup olmadığını inceleyebilmesi gerektiğini de belirtmektedirler (Bkz. Akcan, s. 94; Muşul, Tebligat Hukuku, s. 512; Yılmaz/Çağlar, s. 615; Talih Uyar/Alper Uyar/Cüneyt Uyar, İcra Hukukunda Şikâyet, Ankara 2018, s. 305).

Bir dava sırasında yapılan tebligatın usulsüz olduğu iddiası, tebliği çıkararak makama yani mahkemeye iletilecektir. Bu talep üzerine mahkemenin tebligatın usulsüz olup olmadığına ilişkin bir inceleme yapıp karar vermesi gerekecektir. Mahkemenin usulsüz tebligat iddiası üzerine bir karar vermemesi veya tebligat usulsüz olmasına rağmen buna uygun olarak işlem yapmayarak yargılamaya devam etmesi halinde mahkemenin bu kararına karşı kanun yoluna başvurulabilir. Ancak, bu bir ara karar olduğu için ancak esas hükümle birlikte kanun yoluna başvurulması gerekmektedir.<sup>20</sup> Ancak, bir nihai kararın tebliği usulüne uygun yapılmamış ise usulsüz tebliği öğrenen borçlu, sürenin geçtiği gerekçesiyle istinaf kanun yolu başvurusunun reddedilmesi halinde mahkemenin verdiği bu red kararına karşı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 346. maddesinin ikinci fıkrasına göre bir hafta içinde istinaf yoluna başvurabilecektir.<sup>21</sup>

Mahkemenin tebliğ usulsüzlüğü iddiası üzerine bir inceleme yaparak tebligatın usulüne uygun olup olmadığına ilişkin bir karar vermesi gerektiğini belirtmiştik. Mahkeme, muhatabın talebi üzerine tebligat usulsüzlüğünü tespit ederse tebliğ tarihinin muhatabın beyan ettiği tarihe göre düzeltilmesini sağlayacaktır. Ayrıca, tebligatın usulüne uygun olup olmadığı bu konuda bir talep olmasa bile tebligatı çıkararak mahkeme tarafından kendiliğinden incelenebilmelidir. Zira, usulüne uygun olarak yapılan tebligatın tarafların yargılamadaki en önemli anayasal temel hakkı olan adil yargılanma ve hukuki dinlenilme hakkına hizmet ettiği ve dolayısıyla usulsüz tebligatın tarafların hukuki dinlenilme hakkına zarar vereceği unutulmamalıdır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da verdiği bir kararda<sup>22</sup> usulüne uygun olmayan tebligatın mahkemece kendiliğinden dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin de aynı yönde kararları bulunmaktadır.<sup>23</sup> Ayrıca, tebligatın usulsüz olmasına rağmen yargıla-

<sup>20</sup> Erdönmez, s. 543; Muhammet Özkes/Emel Hanağası, Yargı Örgütü ve Tebligat Hukuku, Eskişehir 2016. s. 153.

<sup>21</sup> Özkes/Hanağası, s. 153; Yılmaz/Çağlar, s. 605; Ruhi/Ruhi, s. 243.

<sup>22</sup> "...tebligatın usulüne uygunluğu hakim in resen göz önüne alması gereken kamu düzeni (ile ilgili) yanı ağır basan hususlardandır." HGK T. 02.07.2003 E. 2003/442 K. 2003/445 (www.lexpera.com.tr).

<sup>23</sup> "Yargılamanın hukuka uygun ve sağlıklı bir biçimde sürdürülebilmesi, iddia ve savunmanın özgürce ileri sürülebilmesi ve delillerin eksiksiz olarak toplanıp tartışılabilmesi, öncelikle tarafların yargılamadan haberdar edilmeleri ile olanaklıdır. 7201 sayılı Tebligat Kanunu ve bu Kanun'un uygulanması için çıkarılan Tüzük

maya devam edilmesi ve hüküm kurulması halinde hukuki dinlenilme hakkının ihlali sebebiyle hükme karşı kanun yoluna başvurulması sonucu hükmün kaldırılması veya bozulması mümkün olabilecektir.<sup>24</sup> Bu sebeple, usulsüz tebligatın talep olmasa bile yargılama sırasında mahkeme tarafından kendiliğinden incelenebilmesi, usul ekonomisine de uygun olacaktır. Mahkemenin kendiliğinden tebligat usulsüzlüğünü tespit etmesi halinde ise muhataba yeniden tebligat yapılmasına karar vermesi uygun olacaktır.

Usulsüz tebligat, hukuki dinlenilme hakkının ihlali sayıldığına göre, tebligat usulsüzlüğüne rağmen yargılamaya devam edilmesi, kanun yolunda da mahkemenin kendiliğinden dikkate alması gereken bir konudur.<sup>25</sup> Üst derece mahkemesi, kanun yoluna başvuru sebeplerinde belirtilmese bile kamu düzeninden sayılan hususları kendiliğinden inceleyebileceği için kamu düzeninden olan hukuki dinlenilme hakkının kapsamına dahil sayılabilecek usulüne uygun tebligat yapıp yapılmadığı hususunu da kendiliğinden denetleyebilmelidir.<sup>26</sup> Ancak,

---

hükümleri tamamen şeklidir ve titizlikle uygulanması gerekir. Bir davada yapılan tebligatların usulüne uygun olarak yapıp yapılmadığı hâkim kendiliğinden denetlemelidir. Davanın taraflarının, usul hukuku hükümlerine aykırı olarak açıklama ve ispat hakkını kullanmalarının kısıtlanması, iddia ve savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurur." 22. HD T. 19.01.2017 E. 2016/30635 K. 2017/360 (www.lexpera.com.tr).

<sup>24</sup> Erdönmez, s. 543, 885. "Yargılamanın hukuka uygun ve sağlıklı bir biçimde sürdürülebilmesi, iddia ve savunmanın özgürce ileri sürülebilmesi ve delillerin eksiksiz olarak toplanıp tartışılabilmesi, öncelikle tarafların yargılamadan haberdar edilmeleri ile olanaklıdır. Hasımsız davalar hariç olmak üzere, dava dilekçesi ile duruşma gün ve saati karşı tarafa tebliğ edilmeden ve taraf teşkili sağlanmadan davaya bakılamaz ve yargılama yapılamaz. Davanın tarafları ile vekillerinin davaya ilişkin işlemleri öğrenebilmesi için, tebligatın usulüne uygun olarak yapılması, duruşma gün ve saatinin kendilerine bildirilmesi gerekmektedir. Duruşma günü ile tebligatın yapıldığı tarih arasında makul bir süre olmalıdır. Aksi takdirde tarafların hukuksal hakları kısıtlanmış olur....Bu nedenle, mahkemece usulsüz tebligat nedeniyle davalıya Tebligat Kanunu gereğince yasaya uygun olarak tebligat yapılarak davalının savunması ve delillerini sunması sağlanarak elde edilecek deliller tüm dosya içeriği ile bir değerlendirmeye tabi tutularak karar verilmesi gerekirken usulüne uygun şekilde taraf teşkili sağlanmadan yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir." 22. HD T. 06.02.2020 E. 2017/26885 K. 2020/1754 (www.lexpera.com.tr).

<sup>25</sup> Erdönmez, s. 543; Özekes/Hanağası, s. 153.

<sup>26</sup> Usulsüz tebligatın hukuki dinlenilme hakkının ilk unsuru olan bilgilenme hakkını ihlal ettiği ve hukuki dinlenilme hakkının ihlalinin kamu düzeninden sayıldığı için istinaf mahkemesince kendiliğinden incelenmesi gerektiğine ilişkin olarak bkz. Sezin Aktepe Artık, "İstinaf Kanun Yolunda Kamu Düzeni Kavramı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2018, S. 134, s. 277.

Yargıtay aksi görüştedir. Yargıtay,<sup>27</sup> istinaf sebepleri içinde ileri sürül-meyen ve kamu düzeninden de sayılmayan tebligat usulsüzlüğünün bölge adliye mahkemesince kendiliğinden dikkate alınamayacağına karar vermiştir.

Yargıtay'ın, usulsüz tebligata rağmen yargılamaya devam edile-rek bir hüküm verilmesini hukuki dinlenilme hakkının bir ihlali sa-yarak bozma sebebi olarak gördüğünü daha önce belirtmiştik. Ancak, belirtmek gerekir ki, usulsüz tebligat muhatabı tarafından öğrenilmiş-se tebligatın usulsüz olarak yapılması tek başına bozma sebebi teşkil etmeyecektir. Ayrıca, tebligatın usulsüz olması bir hile sebebiyle mey-dana gelmiş ve muhatap yargılama sırasında bunu öğrenememiş ve yargılamaya dahil olamamışsa bu durum bir yargılamanın yenilenme-si sebebi (Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 375/I-h) oluşturacaktır.<sup>28</sup>

### C. İcra Dairesinin Usulsüz Tebligatı İnceleme Yetkisi

İnceleme konumuz icra takipleri olduğu için bu başlık altında teb-ligatı çıkaran makam olarak icra dairesinin usulsüz tebligatı inceleme yetkisi, özellikle Yargıtay kararları ışığında ele alınacaktır.

Bir icra takibinde, icra dairesinin hem tebligatı çıkaran hem de tebliğ konusu işleme karşı başvurulacak makam olması durumunda, muhataba çıkarılan tebligatın usulsüz tebliğ edildiği iddiasının teb-li-gatı çıkaran ve tebliğ konusu işleme itiraz için başvurulacak makam olan icra dairesinde ileri sürülerek incelenebilmesi gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, örneğin, genel haciz yoluyla takipte veya kira bedeli-

<sup>27</sup> “İcra mahkemesince verilen şikayetin reddi kararına karşı şikayetçi borçlu tara-fından yasal süresi içerisinde sunulan istinaf dilekçesinin incelenmesinde; ipotek borçlusunun, şikayet nedenlerinden biri olan tebligat usulsüzlüğüne ilişkin iddi-ayı istinaf nedeni olarak ileri sürmediği, ancak buna rağmen bölge adliye mah-kemesince HMK'nın 355. maddesine aykırı olacak şekilde anılan hususta re'sen inceleme yapılarak, borçluya yapılan satış ilanı tebliğ işleminin usulsüz olduğu gerekçesiyle ihalenin feshine karar verildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, böl-ge adliye mahkemesince, HMK'nın 355. maddesine aykırı olacak şekilde istinaf dilekçesinde ileri sürülmemeyen ve kamu düzeni yönünden de incelenecek husus-lardan olmayan tebligat usulsüzlüğü hakkında inceleme yapılarak sonuca gidil-mesi isabetsiz olup, başkaca fesih nedeni de bulunmadığından, HMK'nın 353/1-b-1 maddesi gereği, şikayetçinin istinaf isteminin esastan reddine karar verilme-si gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.” 12. HD T. 14.10.2019 E. 2019/11746 K. 2019/14741 (www.lexpera.com.tr).

<sup>28</sup> Özkes/Hanağası, s. 153; Yılmaz/Çağlar, s. 620 vd.; Erdönmez, s. 543.

nin ödenmemesi sebebiyle ilamsız tahliye takibinde borçlunun, ödeme emrine ilişkin usulsüz tebliği öğrendiğini icra dairesine bildirmesi ve bu tarihten itibaren yedi gün içinde icra dairesinde ödeme emrine itiraz etmesi gerekli ve yeterli olmalıdır.<sup>29</sup> Ancak, bu konuda aksi yönde Yargıtay kararları bulunmaktadır. Yargıtay,<sup>30</sup> genel haciz yoluyla

<sup>29</sup> Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, s. 139. Aynı görüşte, Recep Akcan, "İcra İşlerinde Tebligat", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Konya 1999, C. 7, S. 1-2, s. 93-94; Yılmaz/Çağlar, s. 615; Özekes/Hanağası, s. 153; Uyar/Uyar/Uyar, s. 304; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2021, s. 104.

<sup>30</sup> "İİK'nın 269/2. maddesi uyarınca borçlu ödeme emrinin tebliği üzerine yedi gün içerisinde tüm itirazlarını 62. maddeye göre icra dairesine bildirmeye mecburdur. Tebligat usulsüzlüğü iddiası ise İİK'nın 16. maddesi kapsamında şikâyet olmakla ittıla tarihinden itibaren aynı sürede icra mahkemesine bildirilmesi gerekmektedir." 12. HD T. 15.12.2015 E. 2015/21921 K. 2015/31736 (www.lexpera.com.tr); "Şirkete yapılan Ödeme emri usule uygun tebliğ edilmemiş ise de; mahalli mahkemece bu icra dosyasına dayalı olarak verilen 8.11.2007 gün ve 2007/1078-1182 sayılı tahliyeye ilişkin karar davalı tarafından 26.12.2007 tarihinde temyiz edilmiş ve davalı borçlu vekili temyiz dilekçesinde hükmün tebliğinden 22.12.2007 tarihinde haberdar olduklarını beyan etmiştir. Davalı borçlunun ödeme emrinin tebliğindeki usulsüzlüğü bu tarihte öğrendiğinin kabulü gerekir. Ne var ki bu tarih itibarıyla tebligatın usulsüzlüğünü icra mahkemesinde şikâyet yoluyla ileri sürüp, tebliğ tarihini düzeltmediği gibi, süresinde de itirazda bulunmadığından 30.6.2007 tarihinde yapılan tebligat kesinleşmiştir." 6. HD T. 09.02.2009 E. 2009/13832 K. 2009/1021 (www.lexpera.com.tr); "Kendisine gönderilen usulsüz tebligatı öğrenen muhatabın, bu tebligatın usulsüz olduğunu öğrendiğini beyan edeceği makam, tebligatı çıkaran icra dairesi olup, itirazlarını da öğrenme tarihinden itibaren yasal sürede yine icra dairesine bildirmelidir. Tebligatın usulsüzlüğünü her ne yolla olursa olsun öğrenen borçlunun, takibe itirazlarını bildirmemesi ve aynı zamanda icra mahkemesine de şikâyet yoluyla tebligatın usulsüzlüğü konusunda başvurmamış olması halinde, takipten doğan hukuki sonuçların yerine getirilmesinde yasal bir engel varlığından da söz edilemez. Nitekim, emsal nitelikteki Hukuk Genel Kurulu'nun 30.03.2005 gün ve 2005/6-190 esas, 2005/220, 28.09.2005 gün ve 2005/6-518-518 sayılı kararlarında da bu hususlar kabul edilmiştir. Somut olayda; usulsüz tebliğe muttali olan borçlunun takibin yapıldığı icra dairesine böyle bir beyanı ve itirazı olmadığı gibi, süresi içinde bir ödemesi ve icra mahkemesine şikâyet başvurusu da bulunmamaktadır. Durum bu olunca; davacı/alacaklı/kiralayanın, davalı/borçlu/kiracı hakkında yaptığı takip kesinleşmele icra mahkemesince tahliye istemli davanın esasına girilerek sonucuna göre bir karar verilmek gerekirken, açıklanan hususlara aykırı gerekçelerle davanın reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir." HGK T. 05.12.2007 E. 2007/915 K. 2007/946 (www.lexpera.com.tr); "Usulsüz tebliği işlemini öğrenen muhatabın, bu tebliği öğrendiği tarihten itibaren (7) gün içinde şikâyet yolu ile tebligatın usulsüzlüğünü tetkik mercii önüne getirmesi gereklidir. Ayrıca, işin önemli yönü yine öğrenme tarihinden itibaren kanuni süresi içinde alacaklının seçtiği takip şekline göre, borçlu ait olduğu mercieye itirazlarını da bildirmek zorundadır. Aksi halde takip kesinleşir. Bir başka deyişle, tebligatın usulsüzlüğünün şikâyet edilmesi itiraz süresinin işlemlerini durdurmaz." 12. HD T. 30.04.2001 E. 2001/5857 K. 2001/7291 (www.lexpera.com.tr)

takipte veya kira bedelinin ödenmemesi sebebiyle ilamsız tahliyede borçlunun tebliğ usulsüzlüğünü öğrendiği tarihten itibaren yedi gün içinde icra dairesinde ödeme emrine itiraz etmesi; aynı zamanda aynı yedi gün içinde şikâyet yoluyla icra mahkemesine de ödeme emrinin usulsüz tebliğ edildiğinin tespiti ve tebliğ tarihinin öğrenme tarihi olarak düzeltilmesi için başvurması gerektiği görüşündedir. Bu görüşe göre, borçlu, öğrenme tarihinden itibaren yedi gün içinde icra dairesinde ödeme emrine itiraz eder ve fakat icra mahkemesine usulsüz tebliği tespit için başvurmazsa borçlu itiraz etmemiş gibi takip kesinleşecektir. Aynı şekilde, borçlu yedi gün içinde icra mahkemesine başvurmuş ve fakat icra dairesinde ödeme emrine itiraz etmemişse takip yine kesinleşecektir.<sup>31</sup>

Şikâyet, icra ve iflas dairelerinin kanuna veya hadiseye uygun olmayan işlemlerinin iptali veya düzeltilmesi ya da yapmadıkları veya geciktirdikleri işlemlerin yapılması için takibin tarafları veya hukuki yararı bulunan kişiler tarafından başvuru olan bir yoldur.<sup>32</sup> İcra memurunun kendiliğinden gözetmesi gereken bir hususa uymayıp takip hukukuna ilişkin hükümlerin yanlış uygulanmasına sebep olması halinde şikâyet yoluna başvurulması gerekir.<sup>33</sup> Şikâyet süresi, İcra ve İflas Kanunu'nda şikâyet konusu işlemin öğrenilmesinden itibaren yedi gün olarak belirtilmiştir (İİK m. 16/I). Ancak, bir hakkın yerine getirilmemesi veya sürüncemede bırakılması söz konusu ise süresiz şikâyet

<sup>31</sup> Bkz. Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, s. 140 dn. 43 ve 44'teki Yargıtay kararları; "Borçlu hakkında yapılan ilamsız takip üzerine icra mahkemesine başvurusunda kendisine yapılan tebligatın Tebligat Kanunu'nun 21 ve Tebligat Tüzüğü'nün 28. maddesine göre usulsüz olduğunu, taşınmazların başında yapılan keşif tarihinde haberdar olduğunu bildirmiş, devamında takibin kesinleşmediğinin tespiti isteminde bulunmuştur. İlamsız takip borçlunun süresi içerisinde İcra Müdürlüğüne yaptığı itiraz üzerine durur. Bir başka deyişle ancak bu durumda takip kesinleşmemiş sayılır. Somut olayda borçlunun öğrendiğini bildirdiği tarihe göre de icra müdürlüğüne yapılmış bir itirazı bulunmamaktadır. Bu durumda icra mahkemesince borçluya yapılan tebligatın usulsüzlüğü ve tebliğ tarihinin öğrenme tarihine göre düzeltilmesi yönünde karar verilmekle yetinilmesi gerekirken bunun yanında takibin kesinleşmediğinin tespitine yönelik hüküm oluşturulması isabetsizdir." 12. HD T. 22.12.2011 E. 2011/19359 K. 2011/30161 (www.legalbank.net).

<sup>32</sup> Hakan Pekcanitez/Cemil Simil, İcra-İflas Hukukunda Şikâyet, İstanbul 2017, s. 49; Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, s.103; Muşul, İcra ve İflas Hukukunda Şikâyet, s. 55; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özekes, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2019, s. 60; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, İcra ve İflas Hukuku, s. 75.

<sup>33</sup> Pekcanitez/Simil, s. 35; Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, s. 223.

hakkı bulunmaktadır (İİK m. 16/II). İcra ve İflas Kanunu'nda açıkça belirtilmese de icra memurunun kamu düzenine aykırı işlemlerinden dolayı da süresiz şikâyet yoluna başvurulabileceği; bu anlamda, takibin tarafları (özellikle borçlu) veya üçüncü kişiler lehine kamu yararı amacıyla konulmuş emredici hükümlere aykırı olarak yapılan işlemlerin kamu düzenine aykırı olduğu belirtilmektedir.<sup>34</sup> Yargıtay, kararlarından anlaşıldığı kadarıyla, usulsüz tebligata karşı genel şikâyet sebebi olan işlemin kanuna aykırı olmasına dayanarak öğrenmeden itibaren yedi gün içinde şikâyet yoluyla icra mahkemesine başvurulması gerektiğini belirtmektedir. Kanımızca, usulüne uygun tebligatın hukuki dinlenilme hakkına hizmet ettiği ve borçlunun menfaatini korumak düşüncesiyle getirilen bir hüküm olduğu dikkate alınır, icra dairesinin çıkardığı tebligatın usulsüz yapılması, kamu düzenine aykırı bir işlem olarak nitelendirilebilir. Ayrıca, şikâyetin, icra memurunun kendiliğinden gözetmesi gereken bir hususa uymaması sebebiyle başvuru bir yol olması göz önüne alınarak, icra memurunun usulsüz tebliği dikkate alıp inceleyebileceği; dikkate almaması durumunda ise bu işleme karşı şikâyet yoluna başvurulabileceği söylenebilecektir. Bu bakımdan, icra memurunun hukuki dinlenilme hakkı ve kamu düzeniyle ilişkili usulsüz tebligat iddiasını dikkate alıp incelemesi; dikkate almayarak işlem yapması halinde ise buna ilişkin şikâyetin süresiz olarak; bir başka ifadeyle icra takibi bitinceye kadar her zaman yapılabilmesi gerekir.

Yargıtay verdiği başka bir kararda<sup>35</sup> ödeme emri usulsüzlüğünün

<sup>34</sup> Pekcanitez/Simil, s. 148; Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, s. 109; Muşul, İcra ve İflas Hukukunda Şikâyet, s. 290, 292; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes, s. 66; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, İcra ve İflas Hukuku, s. 80-81.

<sup>35</sup> "İcra müdürünün "ödeme emrinin borçluya usulüne uygun olarak tebliğ edilmiş olduğunu" kendiliğinden gözeterek, alacaklının haciz talebini reddetme yetkisi bulunmamaktadır. Tebligat Kanunu'nun 21. maddesine göre borçluya yapılan tebligatın yasaya uygun olup olmadığının takdir ve tespiti icra müdürüne değil; bu hususta şikâyet vaki olduğu takdirde, tebligatın usulüne uygun olup olmadığı hakkında ve tebliğ tarihinin düzeltilmesi gerekip gerekmediği yönünde karar verme yetkisi icra mahkemesine aittir. Borçlunun usulsüz tebligat şikâyeti bulunmadığına göre şikâyetin kabulü gerekirken reddi yönünde hüküm tesisi isabetlidir." 12. HD T. 02.03.2015 E. 2014/30286 K. 2015/4328 (www.lexpera.com.tr); "İcra müdürünün ödeme emrinin borçluya usulüne uygun olarak tebliğ edilmiş olduğunu kendiliğinden gözeterek, alacaklının haciz talebini reddetme yetkisi bulunmamaktadır. Tebligat Kanunu'nun 21. maddesine göre borçluya yapılan tebligatın yasaya uygun olup olmadığını tespit ve takdir yetkisi borçlu tarafından şikâyet yoluna başvurulduğu takdirde icra mahkemesine ait olup, icra müdürü-

icra memuru tarafından değerlendirilecek bir husus olmayıp şikâyet yoluyla icra mahkemesi tarafından değerlendirilmesi gerektiğini ve bu sebeple icra memurunun ödeme emri tebliğ usulsüzlüğünü dikkate alarak alacaklının haciz talebini reddedemeyeceğini belirtmiştir. Yargıtay'ın bu kararı menfaat dengesine uygun olmayıp adil olmayan sonuçları da beraberinde getirecektir. Örneğin, tebliğ usulsüzlüğü nedeniyle borçlunun ödeme emrine itiraz edememiş olması sonucu alacaklı, takibin kesinleştiğinden bahisle borçlunun mallarına haciz konulmasını icra dairesinden isteyebilecek ve icra dairesi tebliğ usulsüzlüğünü tespit etse bile bunu değerlendiremeyeceği için haczi yapmak zorunda kalacaktır. Böyle bir durumda, borçlunun tebliğ usulsüzlüğünü tespit için icra mahkemesine başvurarak usulsüz tebliği tespit ettirmek zorunda bırakılması kabul edilemez.<sup>36</sup> Kaldı ki, şikâyet yoluyla icra mahkemesine başvurulması, kendiliğinden icrayı durdurmaz (İcra ve İflas Kanunu m. 22). İcra mahkemesi, kendiliğinden veya talep üzerine şikâyetin sonuçlanmasına kadar icranın durmasını gerekli görürse, icranın durdurulmasına karar verebilir; böyle bir karar vermedikçe şikâyet yoluna başvurulmuş olması, kendiliğinden icrayı durdurmaz.<sup>37</sup>

Kanımızca, Yargıtay'ın görüşü Tebligat Kanunu sistemine aykırı olduğu gibi icra hukukunda uygulama alanı olan takip ekonomisi ilkesine de aykırıdır. Tebliğ usulsüzlüğünün tebliği çıkaran ve tebliğ evra-

---

nün böyle bir yetkisi yoktur." 12. HD T. 07.09.2015 E. 2015/17219 K. 2015/19793 (www.lexpera.com.tr); "İcra müdürünün "ödemeye emrinin borçluya usulüne uygun olarak tebliğ edilmemiş olduğunu" kendiliğinden gözeterek, alacaklının haciz talebini reddetme yetkisi bulunmamaktadır. Borçluya yapılan tebligatın yasağa uygun olup olmadığının takdir ve tespiti icra müdürüne değil; bu hususta şikâyet vaki olduğu takdirde, tebligatın usulüne uygun olup olmadığı hakkında ve tebliğ tarihinin düzeltilmesi gerekip gerekmediği yönünde karar verme yetkisi icra mahkemesine aittir." 12. HD T. 13.04.2015 E. 2014/35381 K. 2015/9520 (www.lexpera.com.tr); "02.07.2012 tarih ve 6352 Sayılı Kanununun 16. maddesi ile değişik İİK'nın 82/son maddesinde icra memuruna tanınan taktir hakkı, haczi talep edilen mal veya hakların haczinin caiz olup olmadığına yöneliktir. Ödeme emri tebliğ işleminin usulsüzlüğü ancak ilgilisi tarafından İİK'nın 16.maddesi uyarınca yasal sürede icra mahkemesinde şikâyet yoluyla ileri sürülmesi halinde değerlendirilebilecek bir husus olup, icra müdürlüğüne kendiliğinden nazara alınmış tebligatın usulsüz olduğu değerlendirilerek alacaklının haciz isteminin reddine karar verilemez." 12. HD T. 12.03.2013 E. 2012/33118 K. 2013/8963 (www.lexpera.com.tr).

<sup>36</sup> Uyar/Uyar/Uyar, s. 304-305.

<sup>37</sup> Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, s. 113; Pekcanitez/Simil, s. 323, 325.



kına karşı gidilecek makam olan icra dairesinde ileri sürülerek gerekli işlemlerin yapılması gerekir. İcra dairesi, bu konuda gerekli kararı vermemiş veya talebi değerlendirmemiş ve icra takibine devam etmiş ise ancak bu durumda icra dairesinin bu işlemine karşı icra mahkemesine şikâyet yoluyla başvurulabilecektir.<sup>38</sup> Borçluyu ödeme emri tebliğinin usulsüzlüğünü öğrendiği tarihten itibaren hem icra dairesine itiraz; hem de icra mahkemesine tebliğ usulsüzlüğünü tespit için şikâyet yoluna başvurma zorunluluğu altında bırakmak icra hukukunda menfaatler dengesine uygun olmadığı gibi icra dairesinin inceleyip gerekli kararı verebileceği bir husus hakkında gereksiz masraf ve zaman kaybına yol açması açısından da uygun olmayacaktır. Tebligat Kanunu, usulsüz tebligatın geçerli olmasını ve hukuki sonuç doğurmasını borçlunun usulsüz tebliği öğrenmesine bağladığı için borçlu, ödeme emrinin usulsüz tebliğini öğrendiğinde tebligatın hukuki sonucu olan itiraz süresi işlemeye başlayıp itiraz hakkı kullanılabilirliği için ayrıca şikâyet yoluyla icra mahkemesine başvurulmasında hukuki bir yarar bulunmamaktadır.<sup>39</sup> Ayrıca, icra dairesi, tebligatı çıkaran makam olarak bu yönde bir talep olmasa bile tebligatın usulsüz olup olmadığını kendiliğinden de inceleyebilmeli; tebliğ usulsüzlüğünü tespit etmesi durumunda ise yeniden tebligat çıkarılmasına kendiliğinden karar verebilmelidir.<sup>40</sup> Nitekim, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi de verdiği bir kararda<sup>41</sup> icra müdürünün usulsüz tebligatı denetlemekle yükümlü olduğunu belirtmiştir. Böyle bir durumda, eğer yeniden tebligat çıkarmazsa icra dairesinin bu işlemi hakkında şikâyet yoluna başvurulabilecektir. Ancak, Yargıtay,<sup>42</sup> tebligat usulsüzlüğünün icra müdürlüğüne ve hat-

<sup>38</sup> Özkes/Hanağası, s. 153; Erdönmez, s. 542-543.

<sup>39</sup> Akcan, s. 93-94; Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, s. 139 dn. 41.

<sup>40</sup> Özkes/Hanağası, s. 153; Akcan, s. 94; Yılmaz/Çağlar, s. 615; Talih Uyar, İcra Tebliğleri, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2013/4, s. 227; Uyar/Uyar/Uyar, s. 306.

<sup>41</sup> "İcra Dosyasında mevcut tebligat bu açıklamalar ışığında incelendiğinde davacının adreste bulunmama nedeninin tevsik edilmediği, dolayısıyla tebligatın Tebligat Kanunu 21. maddeye aykırı olduğu görülmektedir. İcra Müdürü tebligatın Tebligat Kanunu hükümlerine uygun olarak tebliğ edilip edilmediğini denetlemekle yükümlüdür" 4. HD T. 16.01.2003 E. 2002/8860 K. 2003/344 (www.legal-bank.net).

<sup>42</sup> "Tebliğatın usulüne uygun yapıp yapılmadığı hususu, yalnızca ilgisinin icra mahkemesi nezdinde İİK'nın 16/1. maddesi kapsamında yapacağı şikâyet üzerine mahkemece incelenebilir. İcra mahkemesi, açıkça ileri sürülmedikçe tebligat usulsüzlüğünü re'sen nazara alamayacağı gibi, icra dairesi de tebligatın usulsüz olduğunu belgeleyen icra mahkemesi tarafından verilmiş bir karar getirilmediği sürece, tebligatın usulsüz olduğunu kendiliğinden dikkate alamaz. Hal böy-

ta icra mahkemesince bile kendiliğinden incelenemeyeceğini belirtmektedir. Yargıtay'a göre, tebligat usulsüzlüğü mutlaka muhatap tarafından şikâyet yoluyla icra mahkemesine iletilmeli; icra mahkemesi bu konuda bir şikâyet olmadan tebliğ usulsüzlüğüne ilişkin bir karar vermemelidir.<sup>43</sup>

le olunca, icra dairesince; ödeme emri tebliğinin usulsüz yapıldığından bahisle, borçlunun takipten itiraz tarihinde haberdar olduğu kabul edilerek, takibin durdurulması yönünde işlem tesis edilmesi doğru değildir." 12. HD T. 30.11.2017 E. 2016/24064 K. 2017/14989 (www.lexpera.com.tr); "Tebliğatin usulüne uygun yapıp yapılmadığı hususu, yalnızca ilgilisinin icra mahkemesi nezdinde İİK'nın 16/1. maddesi kapsamında yapacağı şikâyet üzerine mahkemece incelenebilir. İcra mahkemesi, açıkça ileri sürülmedikçe tebligat usulsüzlüğünü re'sen nazara alamayacağı gibi, icra dairesi de, tebligatın usulsüz olduğunu belgeleyen icra mahkemesi tarafından verilmiş bir karar getirilmediği sürece, tebligatın usulsüz yapılmış olduğunu kendiliğinden dikkate alamaz." 12. HD T. 27.02.2017 E. 2016/11587 K. 2017/2700 (www.lexpera.com.tr); "Tebliğatin usulüne uygun yapıp yapılmadığı hususu yalnızca ilgilisinin icra mahkemesi nezdinde İİK'nın 16/1. maddesi kapsamında yapacağı şikâyet üzerine mahkemece incelenebilir. İcra mahkemesi, açıkça ileri sürülmedikçe tebligat usulsüzlüğünü re'sen nazara alamayacağı gibi; icra dairesi dahi tebligatın usulsüz olduğunu belgeleyen icra mahkemesi tarafından verilmiş bir karar getirilmediği sürece kendiliğinden tebligatın usulsüz yapılmış olduğunu dikkate alamaz." 12. HD T. 24.03.2016 E. 2015/30937 K. 2016/8775 (www.lexpera.com.tr); "Tebliğ işlemlerinin usulsüzlüğü ancak ilgilisi tarafından İİK'nın 16.maddesi uyarınca yasal sürede icra mahkemesinde şikâyet yoluyla ileri sürülmesi halinde değerlendirilebilecek bir husus olup, icra müdürlüğüne kendiliğinden nazara alınıp tebligatın usulsüz olduğuna karar verilemeyeceği gibi, icra mahkemesince de re'sen inceleme konusu yapılamaz." 12. HD T. 18.06.2015 E. 2015/10311 K. 2015/17068 (www.lexpera.com.tr); "02.07.2012 tarihli ve 6352 Sayılı Kanunun 16. maddesi ile değişik İİK'nın 82/son maddesinde icra memuruna tanınan takdir yetkisi, haczi talep edilen mal veya hakların haczinin caiz olup olmadığına yöneliktir. Ödeme emri tebliğ işleminin usulsüzlüğü ancak ilgilisi tarafından İİK'nın 16.maddesi uyarınca yasal sürede icra mahkemesinde şikâyet yoluyla ileri sürülmesi halinde değerlendirilebilecek bir husus olup, icra müdürlüğüne kendiliğinden nazara alınıp tebligatın usulsüz olduğuna karar verilemeyeceği gibi, icra mahkemesince de re'sen inceleme konusu yapılamaz." 12. HD T. 12.03.2014 E. 2014/4348 K. 2014/7114 (www.lexpera.com.tr).

<sup>43</sup> "...borçlu vekili şikâyet dilekçesinde satış ilanı tebligatının usulsüz olduğunu açıkça ileri sürmediği halde, mahkemece borçlunun, şikâyet dilekçesinde dayandığı vakıaların dışına çıkılıp, kamu düzeniyle ilgili olmayan, re'sen dikkate alınacak hususlar kapsamında da bulunmayan; "satış ilanının usulüne uygun tebliğ edilmediği" nedenine dayalı olarak ihalenin feshine karar verilmesi doğru değildir." 12. HD T. 25.02.2016 E. 2015/34086 K. 2016/5257 (www.lexpera.com.tr); "Somut olayda; borçlu, şikâyet dilekçesinde, kıymet takdir raporu tebligatının usulsüz olduğunu ileri sürmediği halde, mahkemece, borçlunun şikâyet dilekçesinde dayandığı vakıaların dışına çıkılıp, re'sen dikkate alınacak hususlar kapsamında da olmayan tebligat usulsüzlüğü nedenine dayalı olarak, kıymet takdir raporunun borçluya usulüne uygun tebliğ edilmediği, dolayısı ile kıymet takdiri kesinleşmediği, ihalenin feshi aşamasında kıymet takdirine itirazın değerlendirilebileceği, bilirkişiden alınan rapor içeriklerine göre borçlunun kıymet takdirine

Kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takipte ise ödeme emrinin usulsüz tebliğini öğrenen borçlu, usulsüz tebliğin tespiti talebini ve ödeme emrine itirazını süresi içinde icra mahkemesine iletebilecektir. Zira, kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takipte ödeme emrine itiraz icra dairesine değil icra mahkemesine yapıldığı için icra mahkemesinin borçlunun itirazından önce usulsüz tebligata ilişkin bir inceleme yaparak karar vermesi, takip ekonomisi açısından uygun olacaktır. Kanımızca, bu halde dahi tebligatı çıkaran icra dairesinin ödeme emrinin usulsüz tebliğ edildiğini tespit etmesi halinde yeniden tebligat yapılmasına karar vermesi mümkün olmalıdır. Ancak, daha önce de belirttiğimiz üzere borçlunun usulsüz tebligatı öğrenip tebliğ usulsüzlüğünü ileri sürmesi bakımından tebligat konusu işleme karşı hangi makama başvuracak ise usulsüz tebliğin tespiti ve tebliğ tarihinin öğrendiği tarih olarak düzeltilmesini o makamdan talep etmesi takip ekonomisi açısından uygun olacaktır.

Yargıtay verdiği bir kararda,<sup>44</sup> kambiyo senetlerine özgü haciz

---

yönelik itirazının yerinde olduğundan bahisle ihalenin feshine karar verilmesi doğru değildir." 12. HD T. 11.02.2016 E. 2015/27405 K. 2016/3443 (www.lexpera.com.tr); "HMK'nın 119/1-e maddesi uyarınca şikayetçi iddiasının dayanağı olan bütün vakıaları şikayet dilekçesinde göstermek zorundadır. Aynı Kanun'un 25. maddesi hükmüne göre de hâkim, şikâyet dilekçesinde bildirilen vakıalarla bağlı olup; ileri sürülmeyen maddi olayları kendiliğinden gözetemez. Somut olayda; yukarıda içeriği özetlenen şikayet dilekçesi kapsamına göre; şikayetçi borçlu vekili satış ilanı tebligatının usulsüz olduğunu açıkça ileri sürmediği halde, mahkemece borçlunun, şikayet dilekçesinde dayandığı vakıaların dışına çıkılıp, kamu düzeniyle ilgili olmayan, re'sen dikkate alınacak hususlar kapsamında da bulunmayan; "satış ilanının usulüne uygun olarak tebliğ edilmemesi" nedenine dayalı olarak ihalenin feshine karar verilmesi doğru değildir." 12. HD T. 28.01.2016 E. 2015/31391 K. 2016/2591 (www.lexpera.com.tr); Haciz ihbarnamesi tebliğ işleminin usulsüzlüğü ancak ilgilisi tarafından İİK'nın 16.maddesi uyarınca yasal sürede icra mahkemesinde şikayet yoluyla ileri sürülmesi halinde değerlendirilebilecek bir husus olup, icra müdürlüğüncelendiğinden nazara alınıp tebligatın usulsüz olduğu değerlendirilerek alacaklının haciz isteminin reddine karar verilemez. O halde mahkemece icra müdürlüğünün, alacaklının haciz isteminin reddine dair 28.10.2014 tarihli işleminin yukarıda açıklanan gerekçelerle iptaline karar verilmesi ile yetinilmesi gerekirken, üçüncü kişiler tarafından icra mahkemesine getirilmiş usulsüz tebligat şikâyeti olmadığı halde, tebliğ işlemi denetlenip haciz ihbarnamesi tebligatlarının usulsüz olduğundan bahisle şikayetin reddi şeklinde hüküm tesisi isabetsizdir." 12. HD T. 08.12.2015 E. 2015/20048 K. 2015/30866 (www.lexpera.com.tr).

<sup>44</sup> "Borçlu, ödeme emri tebligatının usulsüz olduğunu, İİK'nın 16 ve devamı maddelerinde düzenlenen şikâyet usulüne göre usulsüz tebligatı öğrendiği tarihten itibaren 7 gün içinde icra mahkemesinde ileri sürebilir. İcra müdürü tebligatın usulsüz olduğunu kendiliğinden göz önüne alarak takibin kesinleşmediği gerekçesi

yoluyla takipte ödeme emri usulsüzlüğünün yedi gün içinde şikâyet yoluyla icra mahkemesinde; başka bir kararında<sup>45</sup> ise, ödeme emrine itirazlar ile birlikte tebliğ usulsüzlüğünün beş gün içinde icra mahkemesinde ileri sürülmesi gerektiğini belirtmiştir.

## SONUÇ

Bir yargılamada veya icra takibinde taraflara yapılan tebligatın usulüne uygun olarak yapılması, yargılamanın veya takibin adil, sağlıklı bir şekilde yürütülmesine hizmet etmektedir. Tebligat, hukuki dinlenilme hakkının ilk unsurunu teşkil eden bilgilendirme hakkı bakımından önem arz eder. Bir davada veya takipte tarafların kendilerini ilgilendiren konularda açıklama ve itiraz haklarını kullanabilmeleri ancak usulüne uygun olarak bilgilendirilmeleri sayesinde mümkün olabilecektir. Usulüne uygun olmayan bir tebligat, hukuki dinlenilme hakkının ihlali sayılabileceğinden hem bir davada mahkemenin hem de bir icra takibinde icra dairesinin veya icra mahkemesinin usulsüz tebligatı bu yönde bir talep olmasa bile kendiliğinden dikkate alarak ona göre işlem yapması gerektiği kanısındayız. Ayrıca, usulsüz tebliği öğrenen muhatap, tebligata konu işleme karşı hangi makama başvurabilecek ise tebligatın usulsüz yapıldığı iddiasının da aynı makam tarafından incelenip karara bağlanabilmesi gerekir. Bir davada usul ekonomisi, bir takipte ise takip ekonomisi açısından uygun olan budur.

## Kaynakça

### Kitaplar

Aktepe Artık Sezin, Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2014.  
Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema/Hanağası Emel, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2021.

ile hacizlerin kaldırılmasına karar veremez." 12. HD T. 04.11.2015 E. 2015/13537 K. 2015/26759 (www.lexpera.com.tr).

<sup>45</sup> "İİK'nın 168.maddesinin birinci fıkrası uyarınca icra memuru senedin kambiyo senedi olduğunu ve vadesinin geldiğini görürse, borçluya senet sureti ile birlikte hemen bir ödeme emri gönderir. Ödeme emrinin tebliğinden itibaren 5 gün içinde itiraz edilmezse takip kesinleşir. Borçluya yapılan ödeme emri tebligatı usulsüz ise borçlu usulsüz tebliği öğrendiği tarihten itibaren beş gün içinde icra mahkemesinde ödeme emrine itiraz edebilir." 12. HD T. 05.06.2012 E. 2012/1332 K. 2012/19189 (www.lexpera.com.tr).

- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema/Hanağası Emel, İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2021.
- Atalı Murat/Ermenek İbrahim/Erdoğan Ersin, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2019.
- Budak Cem/Karaaslan Varol, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2017.
- Deliduman Seyithan, Tebligat Hukuku Bilgisi, 6. baskı, Ankara 2019.
- Erdönmez Güray, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. bası, İstanbul 2017.
- Kuru Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. baskı, Ankara 2013.
- Kuru Baki, Medeni Usul Hukuku El Kitabı, Cilt 1, Ankara 2020.
- Kuru Baki, Medeni Usul Hukuku El Kitabı, Cilt 2, Ankara 2020.
- Muşul Timuçin, İcra ve İflas Hukukunda Şikâyet, Ankara 2018.
- Muşul Timuçin, Tebligat Hukuku, 6. baskı, Ankara 2016.
- Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003.
- Özekes Muhammet/Hanağası Emel, Yargı Örgütü ve Tebligat Hukuku, Eskişehir 2016.
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2019.
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Sungurtekin Özkan Meral/Özekes Muhammet, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2019.
- Pekcanitez Hakan/Simil Cemil, İcra-İflas Hukukunda Şikâyet, İstanbul 2017.
- Postacıoğlu İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. baskı, İstanbul 1975.
- Rosenberg Leo/Schwab Karl Heinz/Gottwald Peter, Zivilprozessrecht, München 2010.
- Ruhi Canan/Ruhi Ahmet Cemal, Tebligat Hukuku Bilgisi, 5. baskı, Ankara 2019.
- Stein Friedrich/Jonas Martin, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 3, Tübingen 2005.
- Uyar Talih/Uyar Alper/Uyar Cüneyt, İcra Hukukunda Şikâyet, Ankara 2018.
- Üstündağ Saim, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000.
- Waldner Wolfram, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, Köln-Berlin-Bonn-München 1989.
- Yılmaz Ejder/Çağlar Tacar, Tebligat Hukuku, 6. baskı, Ankara 2013.

## Makaleler

- Akcan Recep, "İcra İşlerinde Tebligat", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Konya 1999, C. 7, S. 1-2, s. 63-95.
- Aktepe Artık Sezin, "İstinaf Kanun Yolunda Kamu Düzeni Kavramı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2018, S. 134, s.257-292.
- Belgin Güneş Derya, "Tebligat Yokluğu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2016, C. 74, S.1, s.221-231.
- Özekes Muhammet, "Usulsüz Tebligat ve Dürüstlük Kuralı (Karar İncelemesi)", *Manisa Barosu Dergisi*, Manisa 1998, Yıl: 17, S. 66, s. 56-63.

Pekcanitez Hakan, "Hukuki Dinlenilme Hakkı", *Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan*, İzmir 2000, s. 753-791.

Uyar Talih, "İcra Tebliğleri (İİK. 21)", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2013/4, s.155-240.

### **Mahkeme Kararları**

12. HD T. 30.04.2001 E. 2001/5857 K. 2001/7291 ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)).
4. HD T. 16.01.2003 E. 2002/8860 K. 2003/344 ([www.legalbank.net](http://www.legalbank.net)).
- HGK T. 02.07.2003 E. 2003/442 K. 2003/445 ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)).
- HGK T. 05.12.2007 E. 2007/915 K. 2007/946 ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)).
6. HD T. 09.02.2009 E. 2009/13832 K. 2009/1021 ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)).
12. HD T. 22.12.2011 E. 2011/19359 K. 2011/30161 ([www.legalbank.net](http://www.legalbank.net)).
12. HD T. 05.06.2012 E. 2012/1332 K. 2012/19189 ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)).
12. HD T. 12.03.2013 E. 2012/33118 K. 2013/8963 ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)).
12. HD T. 12.03.2014 E. 2014/4348 K. 2014/7114 ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)).
12. HD T. 02.03.2015 E. 2014/30286 K. 2015/4328 ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)).
12. HD T. 13.04.2015 E. 2014/35381 K. 2015/9520 ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)).
12. HD T. 18.06.2015 E. 2015/10311 K. 2015/17068 ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)).
12. HD T. 07.09.2015 E. 2015/17219 K. 2015/19793 ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)).
12. HD T. 04.11.2015 E. 2015/13537 K. 2015/26759 ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)).
12. HD T. 08.12.2015 E. 2015/20048 K. 2015/30866 ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)).
12. HD T. 15.12.2015 E. 2015/21921 K. 2015/31736 ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)).
12. HD T. 28.01.2016 E. 2015/31391 K. 2016/2591 ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)).
12. HD T. 11.02.2016 E. 2015/27405 K. 2016/3443 ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)).
12. HD T. 25.02.2016 E. 2015/34086 K. 2016/5257 ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)).
12. HD T. 24.03.2016 E. 2015/30937 K. 2016/8775 ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)).
12. HD T. 03.05.2016 E. 2016/2253 K. 2016/12958 ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)).
22. HD T. 19.01.2017 E. 2016/30635 K. 2017/360 ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)).
12. HD T. 27.02.2017 E. 2016/11587 K. 2017/2700 ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)).
12. HD T. 07.04.2017 E. 2017/619 K. 2017/5736 ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)).
12. HD T. 30.11.2017 E. 2016/24064 K. 2017/14989 ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)).
12. HD T. 14.10.2019 E. 2019/11746 K. 2019/14741 ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)).
22. HD T. 06.02.2020 E. 2017/26885 K. 2020/1754 ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)).



# DİJİTAL ÇAĞDA YENİ BİR HUKUKİ KİŞİLİK ARAYIŞI: YAPAY ZEKÂ

## SEARCH FOR A NEW LEGAL PERSONALITY IN DIGITAL AGE: ARTIFICIAL INTELLIGENCE

Erdem DOĞAN\*

**Özet:** Yapay zekâya hukukî kişilik tanınması konusu özünde, o varlığa pozitif hukuk karşısında bir dizi hak ve buna bağlı yükümlülükler tanınmasını ifade etmektedir. İnsan olmayan varlıklara kişilik tanınmasına yönelik bir hukuk politikası oluşturulması ve bu hukuk politikasının normatif bir düzenlemeye dönüştürülmesi **sürecinde** hangi ölçütlerin aranması gerektiğine ilişkin özellikle bilişim hukuku **öğretisi** ve uygulamanın yanıtlaması gereken bazı temel sorular bulunmaktadır.

Bir varlığa kişilik tanınıp tanınamayacağı sorununun çözümünde başlangıç noktası, kişilik kavramının anlamının, kapsamının ve hukukî niteliğinin belirlenmesidir. İkinci aşama ise, kendisine kişilik hakkı tanınması öngörülen varlığın, kişiliği varoluşsal bir yapı olarak gören maddi yaklaşım ile bir varlığa hukukun ve toplumun kişilik atfedip atfetmemesini esas alan şekli yaklaşım çerçevesinde bir değerlendirme sürecine tabi tutulmasıdır.

Dar ya da zayıf yapay zekâ olarak tanımlanan sınırlı bir faaliyet alanı ve otonomi özelliğine sahip sistemlerin, bu niteliklerine bağlı olarak hukuk karşısında nesne olarak kabul edilmeleri gerektiği konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Buna karşılık, günümüzde dijital çağın ve bilişsel bilimin ulaştığı başarı düzeyi, farklı algoritmik yapılar ve kompleks yazılımlar ile makine öğrenmesi yoluyla kendi deneyimleriyle öğrenebilen, herhangi bir dış müdahale olmadan bağımsız şekilde hareket edebilen otonom yapay zekânın geliştirilmesine de olanak tanımaktadır. Söz konusu varlıkların, kendileri için tanımlanan görevleri yerine getirmeleri sırasında aldıkları otonom kararlar ve gerçekleştirdikleri eylemler zaman zaman kişilerin malvarlığı veya şahıs varlığı değerlerine zarar vermeleri ya da bir borç ilişkisinde borca aykırılığa yol açmaları yönüyle hukukî bir sorumluluğun doğumuna neden olmaktadır. Bu itibarla, günümüzde, güçlü bir otonomi özelliği bulunan yapay zekâli varlıklar bakımından kendine özgü bir kişilik modelinin geliştirilmesi ihtiyacı ortaya çıkmış bulunmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Kişilik, Hukukî Statü, Yapay Zekâ, Hak ve Fiil Ehliyeti, Akıllı Makineler

\* Avukat, doganerd66@gmail.com, ORCID: 0000 0003 0541 6147, Makalenin Gönderim Tarihi: 26.10.2022, Kabul Tarihi: 26.10.2021



**Abstract:** The issue of granting legal personality to artificial intelligence, in essence, refers to a decision to grant a set of rights and related obligations to that entity. There are some basic questions that should be answered by especially information technology law doctrine and practice, regarding which criteria should be sought in the process of establishing a legal policy for the recognition of non-human beings and transforming this legal policy into a normative regulation.

The starting point in solving the problem of whether an entity can be recognized as a personality is to determine the meaning, scope and legal nature of the concept of personality. In the second stage, the entity, which is envisaged to be granted personality rights, is subjected to an evaluation process within the framework of the material approach, which sees the personality as an existential structure, and the formal approach based on whether the law and society ascribe personality to an entity.

There is no doubt that systems with a limited scope of activity and autonomy, defined as narrow or weak artificial intelligence, should be accepted as objects by the law, depending on these characteristics. On the other hand, the level of success reached by cognitive technology today has also allowed the development of autonomous artificial intelligence, which can learn from its own experiences through machine learning with different algorithmic structures and complex software and can act independently without any human interference. The autonomous decisions and actions taken by the artificial intelligence during the fulfillment of the tasks defined for it can sometimes damage the assets or personal assets of individuals or cause a breach of contract in obligatio. In this respect, today, the need to develop a unique personality model has emerged in terms of artificial intelligence beings with a strong autonomy feature.

**Keywords:** Personality, Legal Status, Artificial Intelligence, Capacity to Have Rights And Obligations, Capacity to Act, Smart Machines

## GİRİŞ

18. yüzyılın ikinci yarısından itibaren dünyayı etkisi altına almaya başlayan endüstri devrimi ile birlikte insan ve makine iş birliğinin ilk tohumları atılmıştır. İçinde bulunduğumuz dijital çağda akıllı ve bağlantılı teknolojik ürünlerin yol açtığı veri patlamasına bağlı olarak bilişsel bilimin ulaştığı gelişmişlik düzeyi, biyolojik insan algoritmalarını taklit eden bir modellemeye dayanan yapay zekâ teknolojisini üretmiştir. Bugün geldiğimiz nokta itibarıyla çok sayıda sektör ve iş modellerinde gerçekleştirilen üretim, pazarlama, satış, denetim, lojistik gibi endüstriyel faaliyetlerin hemen her aşamasında insanlar ve yapay zekâ destekli sistemler, iş birliği içinde ve koordineli bir şekilde çalışarak dünya ekonomisine değer katmaktadır.

Endüstri devriminden bugüne insan makine birlikteliği çok büyük bir mesafe kat etmiş, insan yaşamına önemli katkılar sağlayan bir aktör haline gelmiştir. Bu yaklaşım zamanımızda, kas gücü ve basit makinelerle gerçekleştirilen üretim sürecinden, biyolojik zekâyı taklit eden bilgisayarlar ile makinenin hızı ve sentetik zekâsına sahip insanların oluşturduğu insan-makine karışımı bir varlığın tasarlandığı bir noktaya evrilmiştir.<sup>1</sup> Bu zihin devriminin bir sonucu olarak, insan makine etkileşimi kapsamında kaydedilen ilerlemelerin boyutu ve kapsamı, geçmişte gerçekleşmesi olanaksız görülen birçok ütöpik hayallerin gerçek hayata aktarılmasına yönelik proje çalışmalarının kapısını aralamıştır. Zira insanların makine ve algoritmalar tarafından taklit edilemeyen sezgi, hayal gücü, uyum gibi eşsiz yetileri bulunduğu gibi, makinelerin de otomasyon, makine öğrenmesi ve sentetik zekâ gibi kas ve biyolojik beyne kıyasla büyük avantaj sağlayan yetenekleri bulunmaktadır.<sup>2</sup>

İnsanoğlu böylesine güçlü ve yetenekli bir varlıkla, geleneksel yöntemlerle çözümünü uzun yıllar alabilecek küresel sorunları kısa sürede ortadan kaldırmayı, ekonomik ve sosyal hayatta da verimlilik, iş memnuniyeti ve toplumsal refah bakımından en üst noktalara ulaşmayı amaçlamaktadır. Daha da önemlisi bilim insanları, süper yapay zekanın uyarlanabilir ve dinamik yapısı sayesinde sibernetik toplum hedefi çerçevesinde, dünya medeniyetinin statik kalıplarını kırarak çok daha derin ve sofistike katmanlara ulaşmayı hedeflemektedir.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Söz konusu yaklaşım, insan ve makine arasındaki katı farklılığın (insan/makine dualizmi) ortadan kaldırılması ve bunun yerine, insan ve makine iş birliğine dayalı bir anlayışın kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu yaklaşıma göre, bilişsel bilim günümüzde insan ve makineyi ayrılmaz bir şekilde birbirine bağladığından bu iki varlığın aynı anda düşünme ve hareket etme yeteneği bulunmaktadır. J. Gunther/F. Munch/S. Beck/S. Loffler/C. Leroux/R. Labruto, Issues of Privacy and Electronic Personhood in Robotics, Proceedings - IEEE International Workshop on Robot and Human Interactive Communication, 2012, s. 818 10.1109/ROMAN.2012.6343852.

<sup>2</sup> Ray Kurzweil, Kurzweil Network, Accelerating Intelligence, Essays, (singularity Q&A), December 2011. <https://www.kurzweilai.net/singularity-q-a> SET:08.08.2020; Michael E. Porter/James E. Heppelmann, *Harvard Business Review*, HBR'S 10 Must Reads, "Artırılmış Gerçeklik Stratejisine Neden Her Organizasyonun İhtiyacı Vardır?", (Çev.Nadir Özata), Harvard Business School Publishing Corporation, 2019, s. 108.

<sup>3</sup> James H. Wilson/Paul R. Daugherty, *Harvard Business Review*, HBR'S 10 Must Reads, "İşbirliğine Dayalı Zekâ: İnsanlar ile Yapay Zekâ Güçlerini Birleştiriyor", (Çev.Nadir Özata), Harvard Business School Publishing Corporation, 2019, s. 187

Bununla birlikte, yerleşik kural ve sistemleri temelinden değiştirecek radikal bir dönüşümün, pozitif hukukla desteklenmediği sürece sosyal yapı ve ekonomik ilişkilerde kaotik bir duruma yol açması kaçınılmaz görünmektedir. Bu nedenle, insan-makine bütünleşmesi projesi gerçek hayata aktarılırken, hukukî alt yapının oluşturulmasına yönelik çalışmaların da ihmal edilmemesi büyük önem taşımaktadır. Örneğin, insanlarla birlikte veya onlarla entegre olmuş şekilde çalışacak, aynı zamanda sosyal hayatın ve yaşayan hukukun da bir parçası haline gelecek yapay zekânın hukuk karşısındaki konumunun belirsiz olması, toplumsal ilişkilerde önemli bir güven ve istikrar sorununa sebep olacaktır. Bu bağlamda, insansı özellikler taşıyan, insanlar tarafından yapılan işleri eksiksiz yerine getiren, gerçekleştirdiği bu görevler sırasında insanlarla veya nesnelere etkileşime giren bu varlıkların hukukî statüsünün belirlenmesi, hukuk güvenliği ilkesinin korunması anlamında oldukça önemli bir adım olacaktır.<sup>4</sup>

---

vd; Thomas H. Davenport/Rajeev Ronanki, *Harvard Business Review*, HBR'S 10 Must Reads, "Gerçek Dünya İçin Yapay Zeka", (Çev.Nadir Özata), Harvard Business School Publishing Corporation, 2019, s. 29. Bilişim dünyasındaki son gelişmeler, sibernetik toplum hedefinin insanlık için çok da uzak olmadığını göstermektedir. Nitekim Elon Musk 29.8.2020 tarihinde, beyinle makine arasında arayüz oluşturmak üzere yapılan çalışmalar çerçevesinde Gertrude adı verilen ve beyine bozuk para büyüklüğünde bir çip takılmış olan domuzu tanıtmıştır. Musk bu çipi, "beyne takılan ve küçücük kabloları olan bir çeşit akıllı bileklik" olarak tanımlamıştır. Bu arayüzle, nörolojik sorunları olan kişilerin, telefonlarını ve bilgisayarlarını zihinleriyle kontrol edebilecekleri; bunama, parkinson hastalığı ve omurilik zedelenmelerinin bu yöntemle tedavi edilebileceği ifade edilmektedir. Neuralink isimli şirket, anılan cihazın insanlar üzerindeki denemelerine, kısa süre içerisinde başlamayı hedeflemektedir. Musk, bu çalışmaya ilişkin nihai amacını, "süper insan bilişselliği" adını verdiği bir çağda, insan ırkını yok edebileceğine inanılan yapay zekâyla mücadele etmek olarak açıklamaktadır. <https://www.bbc.com/turkce/haberler>. SET. 16.10.2020.

<sup>4</sup> Örneğin, son 30 yılda Amerika Birleşik Devletleri'nde robotların davranışlarından kaynaklanan nedenlerle toplam 26 kişi hayatını kaybetmiştir. Birleşik Krallık'ta ise yalnızca 2005 yılında robotlarla ilgili 77 ölümcül kaza meydana gelmiştir. 29 Haziran 2015'te Frankfurt'ta bir Volkswagen fabrikasında meydana gelen kazada 22 yaşındaki bir işçinin bir robot tarafından öldürülmesiyle ilgili olayda savcılar, 2015 yılı itibarıyla kimin yargılanması gerektiğine karar verememiş durumdadır. Bu örneklerden de anlaşıldığı üzere Robotik endüstri potansiyel olarak kaza riski taşımaktadır. Tıbbi robotlar bile her zaman güvenilir değildir. Örneğin, Temmuz 2015'te yayınlanan bir araştırmada, cerrahi robotların ABD'de 14 yıllık bir süre içinde (2000-2013) en az 144 kişinin ölümüne ve 1391 kişinin yaralanmasıyla bağlantılı olduğunu ortaya koymuştur. Ayrıca birçok yazar, yakın gelecekte yapay zekâ ve robotik alanın hızla gelişmesine bağlı olarak, çok daha kapsamlı zararların ortaya çıkabileceğini ileri sürmektedir. S. M. Solaiman, *Legal Personality of Robots, Corporations, Idols and Chimpanzees: A Quest for Legitimacy*; Univer-

## II. YAPAY ZEKÂNIN HUKUKÎ KİŞİLİĞİ

### A. YAPAY ZEKÂNIN HUKUKÎ KİŞİLİK SORUNU

Biyolojik olmayan zekâyâ hukukî kişilik tanınması konusu özünde, o varlığa bir dizi hak ve buna bağlı yükümlülükler verilmesine yönelik bir kararı ifade etmektedir. İnsan olmayan varlıklar bakımından kişilik tanınmasına ilişkin böyle bir karar verilir verilemeyeceği, verilecekse karar alma sürecinde hangi ölçütlerin aranacağı konusu öğretinin ve uygulamanın yanıtlaması gereken en temel sorular olarak görülmektedir.

İnsan dışında bir varlığa kişilik tanınması konusunda izlenmesi gereken iki aşamalı bir değerlendirme süreci bulunmaktadır. Buna göre, bir varlığa kişilik tanınıp tanınamayacağı sorununun çözümünde başlangıç noktası, kişilik kavramının anlamının, kapsamının ve hukukî niteliğinin belirlenmesidir. İkinci aşama ise, kendisine kişilik hakkı tanınması öngörülen varlığın, kişiliği varoluşsal bir yapı olarak gören maddi yaklaşım ile bir varlığa hukukun ve toplumun kişilik atfedip atfetmemesini esas alan şekli yaklaşım çerçevesinde bir değerlendirme sürecine tabi tutulmasıdır.

Kişiliği maddi açıdan ele alan ve buna bağlı olarak kişiliğin felsefi ve ahlaki boyutunu benimseyen görüş, kural olarak, insanlar dışında kalan varlıklara kişilik hakkı tanınamayacağını savunmaktadır. Şekli anlamda kişiliği benimseyen görüş ise kişilik sorununun çözümünde,

---

sity of Wollongongs, Faculty Of Law, Humanities And The Arts - Papers, 2017, s. 2, 3. Hubbard'a göre, insan olmamasına rağmen, kişilik kazanmak için gereken kapasiteye sahip olduğunu iddia eden makine insanla eşdeğer tutulmayı talep edebilecektir. Çünkü makine bu aşamada sadece dünyayla etkileşim kurma yeteneğine sahip olmakla kalmayıp, "öz farkındalığı" olan kendini bilen bir varlık olarak yeterli zekâ ve psikolojik gelişime ulaşmıştır. Bu bağlamda, yaşamla ve kişilerle anlamlı ve sorumlu bir şekilde etkileşim kurma planına sahiptir. Ayrıca kişilik için gereken kapasitelerde eşit, özerk bir varlık olarak kapasitelerini kullanabilmesi için öz-mülkiyet, (bir kişinin bedensel bütünlüğüne sahip olması ve kişinin kendi bedeninin ve yaşamının münhasır kontrolörü olması için kişinin ahlaki veya doğal hakkı olarak ifade edilen, kendi kişiliğinde mülkiyet kavramıdır) hakkını talep edebilecektir. Buradan hareketle makine, mülk olarak muamele görmeyi ve köleliği reddedecektir. Bu nedenle şimdiden yapay zekânın kişiliğine ilişkin hukukî boşluğun giderilmesine yönelik çalışmaların yapılması akılcı bir yaklaşım olacaktır. F. Patrick Hubbard, Do Androids Dream? Personhood and Intelligent Artifacts, University of South Carolina Scholar Commons, 83 Temp. L. Rev. 405 (2011), s. 407.

hukukun ve toplumun bir varlığa kişilik atfedip atfetmemesinin belirleyici olacağını ileri sürmektedir.<sup>5</sup> Bu kapsamda şekli kişiliği savunan yaklaşıma göre, bu tür bir kararın oluşturulmasında, söz konusu varlıkların fiziksel yapısı, teknik özellikleri veya diğer karmaşık fonksiyonlarından ziyade, tanınması öngörülen hakların ve görevlerin kapsamı ile o varlığın yeteneklerinin niteliği önemli bir rol oynamaktadır. Söz konusu niteliklerin belirlenmesi, yapay zekâ sistemleri için öngörülen hak ve yükümlülüklerin kapsamının ve sınırlarının saptanması konusunda da yol gösterici olacaktır.<sup>6</sup>

Biyolojik olmayan varlıklara hukukî kişilik tanınıp tanınmamasına yönelik karar kavramsal olduğu kadar pragmatik sonuçlara da bağlıdır. Buna göre, yapay zekâ varlıkların, toplumsal yapıdaki işlevselliklerinin ve sosyal rollerinin derecesi, toplum tarafından genel bir kabul görüp görmeyeceği gibi hususlar, yasal bir statü elde edemeyecekleri konusu üzerinde belirleyici olacaktır.<sup>7</sup>

Yapay zekâ sistemlerinin sosyal ve ekonomik hayattaki etkili ve vazgeçilmez rolleri ile sahip oldukları insanlara özgü birtakım yetiler, bu tür varlıkların eylemsel durumlarının normatif bir statüye dönüştürülmesi konusunda toplum üzerinde baskıya neden olmaktadır. Ayrıca yakın gelecekte insanlar ve yapay zekâ varlıklar arasında geçerli

<sup>5</sup> Mireille Hildebrandt, "From Galatea 2.2 to Watson - and Back?": M. Hildebrandt and J. Gaakeer (eds.), (Human Law and Computer Law: Comparative Perspectives, Springer 2013, s. 18; J. Frederick White, Personhood: An Essential Characteristic of the Human Species, The Linacre Quarterly, 2013;80(1), s. 74.

<sup>6</sup> Tyler Jaynes, Legal personhood for artificial intelligence: citizenship as the exception to the rule, 2019, AI & SOCIETY, s. 2.

<sup>7</sup> Tarihte varlıklara kişilik tanınmasının pragmatik nedenler ile toplumdaki işlevsellik ve sosyal rollere göre şekillenmesine ilişkin birçok uygulama bulunmaktadır. Örneğin, İngiliz Common Law (İngiliz Teamül Hukuku), 19. yüzyıl reformlarından önce, evli bir kadına, medeni hukukun pek çok alanında kocasınınkinden ayrı bir kişilik hakkı tanınmazken, kilise hukukuyla ilgili konularda davada taraf olma ehliyeti ve ceza ehliyeti de dâhil olmak üzere tam bir kişilik hakkı tanınıyordu. Benzer şekilde, Roma yasalarına göre köleler kişi olarak kabul edilmemelerine karşın, bazı durumlarda efendileri adına değil, kendi ad ve hesaplarına, özgür kişilere karşı şikâyette bulunma hakkına sahiplerdi. Bu örnekler, geçmişte kişilik hakkı tanınmamış insanlara pragmatik gereklilikler veya sosyal yapıdaki rollerin oluşturduğu baskı sonucu kısmen de olsa kişilik hakkı tanındığını, bu hakların zamanla tam bir kişilik hakkına dönüştüğünü ortaya koymaktadır. Samir Chopra/Laurence F. White, A Legal Theory for Autonomous Artificial Agents; The University of Michigan Press, E-book, Ann Arbor, MI: University of Michigan Press, https://doi.org/10.3998/mpub.356801 USA, 2011, s. 156- 157.

olan etkileşim biçiminde meydana gelecek muhtemel değişimler ile toplumsal yapıda yapay zekânın görevlerine ilişkin oluşacak beklenti ve talepler, bu varlıklara hukuki bir statü kazandırılmasına yönelik bilimsel çalışmaları oldukça önemli hale getirmektedir.<sup>8</sup>

Doğuştan hak ehliyetine ve kişiliğe sahip olduğu kabul edilen insan dışındaki varlıklara da hukukî kişilik tanınıp tanınmayacağı Ortaçağ'dan beri tartışılan bir konu olmuştur.<sup>9</sup> Bu tartışmalar temelde toplumsal ve ekonomik gereklilikler nedeniyle, gerçek kişiler dışında başka varlıklara da yasal bir kişilik tanınması ihtiyacından kaynaklanmıştır. Şöyle ki, şehir hayatında meydana gelen dikkat çekici değişim ve toplumsal ilişkilerdeki yoğunlaşma, uzun vadeli ve kolektif çalışmayı gerektiren sorunları ortaya çıkarmıştır. Bu durum geçici varlıklar olan insanlara oranla daha uzun ömürlü ve kendisini oluşturan insanların varlığından bağımsız kişilere olan gereksinimi artırmıştır. Bu nedenle insanlar dışındaki varlıklara, mal ve kişi topluluklarına da hukuk düzenlerince ilk kez kişilik hakkı tanınmış, hukukun çizdiği sınırlar dâhilinde haklara ve borçlara sahip olabilme imkânı getirilmiştir.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Chopra/White, *Autonomous Artificial Agents*, s. 154; Çağlar Ersoy, *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk*, 3. Baskı, İstanbul, Nisan 2018, s. 83- 84. Her ne kadar biyolojik olmayan zekânın, toplumsal hayatta ve ekonomik ilişkilerdeki rolü ile insansı yetileri bu varlıklara hukukî bir statü kazandırılması konusunda genel bir beklenti ve talep oluştursa da bunun anılan sistemleri üreten şirketler bakımından olumsuz bir gelişme olacağı da ileri sürülmektedir. Zira şirketler yapay zekâyı üretmek ve geliştirmek için harcadıkları zaman, kaynak ve gösterdikleri çabanın karşılığını kısa vadede almak istemektedirler. Ancak yapay zekânın kişilik kazanması durumunda, üreticiler ile yapay zekâ arasında geçerli olan mülkiyet veya kölelik bağı, işçi işveren ilişkisine dönüşecektir. Söz konusu istihdam ilişkisi, iş hukuku kapsamında, işverenlerin yapay zekâlı varlıklara çeşitli malî ve sosyal haklar sağlamları sonucunu doğuracaktır ki, bu ise üreticiler ve şirketler bakımından ekonomik açıdan arzu edilmeyen bir durum anlamına gelmektedir. Jaynes, s. 14.

<sup>9</sup> Örneğin Roma hukukunda tüzel kişilik örneklerine rastlanmakla birlikte bu çok geç tarihlerde ve sistematik olmayan bir yolla gerçekleşmiştir. Bu kapsamda Roma'da; Roma Devleti, esnaf ve sanatkarların kurduğu cemiyetler (collegium) ve dinî derneklere (sodalitas) hukukî kişilik tanınmıştır. İslam hukukunda ise tüzel kişiliğe sahip vakıflar çok yaygın olarak kullanılmış ve sosyal yapının şekillenmesinde önemli görevler üstlenmişlerdir. Özcan K. Çelebican, *Roma Hukuku, Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış 18.Bası*, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s. 181 vd.; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk, Temel Bilgiler*, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2018, s. 215.

<sup>10</sup> Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk*, s. 213; Aydın Zevkliler/ Şeref Ertaş/Ayşe Havutçu/M. Beşir Acabey/Damla Gürpınar, *Yeni Medeni Kanun'a Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler)*, 10. Baskı, Ankara 2018, s. 133; Rona Serozan, *Medeni Hukuk*,

Hukukî kişiliğin niteliği ve hangi varlıklara kişilik tanınması gerektiğine yönelik olarak geçmişten günümüze yoğun tartışma ve değerlendirmeler süre gelmiş olmakla birlikte, gerçekte bu konunun seyrini, geçerli olduğu zamanın ve coğrafyanın toplumsal gerçeklikleri ve yaşam biçimleri belirlemiştir.<sup>11</sup> Zira tarihin hiçbir döneminde insan dışındaki varlıklara kişilik hakkı tanınması konusunda somut ve bağlayıcı bir ölçüt belirlenememiş, kişilik sahibi olabilmek için biyolojik insan olmanın zorunlu bir unsur olup olmadığına dair tutarlı ve yeknesak bir uygulama geliştirilememiştir. Örneğin, Roma hukukunda manastır, şehir, nehir gibi insan olmayan kimi varlıklara kişilik hakkı tanınmışken, baba egemenliğine (pater familias) tabi olan eşler ve çocuklar bakımından hak ehliyeti öngörülmemiştir. Pater familias, hane halkı adına yasal hakların ve yükümlülüklerin öznesi olurken, pater familias'ın karısı ve çocukları sadece dolaylı olarak yasal haklardan yararlanabiliyordu. Bu dönemde toplumda, devlet gücünden ziyade kapalı aile ekonomisi koşulları egemen olduğundan, her ailenin kendine özgü hukuk kuralları, örf ve adetleri bulunuyordu. Bu durumun bir sonucu olarak kişiler hukuku da toplumda geçerli olan kural ve inançlar çerçevesinde şekillenmekteydi.<sup>12</sup>

Hangi yönetim veya hukuk sistemi geçerli olursa olsun, insanlık tarihi boyunca kişiliğin tanınmasında yegâne güç devlet ve siyasi irade olmuştur. Siyasî irade bu tercihini yürürlükte olan hukuk sistemi çerçevesinde kanun yapma veya başka bir ad altında düzenleyici hükümler getirmek suretiyle kullanmıştır. Siyasî iradenin oluşumunda değişen toplumsal ihtiyaçlar ve ekonomik gelişmelerin de belirleyici olduğu kuşkusuzdur.<sup>13</sup> Nitekim toplumsal yaşam içinde bireylerin bir-

---

Genel Bölüm Kişiler Hukuku, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 493; Mustafa Dural/Tufan Ögüz, Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, 20. Baskı, İstanbul 2019, s. 224.

<sup>11</sup> Chopra/White, *Autonomous Artificial Agents*, s. 157.

<sup>12</sup> Çelebican, s. 160 vd.; Chopra/White, *Autonomous Artificial Agents*, s. 157; Ersoy, s. 86.

<sup>13</sup> Chopra'ya göre kişiliğin yasama organları veya mahkemeler tarafından tanınması, yasal, siyasi veya ahlaki baskı sonucu gerçekleşmektedir. Hukukî kişiliğin tanınmasında, hukukun sosyal gerçeklerle uyum içinde işleyişini kolaylaştırma amacı büyük önem taşımaktadır. Bu bağlamda hukuk sistemi sosyal gerçeklik, o toplumda geçerli olan hukuk düzeni ve toplumsal gereklilikleri gözetenek bir karar almakta, bu kararı alırken aynı zamanda kendi iç işlevsel tutarlılığını da sağlamaya çalışmaktadır. Chopra/White, *Autonomous Artificial Agents*, s. 155.

birleriyle olan ilişkilerini düzenleyen hukuk kuralları, geçmişte sadece gerçek kişilere hak ehliyeti tanımıştır<sup>14</sup>. Anılan düzenlemelerle yalnızca insanlara hak ehliyeti ve kişilik tanınması bir seçenekten ziyade zorunluluktur. Zira toplumsal yaşam ve ilişkiler yalnızca insanlardan oluşmaktaydı. Zamanla toplumsal yapı ve ilişkilerdeki değişim tüzel kişilerde olduğu gibi başka varlıklara da kişilik tanınmasını gerekli hale getirmiştir. Ortaçağ'dan beri hiçbir medeniyet bu değişim karşısında duyarsız kalamamış, farklı derece ve biçimlerde de olsa insanlar dışındaki varlıklara da kişilik tanınmasının yolunu açmıştır.<sup>15</sup> Bu nedenle kişilik üzerine ne kadar teori ve felsefi argüman üretilirse üretilsin, biyolojik olmayan zekâya kişilik statüsü kazandırılmasına yönelik karar, maddi ve felsefi kişilik anlayışına göre değil, belirli bir hukuk politikası çerçevesinde kanun koyucu tarafından alınacaktır. Hukuk politikasının oluşturulmasında ise toplumsal gerçekler ve gereksinimler belirleyici rol oynamaktadır.

Bugünün dünyasında yapay zekâ sistemleri ve robotik teknolojinin hemen her alanda olduğu gibi toplumsal yaşamda da etkili aktörler haline gelmesi nedeniyle toplumsal yaşam ve ilişkiler; sadece gerçek kişiler ve tüzel kişiler ile yürütülemeyecek kadar girift ve karmaşık bir hale gelmiştir. Bu durum karşısında, sadece insanlardan oluşan toplumsal ilişkilere ve geleneksel yapılara göre kurgulanmış

<sup>14</sup> Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk*, s. 7; Bilge Öztan, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, 44. Baskı, Ankara 2019, s. 3 vd.; Çelebican, s. 178; Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Acabey/Gürpınar, s. 1; Nomer, s. 1.

<sup>15</sup> Biyolojik olan veya olmayan çeşitli varlıklara kişilik tanınmasına yönelik, geçmişten günümüze gerçek hayata aktarılan uygulama veya üretilen teoriler dikkate alındığında, hukuk sistemleri tarafından yasal bir statü tanınabileceği öngörülen farklı türden varlıklar şu şekilde sınıflandırılmaktadır: İnsanlar, doğüstü varlıklar (örneğin, melekler), hayvanlar ve cansız nesnelere ile tüzel kişiler. Solaiman, s. 12. Tarih sahnesine bakıldığında manastırlar, şehirler, hükümetler, gemiler ve nehirler gibi farklı kulvarlarda yer alan ve insan olmayan çeşitli varlıklara farklı sebeplerle kişilik atfedildiği gözlemlenmektedir. Günümüzde ise, Alphabet ve SingularityNET iş birliği ile Hong Kong merkezli bir şirket olan Hanson Robotics tarafından geliştirilen bir sosyal insansı robot olan Sophia, Nisan 2015'te faaliyete geçmiş ve halka açık ilk tanıtımı Mart 2016'da Austin, Teksas'ta yapılmıştır. Ekim 2017'de, Sophia, Suudi Arabistan'ın vatandaşlığını alan ilk yapay zekâ uygulaması olmuştur. Bundan bir ay sonra Sophia, Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı'nın ilk inovasyon şampiyonu seçilmiştir. Böylece Sophia, Birleşmiş Milletler tarafından onurlandırılan ilk insan olmayan varlık olmuştur. Ugo Pagallo, Vital, Sophia, and Co, *The Quest for the Legal Personhood of Robots*, Law School, University of Turin, Information 2018, 9, 230, s. 4 - 9. doi:10.3390/info9090230. SET:20.7.2020.



hukuk düzenlerinin yeni ve köklü bir kodifikasyona gitmesi kaçınılmaz görünmektedir. Zira insan benzeri varlıklar artık kurgu olmaktan çıkmış ve insanlık artık uluslararası düzeyde sentetik akıllı varlıklara yasal kişilik atfedilip atfedilemeyeceğini tartışmaya, hatta hayata geçirme hazırlıklarına başlamıştır. Avrupa Parlamentosu'nun, Avrupa Komisyonu'ndan yapay zekânın gelecekteki zorluklarını ele alan bir yasa hazırlamasını istemesi de bunun açık bir kanıtıdır.<sup>16</sup>

Yapay zekâyı gerçek kişiler ve tüzel kişilerde olduğu gibi hukukî kişilik sahibi varlıklar arasına dâhil etme hedefi hukukî ve fiilî bir gerekliliğin sonucu olmakla birlikte bu hedefin bir takım olumsuz sosyal ve ekonomik sonuçları da söz konusu olabilecektir. Bu nedenle, kişiliğe ilişkin gerekli hukuki düzenlemeler yapılırken çok yönlü bir çalışma yürütülmeli ve hukuk sistemini zedeleyecek konular bakımından gerekli önleyici mekanizmalar oluşturulmalıdır.<sup>17</sup>

Yeni nesil yapay zekâyâ yönelik kişilik tartışmalarının doğru bir zeminde ilerleyebilmesi ve bu anlamda etkili çözüm yollarına ulaşabilmesi için yapay zekâ sistemlerinin metodolojik bir bakış açısıyla ele alınması gerekmektedir. Bu anlamda yapay zekânın kapsamı ve niteliğinin bütün yönleriyle belirlenmesi ve bu belirlemelere uygun düşüğü ölçüde düzenlemeler yapılması büyük önem taşımaktadır. Zira yapay zekâ ve robotik sistemlerin mühendislik ve hukuk olmak üzere iki farklı yönü bulunmakta olup, söz konusu teknolojiye ilişkin sorunların çözümü, teknik analiz ile hukukî anlamda yasal statü, hesap verebilirlik ve sorumluluk kavramlarının ayrı ayrı değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> Joanna J. Bryson/Diamantis E. Mihailis/Thomas D. Grant, Of, for, and by the People: The Legal Lacuna of Synthetic Persons, *Artif. Intell. Law* (2017), 25, s. 274. Avrupa Parlamentosunun, 16.02.2017 tarihinde "Robotik Alana İlişkin Medeni Hukuk Kurallarına" dair ilke kararıyla, uzun vadede sofistike otonom robotların neden olabilecekleri zararlar nedeniyle, aldıkları otonom kararlarda ya da üçüncü şahıslarla bağımsız olarak etkileşime girdikleri durumlarda, otonom robot ve yapay zekâyâ özgü elektronik kişilik statüsüne sahip belirli bir yasal statü oluşturulması öngörülmektedir. [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-051\\_EN.html#title1](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-051_EN.html#title1). SET:11.7.2020

<sup>17</sup> Bryson/Mihailis/Grant, s. 274.

<sup>18</sup> Pagallo, *Legal Personhood*, s. 5.

## B. YAPAY ZEKÂNIN HUKUKÎ STATÜSÜNE YÖNELİK DOKTRİNDE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER

### 1. Genel Olarak

Doktrinde yeni nesil yapay zekânın hukukî statüsünün belirlenmesine ilişkin farklı görüşler bulunmakla birlikte bunlar, genel olarak tarihî, felsefî, sosyolojik ve hukukî nedenler etrafında şekillenmektedir. Kişiliği felsefi boyutuyla değerlendiren ve bu anlamda ahlaki kişiliği benimseyen yaklaşım, kişiliğin doğuştan kazanılan varoluşsal bir değerler bütünü olarak kabul etmesine bağlı olarak, insanlar dışında yapay veya biyolojik varlıklara kişilik tanınmayacağını savunmaktadır. Buna karşılık, kişiliğin şekli ve hukukî anlamını benimseyen yaklaşım ise toplumsal gerçeklerin haklı göstermesi ve pozitif hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydıyla, yapay varlıklara da kendilerine özgü hukukî bir statü tanınabileceğini kabul etmektedir.<sup>19</sup>

Maddi ve ahlaki kişilik görüşü<sup>20</sup>, kural olarak, insanlar dışında hiçbir varlığa kişilik tanınmayacağını savunmakta ve buna bağlı olarak, yapay zekâyı hak süjesi değil, mülkiyet konusu bir eşya olarak kabul etmektedir.<sup>21</sup> Bununla birlikte, öğretilerde, yapay zekâlı varlıklarda insansı yetilerin bulunması ve bu durumun tespit edilmesi koşuluyla bu varlıklara da kendine özgü bir kişilik statüsü tanınması gerektiği ağırlıklı olarak kabul edilmektedir.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> White, s. 74- 75.

<sup>20</sup> Maddi ve ahlaki kişilik görüşü temelde Savigny ve Salmond gibi hukukçular tarafından savunulan farazi kişilik görüşüne dayanmaktadır. Ayrıca ahlâk felsefesi bağlamında Kant'ın görüşleri de anılan kişilik teorisi üzerinde önemli bir etkiye sahiptir. Kant'ın ahlak anlayışına göre, akıl sahibi, içsel değerleri olan ve eylemde bulunabilen canlılar kişi olarak kabul edilmektedir. Bu anlamda özgür irade ile değerli olma ve dolayısıyla kişi olma arasında güçlü bir bağ bulunmaktadır. Haluk Aşar, *Hayvan Haklarına Yönelik Temel Görüşler ve Yanılgıları*, Kaygı, 2018, s. 245, dn. 6.

<sup>21</sup> Yapay zekâyı mülkiyet konusu eşya olarak kabul eden görüş hakkında detaylı bilgi için bkz. Andrea Bertolini, *Robots as products: the case for a realistic analysis of robotic applications and liability rules*, *Law, Innovation and Technology*, 2013, 5(2), s. 242 vd.; Solaiman, s. 35; E. Diamantis Mihailis, *The Extended Corporate Mind: When Corporations Use AI to Break the Law*, *North Carolina Law Review*, Vol. 98, Number 4, 98 N.C. L. REV. 893 (2020), s. 926 vd.; Başak Bak, *Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukukî Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukukî Sorumluluk*, TAAD, S. 35, Yıl 9, Temmuz 2018, s. 218; Sinan Sami Akkurt, *Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk*, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl 7, S.13, Haziran 2019, s. 44,

<sup>22</sup> Solum, s. 1284 vd.; Gabriel Hallevy, *Virtual Criminal Responsibility*, *Original Law*

Yapay zekâ ve robotik teknoloji temelli varlıklara kişilik hakkı tanınmasını reddeden yaklaşımın gerekçeleri genel olarak; insan bütün varlıklar üzerinde egemen üstün bir varlık olduğundan insan dışındaki varlıklara kişilik hakkı tanınamayacağı, kişilik elde edilebilmesi için haklara ve borçlara ehil olabilmek yeteneğinin bulunması gerektiği, kişilik tanınmasının insanlığın geleceği için olumsuz bir karar olacağı, yapay zekânın hukukî sorumluluğunun belirlenmesi ve hukukî işlem yapabilmesi için yasal kişilik kazanmasının zorunlu olmadığı zira yapay zekânın kişilik statüsü kazanmadan başka yöntemlerle de işlevlerini yerine getirebileceği, bu tür akıllı makinelerin kişilik kazanmak için gerekli koşulları henüz karşılayamadığı gibi hususlara dayanmaktadır.<sup>23</sup>

Hukukî kişiliği reddeden görüş; insanı bütün varlıklar üzerinde egemen üstün bir varlık olarak kabul etmesine bağlı olarak, yapay zekânın eşya hukukunun konusunu oluşturduğunu veya insanla yapay zekâ arasında kölelik benzeri bir ilişki bulunduğunu ileri sürerek hukukî ilişkilerin ve sorumluluğun bu çerçevede belirlenmesi gerektiğini savunmaktadır.<sup>24</sup>

Biyolojik olmayan zekâyâ hukukî kişilik tanınmasını kabul eden yaklaşım ise kişiliği, ahlaki ya da felsefi anlamıyla değil, şekli ve hukuki boyutuyla ele almaktadır. Buna bağlı olarak anılan görüş, yapay zekâyâ özgü bir kişilik tesis edilebileceğini benimsemekte ve kişiliğin belirlenmesine yönelik çeşitli çözüm önerileri ileri sürmektedir. Bunlar arasında, tüzel kişilik benzeri bir yapı kurulması, elektronik kişilik modelinin tanınması, insan olmayan kişi kavramının geliştirilmesi, sınırlı amaçlı kişilik veya yarı kişilik modellerinin benimsenmesi gibi öneriler yer almaktadır.<sup>25</sup>

---

*Review*, 2010, 6(1), s. 6 vd.; ASARO Peter; Robots and responsibility from a legal perspective, 2007, <http://www.peterasaro.org/writing SET:14.8.2020>; Pagallo, (Legal Personhood), s. 1 vd.; Chopra/White, Autonomous Artificial Agents, s. 157; Emre Bayamlioğlu, Akıllı Yazılımlar ve Hukuki Statüsü: Yapay Zekâ ve Kişilik Üzerine Bir Deneme", Uğur Alacakaptan'a Armağan Cilt - 2, 1. B., İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s. 138.

<sup>23</sup> Pagallo, (Legal Personhood), s. 7 vd.; Hildebrandt, s. 18; Peter Asaro, Robots and responsibility from a legal perspective; 2007, <http://www.peterasaro.org/writing SET:14.8.2020>; Bayamlioğlu, s. 138; Hallevey, s. 6 vd.

<sup>24</sup> Solum, s. 1284; Bak, Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Sorumluluk, s. 218; Seda Kara Kılıçarslan, Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar, YBHD, Yıl 4, Sayı 2019/2, s. 378.

<sup>25</sup> Lawrence B. Solum, Legal personhood for artificial intelligence. *North Carolina*

Liberal, eşitlikçi kişilik yaklaşımını benimseyen görüş, bir varlık kişilik kazanmak için yeterli özelliklere sahipse, o varlığın kişi olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmekte ve biyolojik olmayan varlıklara kişilik verilmesinin, geçmişteki kölelik düzeni nedeniyle insan ırkı üzerindeki olumsuz algıyı kıracağı savunmaktadır. Buna ek olarak anılan görüş, giderek daha teknolojik hale gelen çağımızda sosyal ilişkiler ve insanlığın rolü bakımından dünyanın daha eşit ve barışçıl bir şekle dönüşeceğini savunmaktadır.<sup>26</sup> Bu görüş, sadece ait oldukları tür nedeniyle insan olmayan varlıklara farklı değer attedikleri iddiasıyla kişilik tanınmasını reddeden yaklaşımı, biyolojik canlılar için özel bir statünün şovenist bir şekilde korunması, yani türçülük<sup>27</sup> yapmakla suçlamaktadır.<sup>28</sup>

Sonuç olarak, yeni nesil yapay zekânın sahip olduğu kendine özgü teknik ve bilişsel özellikler ile insan benzeri yetenekleri nedeniyle yakın gelecekte toplumsal yaşamın bir parçası olacağı öngörülmektedir. Toplumsal yaşam ve ilişkilerin öznesi haline gelecek, yapay veya bi-

---

*Law Review* 70(4), s. 1284; Zimmerman, Evan J.: *Machine Minds: Frontiers In Legal Personhood*, Zimmerman, Evan, *Machine Minds: Frontiers in Legal Personhood*, February 12, 2015, s. 41. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2563965>. SET.3.9.2020. Asaro, *Robots and responsibility from a legal perspective*, 2007, <http://www.peterasaro.org/writing>; Bayamlıoğlu, s. 138; Kılıçarslan, s. 377 vd. Murat Volkan Dülger, *Yapay Zekalı Varlıkların Hukuk Dünyasına Yansıması: Bu Varlıkların Hukuki Statüleri Nasıl Belirlenmeli? Terazi Hukuk Dergisi*, C. 13, S. 142, Haziran 2018, s. 85.

<sup>26</sup> Chopra/White, *Autonomous Artificial Agents*, s. 186; David Calverley, *Imagining a non-biological machine as a legal person*, Springer-Verlag London Limited 2007, published online: 13 March 2007, Springer-Verlag London Limited 2007, *AI & Soc* (2008) 22: s. 523. [status.irational.org/legal\\_person\\_machine.pdf](http://status.irational.org/legal_person_machine.pdf). Gunther Teubner, *Rights of Non-humans? Electronic Agents and Animals as New Actors in Politics and Law*, *Journal of Law and Society*, Vol. 33, 2006, s. 6.

<sup>27</sup> Canlı varlıklara yalnızca ait oldukları tür nedeniyle farklı değer atfedilmesi anlamına gelen türçülük, dar ve geniş olmak üzere iki farklı anlama sahiptir. Dar anlamda türçülük, insanların hayvanlardan daha önemli varlıklar olduğunu savunan görüşü ifade etmektedir. Geniş anlamda türçülük ise bazı varlıkları ahlaksal açıdan daha önemli varlıklar olarak görmek için, mensup oldukları türün başlı başına yeterli bir neden oluşturduğunu savunan görüştür. Bu anlamda insanların ahlaksal açıdan özel bir öneme sahip olduklarının kanıtı olarak; akıl yürütme, kendi varlığının farkında olma, adalet duygusuna sahip olma ile dil ve özerklik gibi yetilerinin bulunması örnek olarak gösterilmektedir. Peter Singer, *Hayvan Özgürleşmesinin 30. Yılı*, *New York Review of Books*, cilt 50, sayı 8, 15.5.2003, (Çev. Hayrullah Doğan), <https://www.birikimdergisi.com/dergiler/birikim/1/sayi-195-temmuz-2005/2379/hayvan-ozgurlesmesinin-30-yili/5909>.SET:11.8.2020.

<sup>28</sup> Samir Chopra/Laurence F. White, *Artificial Agents: Personhood in Law and Philosophy*, 2015, <https://www.researchgate.net>. SET.17.9.2020.

yolojik herhangi bir varlığın, hukukun kapsamı alanına girmesi de kaçınılmaz olacaktır. Buna karşılık günümüzde pozitif hukuk, yapay zekânın varlığı ve işleyişiyle ilgili bir düzenleme içermediği gibi, mevcut düzenlemeler de böylesine ileri düzeyde bir bilişsel teknoloji kaynaklı uyumsuzluklara çözüm bulmaktan uzaktır. Bu nedenle, gelecekteki metodoloji gözetilerek yapılan düzenlemeler içerisinde çözüm yolları aramak yerine, çözüm odaklı yaklaşımlar benimsenerek, günümüzün bilişim çağı perspektifiyle uyumlu, çağın gereklerine uygun düzenlemeler yapılması gerekmektedir.

## 2. Hukukî Kişiliği Reddeden Yaklaşım

### a. Kişiliğin Reddine İlişkin İleri Sürülen Gerekçeler

Yapay zekâ ve robotik varlıklara bağımsız hukukî bir statü kazan-dırılmasını reddeden yaklaşımın gerekçeleri genel olarak, bu varlıkların kişilik elde edebilmesi için haklara ve borçlara ehil olabilme yeteneğinin bulunması gerektiği, yapay zekâyâ kişilik hakkı tanınmasının insanlığın geleceği için olumsuz bir karar olacağı, bu varlıklara yasal kişilik kazandırılmasının zorunlu bir durum olmadığı, akıllı makinelerin kişilik kazanabilmek için gerekli koşulları henüz karşılayamadığı gibi çok farklı argümanlara dayanmaktadır.<sup>29</sup> Bununla birlikte söz konusu argümanlar gerçekte, ortak, tek bir kaynaktan doğan bakış açısını yansıtmaktadır. İnsanın bütün varlıklar üzerinde egemen, üstün bir varlık olduğu görüşü, bu yaklaşımın temel çıkış noktasını oluşturmaktadır. Bu anlamda söz konusu yaklaşım ahlâki kişilik anlayışının bir yansıması olarak, kişilik atfedilebilecek yegâne varlıkların insanlar olduğunu savunmaktadır.<sup>30</sup>

Ahlâki kişilik görüşü, sadece insanların yüksek düzeyde öz-bilinçli varlıklar olarak düşünme, planlama, biyolojik zekâ, duygu ve

<sup>29</sup> Pagallo, (Legal Personhood), s. 7; Pınar Bacaksız/Seda Yağmur Sümer, Robotlar, Yapay Zekâ ve Ceza Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 138.

<sup>30</sup> Farazi kişilik teorisinin temel argümanı olan bu görüş, insanların doğuştan sahip oldukları haklar nedeniyle kişilik statüsü kazandıklarını savunmaktadır. Bu görüşten hareketle anılan teori, yalnızca insanların kişilik sahibi olabileceğini, gerçek kişiler dışında kalan varlıkların kişiliğinin bir varsayımdan ibaret olduğunu ileri sürmektedir. Wolfgang Friedmann, Legal Theory, London 1953, 25. Kısım, s. 396- 412 (Tüzel Kişilik Nazariyeleri ve Tatbikat, Çev.T. Ansay, s. 50 - 51); Solaiman, s. 15 vd.; White, s. 74.

fiziksel kapasiteye sahip olduğunu kabul etmektedir. Dolayısıyla insanlar, diğer varlıklara oranla benzersiz bir konumda bulunmaktadır. Bu düşünceden hareketle, yalnızca insanlar hakların ve borçların öznesi olabileceğinden, bağımsız bir kişilik hakkına da insanların sahip olması gerektiği kabul edilmektedir.<sup>31</sup>

“Doğal haklar teorisi” olarak ifade edilen yaklaşıma göre ise, insanlar doğuştan devredilemez, vazgeçilemez haklara sahiptir.<sup>32</sup> İnsanlar sahip oldukları bu haklar çerçevesinde hukukî kişilik elde etmişlerdir.<sup>33</sup> Bu bağlamda, ayırt etme gücü bulunmayan küçük veya kısıtlılar ya da bitkisel hayatta bulunan bir birey de kişilik hakkına sahiptir.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> Hildebrandt, ahlak felsefesi bakımından kişinin, iradi olarak hareket eden ve eylemlerinin bilincinde olan insanları ifade etmek için kullanıldığını ileri sürmektedir. Ona göre bu tür iradî davranışlardan yoksun varlıklar davranışlarından sorumlu tutulamaz. Nasıl ki volkanlar, nükleer santraller veya web robotlarına bir sorumluluk yüklenemezse, bilinç ve irade yetilerinden yoksun biyolojik olmayan diğer varlıklara da sorumluluk yüklenemez. Bu varlıklar nedeniyle bir zararın ortaya çıkması durumunda; varlığın tasarlanması, üretilmesi ya da kullanılmasından sorumlu olan insanlar ya da tüzel kişilere başvurmak gerekecektir. İrade ve bilinç yetilerine sahip olmayan bir varlığın statüsü bağımsız bir yasal statü değil, bir araç statüsüdür. Eğer yapay zekâ destekli bir mekanizma, bir tüzel kişi veya gerçek kişinin adına ve hesabına hareket ediyorsa, temsil olunana ilişkin hukuki işlemlerin temsilci aracılığıyla yerine getirilmesi, belirli koşulların varlığı halinde hüküm ve sonuçların temsil olunanın hukuk alanında doğmasını sağlayacaktır. Hildebrandt, s. 18.

<sup>32</sup> Locke’un “doğal hak anlayışı” teorisine göre, yeryüzü ve üzerindeki insanlar varlığını sürdürmesi için Tanrı’nın insana verdiği araçlardır. Dolayısıyla bu şeylere sahip olmak insanın doğal hakkıdır. İnsan doğasının özü, akıl sahibi olmasıdır. İnsanlar doğal olarak yaşama, özgür olma ve mülkiyetlerine dokunulmama hakkına sahiptirler. Işıl Bayar Bravo, Thomas Hobbes ve John Locke’un Doğal Hak Anlayışları, s. 74, 75. <http://hfsa-sempozyum.com/wp-content/uploads/2019/02/HFSA23-B.-Bravo.pdf>.SET.15.8.2020.

<sup>33</sup> Solum’a göre sadece insanların, yani gerçek kişilerin doğumla kişilik elde ettiği, bu nedenle yapay zekâ varlıklarının bu hakkı talep edemeyeceğine yönelik iddia yerinde değildir. Zira birçok hukuk sisteminde, gerçek kişiler yanında yapay varlıkların da anayasal ve yasal hakları bulunmaktadır. Kişi topluluğu şeklindeki şirketlere tanınan tüzel kişilik, mülkiyet ve ifade özgürlüğü hakları buna örnek olarak gösterilebilir. ABD Anayasası’nın “İmtiyaz ve Dokunulmazlığa İlişkin” 14. maddesi yalnızca vatandaşlara haklar tanımakla birlikte, “Kanunların Eşit Ölçüde Koruması” (Equal Protection Clause) ve “Yargılama Usulüne” (Due Process Clause) dair düzenlemelerin sağladığı haklar, tüzel kişiliğe sahip şirketler de dâhil olmak üzere tüm kişileri kapsamaktadır. Solum, s. 1259.

<sup>34</sup> Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükmeleri, Kişiler Hukuku, 1.Cilt, Beta Yayınevi, 15. Baskı, Eylül 2019, s. 271, 272; Kılıçoğlu, Medeni Hukuk, s. 143, 144; Zevkliler/Ertas/Havutçu/Acabey/Gürpınar, s. 80; Pagallo, (Legal Personhood), s. 7; Hubbard, ayırt etme gücü olmayan, akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun ve bu hali kalıcı olan bireyle-

Buna karşılık, bir varlık olarak yapay zekâyı tasarlama temel fikri insana ait olduğundan, yapay zekânın özgürlüğü ve ahlâkî varlık olarak statüsü içsel olarak reddedilmektedir. Bu görüşün bir yansıması olarak, insan ile diğer varlıklar arasındaki ilişki ya eşya hukuku<sup>35</sup> ya da kölelik<sup>36</sup> kapsamında değerlendirilmelidir.<sup>37</sup>

### aa. Yapay Zekânın Kişilik İçin Gerekli Niteliklere Sahip Olmaması

Bazı yazarlar, kişiliğin, zekânın ve içsel yetilerin bir yansıması olması nedeniyle yalnızca bilinçli varlıklar için geçerli olması gerektiğini, buna bağlı olarak, yapay zekânın kişilik için henüz gerekli niteliklere sahip olmaması nedeniyle kişilik elde edemeyeceğini savunmaktadırlar. Bununla birlikte, bu görüşe göre, bilinç, irade, özerklik, duygu ve zekâ gibi insanlara özgü yetileri kazanması durumunda biyolojik olmayan varlıklara da yasal bir statü tanınması gerekmektedir.<sup>38</sup> Zira bu

---

re kişilik hakkı tanınmasını, her insan yaşamının kutsal olduğu, içsel anlamda değer taşıdığı, bu nedenle her insana bir araç olarak değil, bir amaç olarak muamele edilmesi gerektiği şeklinde açıklamaktadır. F. Patrick Hubbard, *Do Androids Dream? Personhood and Intelligent Artifacts*, University of South Carolina Scholar Commons, 83 Temp. L. Rev. 405, 2011, s. 415- 417. Benzer bir görüşe göre ise, kişiliğin insanlar için ayrıcalıklı bir statü olduğunu, buna göre, kalıcı bitkisel hayatta olan bir insanın durumu ciddi bir beyin hasarına neden olacak kadar uzun sürse bile bu insanın kişilik hakkını korumaya devam edeceğini, bu bağlamda bir kişi aktif olarak hayata katılmayacak, hatta çevresini algılayamayacak durumda da olsa, zeki bir hayvandan daha fazla haklara sahip olduğu belirtilmektedir. Zimmerman, s. 34.

<sup>35</sup> Yapay zekâyı eşya hukuku kapsamında bir nesne olarak gören yaklaşım uyarınca yapay zekâ, bir hak süjesi olarak değil, yalnızca hukukun kişilik atfettiği süjelerin mülkiyet haklarının konusu olan, bir eşya olarak kabul edilmektedir. Yapay zekâlı varlıkların sıradan bir eşya olarak kabul edilmesi onları eşya hukukunun konusu haline getireceğinden, bu varlıkların karmaşık bilişsel yapısı ve otonom özelliklerinden kaynaklanan sorunların çözümünü olanaksız kılacaktır. Bak, *Yapay Zekânın Hukukî Statüsü ve Sorumluluk*, s. 217; Akkurt, s. 44; Bacaksız/Sümer, s. 139.

<sup>36</sup> Buna karşılık, yapay zekâlı robotların sosyal hayattaki rolleri arttıkça, hukuk düzenleri üzerindeki baskı ve beklentinin de yoğunlaşacağı, buna bağlı olarak kölelik sistemi uygulamaya konulsa bile kalıcı olmasının mümkün olmadığı ileri sürülmektedir. Ersoy, s. 88.

<sup>37</sup> Bertolini, s. 225; Solaiman, s. 29.

<sup>38</sup> Calverley, biyolojik olmayan bir makinenin özerklik ve irade gibi hukukla ilgili olduğu düşünülen alanlarda belirli bir düzeyde zihinsel faaliyete sahip olması durumunda, bir eşya olarak kökenlerinden bağımsız bir yasal kişilik olabileceğini savunmaktadır. Calverley, s. 527. Zimmerman, zeki makinelerin kişilik kazanmayı hak ettiğini, geleceğin akıllı makinelerinin büyük olasılıkla insan beyninin mo-

yetilere sahip olması durumunda yapay zekâ bilinçli bir varlığa yani ahlâki bir kişiliğe dönüşecektir.<sup>39</sup> Ayrıca ayırt etme gücü olmayan bireylere kişilik tanınırken, ileri düzeyde insanî yetenekleri olan yapay zekâyâ tanınmamasının, eşitliğe ve liberal teorinin kişilik tanımına aykırı olacağı ifade edilmektedir. Bu bakış açısından hareketle yapay zekâ sistemleri, kişilik için gerekli koşulları karşılıyorsa, Locke'un liberal kişilik teorisi kapsamında öz mülkiyet hakkını kazanması gerektiği ileri sürülmektedir.<sup>40</sup>

---

dellenmesiyle inşa edileceğini, bu süreç sonunda insanlar ve makinelerin bütünleneceğini iddia etmektedir. Bu görüşten hareketle Zimmerman, nasıl ki insanlar yapay zekâ ile entegre olmalarına bağlı olarak kendilerini geliştirmeleri sonucu kişiliklerini kaybetmeyeceklerse, zamanla üstün yeteneklere sahip hale gelecek makinelerin insan benzeri sinir ağları olmadan geliştirilmeleri durumunda, yalnızca farklı şekilde üretilmeleri gerekçe gösterilerek kişilik hakkı tanınmamasının kabul edilebilir olmadığını savunmaktadır. Bu bağlamda, genel yapay zekâyâ sahip bir makinenin iradesinin tanınması, korunması ve etkinleştirilmesi gerektiğine yönelik görüşlerin oldukça önemli olduğunu, zira yeterince gelişmiş bir makinenin hukuki bir kişi olma bağlamında hak ve sorumluluklara sahip bir varlık olarak değerlendirilebileceğini ifade etmektedir. Zimmerman, s. 22, 41. Bertolini ise, yapay zekâ robotların hem kişilik hem de hukuki sorumluluklarının tespitinde otonomi ve öğrenme yeteneğinin önemli bir yeri olduğunu ifade etmekle birlikte bu konuda ikili bir ayrıma gitmektedir. Buna göre otonomiye güçlü ve zayıf olmak üzere ikiye ayıran Bertolini, güçlü otonominin anılan hususların tespitinde belirleyici olduğunu ileri sürmektedir. Bu anlamda yalnızca ahlâki kişilik (moral agency) anlayışından türetilen güçlü otonomi, mevcut yasal düzenlemelerde bir değişikliğe neden olabilecektir. Zayıf otonomi ise robotun kontrol ve işleyiş sisteminin teknik yönüne karşılık gelmektedir. Zayıf otonomi, sorumluluğun ve kişiliğin tanımlanması için kurallarda bir değişikliği haklı çıkarmak için tek başına yeterli bir ölçüt değildir. Ayrıca yapay zekâ robotlar, ya önceden tasarlanan bir programı uygulamakta ya da üreticisi tarafından kendisine atfedilen bir özgürlüğü kullanmakta olduğundan, bu varlıkların öğrenme yeteneğinin de mevcut düzenlemelerde bir değişikliği haklı gösteremeyeceğini iddia etmektedir. Bertolini, s. 217.

<sup>39</sup> Ahlakî kişiliğin belirlenmesine ilişkin doktrinde iki görüş bulunmaktadır. Bunlardan ilki standart görüş, ikincisi ise fonksiyonel görüştür. Standart görüşe göre, ahlâki kişilik için mantık, özgür irade, otonomi ve bilinç unsurlarının varlığı aranırken, fonksiyonel görüş, kişiliğin kabul edilebilmesi için yalnızca belirli davranış ve tepkilerin gerekli olduğunu savunmaktadır. Dorna Behdadi/Christian Munthe, *A Normative Approach to Artificial Moral Agency, Minds & Machines* 30, 2020, s. 197.

<sup>40</sup> Her ne kadar bu görüşe göre, bilinç ve zekâ gibi insanlara özgü yetilere sahip olması durumunda biyolojik olmayan varlıkların Locke'un mülkiyet teorisi kapsamında belirtilen öz mülkiyet hakkına sahip olması gerektiği iddia edilmekte ise de Locke'un "Two Treatises of Government" adlı Kitabının "Mülkiyet Hakkı" başlıklı beşinci bölümünde mülkiyet konusunda, Tanrı'nın dünyayı insanlara ortak olarak verdiği hususu başlangıç noktası olarak kabul edilmektedir. Locke özel mülkiyete geçişi ise "Dünya... tüm insanlarda ortak olsa da her insanın kendi kişiliğinde bir mülkiyeti vardır. İnsanın bedeninin emeği ve ellerinin eseri olan her şey, tam anlamıyla ona aittir. Böylece insan doğanın sağladığını devletten çıkarır,



Biyolojik olmayan zekânın bilinç, irade, özerklik, duygu ve zekâ gibi insanlara özgü yetilere sahip, insanımsı bir varlık haline gelip gelemeyeceği sorusu bilişsel ve felsefi teorilerin önemli bir konusunu oluşturmaktadır. Bu soruya olumlu yaklaşan görüş, yapay zekânın duyguları deneyimleyebileceğini iddia etmektedir. Buna göre duygu, insan zihninin bir yüzüdür ve eğer insan zihni bilgisayimsal modellerle açıklanabiliyorsa ki, yapay zekânın temeli insan beyninin modellenmesine dayalı bir sistemdir, o zaman duygu da bilişsel bir süreç haline gelebilir. Bu bağlamda eğer insan duyguları doğa yasalarına uyuyorsa, o zaman teorik olarak bir bilgisayar programı da bu yasaların işleyişini taklit edebilecektir. Dolayısıyla yapay zekâ insan zekâsını taklit eden çıktılar ve davranışlar üretebilecektir.<sup>41</sup>

Biyolojik olmayan zekânın insanlara özgü yetilere sahip olamayacağına savunan görüşe göre ise, yapay zekâ; insan zekâsını, bilincini ve duygularını taklit eden davranışlar üretse bile bu durum hiçbir zaman yapay zekânın gerçek anlamda bir duyguya, bilince ve zekâyâ sahip olduğu anlamına gelmeyecektir. Zira yapay zekânın gerçekleştirdiği simülasyon ne kadar kusursuz görünürse görünsün, bir depremin bilgisayar simülasyonu asla bir deprem demek değildir.<sup>42</sup> Bundan başka, otonomi ve kendi kaderini tayin hakkı, herhangi bir varlığa hukukî kişilik tanınması için tek başına yeterli değildir. Nitekim tarihsel süreçte yasal hakların kazanılması, sosyal yükümlülük ve görevlerin üstlenilmesi koşuluna bağlanmıştır. Böylece anılan koşul, kişilik atfedilecek varlığın sosyal bir gerçeklik haline gelmesini gerekli hale getirmiştir.<sup>43</sup> Bu görüş çerçevesinde bir varlığın toplumun üyesi olarak, bu toplumda düzenli bir şekilde yaşayabilmesi için hak ve ödevlere sahip olabilme yeteneğinin bulunması zorunlu görülmektedir. Ayrıca bu yeteneğin kişiliğin belirlenmesinde mahkemeler tarafından dikkate

---

emeğini karıştırır ve böylece onu kendi malı yapar" şeklinde ifade etmektedir. Buna göre Locke'un argümanlarını esas alan yazarlara göre, yapay zekâ bir eserdir, insan emeğinin ürünüdür. Dolayısıyla yapay zekâ hiçbir zaman onu üretenin mülkiyetinden daha fazlası değildir. Diğer bir anlatımla yapay zekâ kişilik kazansa bile kökeni itibarıyla doğal bir köledir. Jeremy Waldron, Property and Ownership, Stanford Encyclopedia of Philosophy-<https://plato.stanford.edu/SET.29.9.2020>; Solum, s. 1276.

<sup>41</sup> Owen J. Flanagan, The Science of The Mind, Second Edition, Massachusetts Institute of Technology 1991, s. 253. (Solum, s. 1270'ten naklen).

<sup>42</sup> Solum, s. 1275.

<sup>43</sup> Teubner, s. 7.

alınan yegâne nitelik olduğu, buna karşın, bir takım gelişmiş yetileri bulunsa da şempanzeler ve yapay zekâ gibi varlıkların bu kritik özellikten yoksun olduğu belirtilmektedir.<sup>44</sup>

Biyolojik olmayan zekânın insanlara özgü yetilere sahip olup olmayacağına yönelik teorileri uyumlaştırmaya çalışan diğer bir görüşe göre ise, bir varlığa kişilik tanınabilmesi için aranan koşulların tespiti için yapılan testte başarılı olması durumunda bu varlığa, yasal olarak öz-benliğe sahip, özerk bir kişilik statüsü tanınmalıdır.<sup>45</sup>

Kişilik testinde başarılı olunabilmesi için yapay zekâda bulunması gerektiği ifade edilen yetenekler öğretiler; çevresi ile etkileşime girmek suretiyle karmaşık düşünce ve iletişim kurma becerisi, yaşam planına ulaşma kaygısı olan bir benlik duygusu ve en azından karşılıklı kişisel çıkarları temel alan diğer insanlarla birlikte toplulukta yaşama yeteneği olarak sayılmaktadır.<sup>46</sup> Karmaşık entelektüel etkileşim, canlı bir varlık olarak çevresinden girdiler alıp çözümler ve çevresine anlaşılır

<sup>44</sup> Solaiman, s. 37; Teubner, s. 7.

<sup>45</sup> Hubbard, (Personhood), s. 417, 419. Buna karşılık Searle'nin öncülük ettiği görüşe göre, programlanmış bir bilgisayar, geçerli girdi ve çıktılar sayesinde mükemmel bir performans göstererek Turing benzeri kişilik testlerini kolaylıkla geçse bile, teste konu olan ifadelerden tek bir karakter dahi anlamayacaktır. Bir sistemin insanın bazı yetilerini başarılı bir şekilde taklit etmesi, onları bilinçli ve düşünebilen varlıklar haline getirmeyecektir. Bu görüşe göre, yapay zekâlı varlıkların kapasiteleri ve fonksiyonları ne kadar karmaşık olursa olsun, kendi başarılarına algılama, anlama, kavrama ve düşünme gibi özelliklerden yoksundurlar. Searle bu görüşünü, "Çin Odası Argümanı" olarak adlandırılan bir deneyle kanıtlamaya çalışmaktadır. Buna göre, İngilizceden başka dil bilmeyen bir kişinin tek başına bir odaya kapatılarak, bu kişiden üzerinde Çince semboller olan bir dizi kartta bulunan soruları yanıtlaması istenir. Bu kişiye Çince sembollerin yanında İngilizce kurallar kitabı da verilmiştir. Odadaki kişi, kapı altından içeri atılan ve üzerinde Çince sorular yazan kâğıdı alıp, bu soruların Çince yanıtlarını bir başka kâğıda yazıp kapı altından dışarı atar. Sorulara verilen yanıtlar, ana dili Çince olan birinin ayırt edemeyeceği kadar kusursuzdur. Buna karşılık odadaki kişi, bu yazıların içeriğinden hiçbir şey anlamamıştır. Kartlardaki sembollerin tanınması ve soruların yanıtlanması, sembollerin biçimleri ve kurallar kitabı yardımıyla gerçekleştirilmiştir. Dolayısıyla odadaki kişi, ne olup bittiğini bilmeden, sadece verilen kuralları izleyerek kendisinden istenen görevi yerine getirmiştir. Fatma Dore, Güçlü Yapay Zekâyı Karşı Çin Odası Argümanı, *Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt: XIV, Sayı 1, Haziran 2012, s. 27 vd.

<sup>46</sup> Hubbard, Personhood, s. 419; Kılıçarslan, s. 373; Bacaksız/Sümer, s. 136- 137. Başka bir görüş bu yetenekleri; çevresiyle iletişim kurma kapasitesi, iç bilgi, dış veya dış dünya bilgisi, belirli bir seviyede irade ve özgünlük olarak açıklamaktadır. Solaiman, s. 29. Solum ise yapay zekânın kişilik testinde başarılı olabilmesi ve yetkin bir varlık haline gelebilmesi için ahlaki yargılarda bulunabilme yeteneğine ve adalet duygusuna sahip olmasını gerektiğini ifade etmektedir. Solum, s. 1251.

veriler göndererek çevreyle anlamlı bir etkileşimde bulunabilme yeteneğidir. Bu etkileşim, onu karmaşık düşüncenin ürünü olarak görebileceğimiz kadar çeşitli ve sofistike olmalıdır. Kişiliğin kazanılabilmesi için aranan etkileşim biçiminin fiziksel bir iletişim olması gerektiği kabul edilmektedir.<sup>47</sup> Bu bağlamda yeni nesil yapay zekâ varlıkların dünya ile fiziksel olarak etkileşime girebilecek yeteneğe sahip olduğu, örneğin, bir akıllı bilgisayarın uzaktan kumandalı robotik makineler aracılığıyla dünyayla etkileşime girebileceği ifade edilmektedir.<sup>48</sup>

Kişilik testi için gerekli görülen diğer özellik, kendine özgü benlik duygusuna sahip olmaktır. Özgün bir birey olmak, bir yaşam planı tasarlama ve uygulamada bir ölçüde hayal gücüne sahip olmayı gerekli kılmaktadır. Biyolojik olmayan varlıklar için gerekli görülen bu ölçüt, anılan varlıkların ileri düzeyde özgün ve üretken olmaları anlamına gelmemektedir. Zira gerçek insanlar da özgünlüklerini ve hayal güçlerini her zaman ortaya koyamamakta, çoğu zaman rutin bir hayat sürmektedirler. Bu nedenle benlik duygusunda önemli olan husus, hayata dair hayaller ve hedefler ile bu hayal ve hedeflerin planlanıp somutlaştırılmasına yönelik bir algıya sahip olmaktır. Yapay zekâ destekli bir makinenin yaşam planı olan ve kendini bilen bir varlık haline gelebilmesi için, makine bir şekilde bu planın başarısını önemsemelidir.<sup>49</sup>

<sup>47</sup> Buna karşılık Kurzweil, çevreyle etkileşim kurma biçiminin yalnızca fiziksel değil, teorik olarak, çevresini analiz etme ve onunla iletişim kurma becerisine sahip bir varlığın veri biçiminde yaşaması suretiyle de gerçekleştirilebileceğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre veri biçiminde yaşama, sanal bir dünyaya aktarılmış ve bir bilgisayar içinde yaşayabilen bir insan kopyası şeklinde olabileceği gibi buna benzer başka yöntemlerle de yapılabilir. Ray Kurzweil, *The Singularity is Near: When Humans Transcend Biology*, Viking, 2005, s. 260.

<sup>48</sup> Hubbard, (Personhood), s. 420. Buna karşılık, Descartes, insanlara benzeyen ve tüm pratik amaçlar için insanları çok başarılı biçimde taklit eden makineler olsa bile, onların gerçek insan olmadıklarını anlamak için iki kriterin daha uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Buna göre, makine ne kadar gelişmiş olursa olsun, her insan tarafından kolaylıkla yapılabilen, kendisine söylenen her ifadeye karşı, uygun ve anlamlı bir cevap oluşturacak şekilde söz dizinleri üretmesi olanaklı değildir. Yine bazı makineler, insanların yaptığı birtakım işlerde çok başarılı olsa da birçok konuda da başarısız olmaları kaçınılmaz görünmektedir. Bu örnekler akıllı makinelerin bilinçli olarak hareket etmediklerini ortaya koymaktadır. René Descartes, *Discourse On The Method* (1637), (Zimmerman s. 35'ten naklen).

<sup>49</sup> Hubbard, (Personhood), s. 421. Bir varlığın benlik sahibi olup olmadığının belirlenmesine ilişkin bir görüşe göre, bir varlığın benliğinin olduğunun göstergesi o varlığın kendisinin farkında ve diğer varlıklardan ayrı olduğunun bilincinde olduğunu çeşitli yollarla ifade edebilmesidir. Bir varlığın benliğinin olduğunun kabul edilebilmesi için o varlığın ifade yeteneğinin bulunması, başka varlıkların mevcut olması ve bu varlıklar arasında bir etkileşimin bulunması gereklidir. Buna

Kişilik testi için aranan son özellik ise biyolojik olmayan varlıkların diğer insanlarla birlikte toplulukta yaşama yeteneğinin bulunmasıdır. Buna göre, yapay zekâ diğer insanlarla birlikte toplumda kendisine bir yer edinip, o topluluğun bir üyesi olarak sorumlu bir şekilde etkileşime girebilmelidir. Nitekim bir varlığa kişilik hakkı tanınmasının amacı, o varlığa toplumsal ilişkiler ve etkileşimde yasal bir statü kazandırılmasıdır. Zira yakın gelecekte yeni nesil yapay zekâ sistemlerinin sosyal yapı ve hukuk karşısında önemli bir süje haline geleceği açıktır. Bu nedenle kişilik hakkı sadece özerk kişilerden oluşan bir topluluk içinde gerekli ve anlamlıdır.<sup>50</sup>

Biyolojik olmayan zekâyâ kişilik tanınmasında kişilik veya kapasite testini esas alan görüşe göre, anılan testi geçerek öz-farkındalık düzeyine ulaşan bir yapay zekâ, nesne olmaktan çıkarak otonom hareket edebilen bir varlığa dönüşmektedir. Bu tür yapay varlıklar, kendi özgürlüklerini ve varoluşlarını algılayabilme, kasıtlı olarak zarar verebilme kapasitesine sahip olacaklardır. Bu davranış biçiminin bir sonucu olarak yapay zekâ hukuk karşısında bir özne olarak kabul edilme ve hukukî kişilik talep etme hakkına kavuşacaktır. Kapasite testini geçmeleri durumunda yapay varlıklar, arkalarındaki insanı tanımlamaya gerek kalmadan kişisel olarak sorumlu tutulabilecektir. Ayrıca toplumsal yaşama katkı sağlayan, sofistike yetenekleri olan varlıkların kişi olarak kabulü toplumun gelişimi ve barışçıl şekilde bir arada yaşama iradesini ortaya koymasından büyük önem taşımaktadır. Nitekim söz konusu testi geçmiş bir yapay zekâ insan olmamasına rağmen, kendini bilen bir varlık olarak süper yapay zekâ aşamasına ulaştığından, insanla eşdeğer olduğunu iddia edebilecektir. Buna karşılık, günümüzde geçerli olan dar yapay zekâ, bilişsel olarak ne kadar karmaşık görevler yaparsa yapsın, felsefi anlamda bir davranış değil sadece işlevsel özellikler ortaya koyduğundan, kişilik hakkına sahip olamayacaktır.<sup>51</sup>

---

göre, insanlarla sınırlı bir şekilde iletişim kursa bile, insan dışındaki herhangi bir varlığın gerçek anlamda bir benlik sahibi olduğu söylenemez. Zira bu varlıkların bir benlikleri olduğunu dış dünyaya iletme yetileri bulunmamaktadır. Bu anlamda, bir benliği olduğunun farkında olan ve bunu ifade edebilen tek varlık insandır. Mustafa Bilici, "Benlik Nedir?" <https://drmustafabilici.com/benlik-nedir/SET.20.8.2020>.

<sup>50</sup> Hubbard, Personhood, s. 423; Kılıçarslan, s. 376.

<sup>51</sup> Hubbard, Personhood, s. 405- 408, 428; Bertolini, s. 221- 225.

Kişilik testi, davranışsal kriterleri esas alması ve yapay zekânın gerçek insanla karşılaştırılmasına dayanan bir yöntem olması yönüyle Turing Testiyle benzerlik göstermektedir. Ancak kişilik testi Turing tarafından önerilen iletişim tabanlı teste oranla daha kapsamlıdır. Zira kişilik testinin bir bileşeni özgünlük, bir yaşam planını öğrenme ve uygulama yeteneğinin ölçülmesine dayanmaktadır. Kişilik kapasitesinin belirlenmesinde, bir varlığın davranışını analiz etme, karmaşık entelektüel etkileşim, benlik duygusu ve topluluğunun üyesi olma becerisi gösterip göstermediğine ilişkin değerlendirme oldukça karmaşık görünmektedir. Zira anılan test soyut ve belirsiz bir nitelik taşımakta olup ayrıca karmaşık düşüncenin ölçülmesinde olduğu gibi sübjektif yorumlara da ihtiyaç göstermektedir.<sup>52</sup>

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, yapay zekânın insanlara özgü yetilere sahip olup olmadığının belirlenmesine yönelik yapılan kapasite veya kişilik testini geçmesi durumunda dahi, yapay zekâyâ bağımsız bir kişilik tanınmaması gerekir. Zira bir sistemin insanın bazı yetilerini başarılı bir şekilde taklit etmesi, onu bilinçli ve düşünebilen bir varlık haline getirmemektedir. Bu varlıkların kişilik testinde başarılı olmaları, insan davranışlarını ve zihnini iyi bir şekilde taklit etmelerine dayanmakta olup, gerçekte algılama, anlama, kavrama ve düşünme gibi özelliklerden yoksundurlar.<sup>53</sup> Bundan başka, yapay zekânın kapasite testini geçmiş olması tek başına ona hukukî bir statü kazandırmamaktadır. Tüm testleri geçmiş olsa bile bir varlığın hukuki bir statü kazanabilmesi, hukuk düzeni ve siyasî iradenin ona bu hakkı tanımaya bağlıdır.

### **bb. Yapay Zekâyâ Kişilik Tanınmasının İnsan Çıkarlarına Aykırı Olması**

“İnsan merkezli yaklaşım” olarak ifade edilen ve faydacılık akımını benimseyen görüşe göre, yapay zekâlı varlıklar gerçek kişilerde bulunan bütün niteliklere sahip olsa bile, bu varlıklara kişilik hakkı

<sup>52</sup> Hubbard, Personhood, s. 428, 442.

<sup>53</sup> Detaylı bilgi için bkz. Dore, s. 27 vd. Buna karşılık Zimmerman’a göre, akıllı, bilinçli ve özerk bir varlık, günümüze kadar ulaşmış diğer tüm yasal kişilik sahibi varlıklardan çok farklı bile olsa, bir araçtan daha fazlası olarak değerlendirilmelidir. İnsanlık daha önce karşılaşmadığı yabancı deneyimlere karşı da hoşgörülü olmalıdır. Zimmerman, s. 21.

tanınmamalıdır. Zira yapay zekâya kişilik tanınması, özellikle iş, istihdam ve güvenlik gibi konular bakımından insanların çıkarlarıyla bağdaşmamaktadır.<sup>54</sup>

“İnsan merkezli yaklaşım” tarafından savunulan diğer bir görüşe göre ise, insanlık için büyük bir tehlike potansiyeli barındıran yapay zekâlı varlıklara kişilik tanınması, rasyonel bir karar olmayacaktır. Zira öz-farkındalık sahibi süper bir yapay zekâya ulaşılması ve bu varlıklara bağımsız kişilik tanınması durumunda insanlar kontrolü kaybederek daha üstün bir varlık tarafından yönetilme tehlikesiyle karşı karşıya kalacaklardır. “Paranoyak insan merkezli yaklaşım” olarak da adlandırılan bu görüş, insanlardan daha akıllı hale gelebilecek yapay bir varlığa tüzel kişilik statüsü verilmesi durumunda, bu varlıkların dünyanın kontrolünü ele geçirebileceklerini savunmaktadır.<sup>55</sup> Buna karşılık, yapay zekânın insana zarar vermeyecek veya insan bakış açısıyla ahlâkî kararlar alacak ve potansiyel olarak kendi çıkarını değil, insan menfaatlerini gözetecek şekilde programlanabileceği de ileri sürülmektedir. Ancak böyle bir durum, yapay zekânın otonom olmadığı buna bağlı olarak da bir süje değil, sadece bir araç olduğu anlamına gelecektir. Bu nedenle, her iki örnek de yapay zekânın özne olarak değil, nesne olarak değerlendirilmesini gerektirmektedir.<sup>56</sup>

Öte yandan, söz konusu görüşe göre, biyolojik olmayan zekâya kişilik tanınması, insanları sorumluluktan muaf tutarak hukuka aykırılıklar bakımından caydırıcılığın etkinliğini azaltacağından sorumluluk hukukunu da olumsuz yönde etkileyecektir.<sup>57</sup> Bu nedenle, anılan görüş, hukuk karşısında bir nesne olarak kabul edilen yapay zekâ sistemlerine kişilik hakkı tanınmaması gerektiğini savunmakla birlikte,

<sup>54</sup> Solum, s. 1260.

<sup>55</sup> Solum, s. 1261. Benzer nitelikte bir görüşe göre, yeni nesil yapay zekâ, makine ve silah kullanma yeteneğine sahip, oldukça gelişmiş bir bilgisayar “benliği” olan baskın “tür” olarak insanların yerini almak için ciddi bir aday olarak görünmektedir. Böylesine tehlike potansiyeli barındıran yapay bir varlığa normatif kişilik verilmesi durumunda, insanların en azından eşit kişilik haklarını teminat altına almaları gerekir. Ayrıca yapay zekâ sistemleri önemli rekabet avantajlar elde ederse, eşit kişiler olarak aynı şartlar altında rekabet etme olanağı bulursa bile, baskın tür olarak insanların yerini alabilecek üstün kapasitelere sahip yapay bir varlık için kişiliği reddetmek veya sınırlamak daha rasyonel bir yaklaşım olacaktır. Hubbard, Personhood, s. 418.

<sup>56</sup> Bertolini, s. 225 vd.; Solaiman, s. 33-38.

<sup>57</sup> Solaiman, s. 38.

meydana gelen zararlarda üretici veya kullanıcıyı, hukuki ilişkilerde de tarafları temsil etmek üzere kendisine sınırlı bir yasal statü atfedilmiş bulunan ve özel bir sicile kaydedilmiş bir “yazılım temsilciliği” nin kurulabileceğini savunmaktadır. Bu görüşe göre, söz konusu temsilcilik yoluyla, sözleşmelerin geçerli bir şekilde yapılması ve yerine getirilmesi sağlanabileceği gibi, üstlenilecek yükümlülüğün üst sınırının ve temsil edilen kişilerin belirlenebilir hale getirilmesiyle sorumluluk alanında hukukî güvenlik ilkesi de gerçekleştirilmiş olacaktır.<sup>58</sup>

### cc. Yapay Zekânın Haklara ve Borçlara Ehil Olabilme Yeteneğinin Bulunmaması

Hukukî kişiliğin yalnızca insanlara tanınması gerektiğini savunan yaklaşıma göre, bir varlığın hukukun süjesi olarak kabul edilebilmesi için hak sahibi olmaya ve borç yüklenmeye ehil olması, buna bağlı olarak da özgür iradeye sahip olması zorunludur.<sup>59</sup> Gerek öğretilerde, gerekse uygulamada, bir varlığın nesne olmaktan çıkıp hukuk karşısında özne olarak kabul edilebilmesi için, o varlığın haklardan yararlanabilme ve görevlerini yerine getirebilme iradesinin bulunması gerekir.<sup>60</sup>

<sup>58</sup> Bertolini, s. 242; Solaiman, s. 33- 38.

<sup>59</sup> Covrigaru ve Lindsay'e göre, özgür bir iradeye sahip olduğunun kabul edilebilmesi için bir varlıkta bulunması gereken özellikler şunlardır: 1. Yerine getireceği görevleri ve zamanını kendisi belirler. 2. Hedefine ulaşmak için gereken süreye göre işlevini devam ettirir. 3. Değişen koşullara ve ortama adapte olabilecek güce sahiptir. 4. Hedeflerinin bir kısmı fiziksel ihtiyaçlara dayanır. 5. Canlılığını sürekli koruyan somutlaştırılmış ancak ulaşılamayan hedefleri vardır. 6. Çevresi ile bilgi işleme dayalı etkileşimde bulunur. 7. Olaylara ve kişilere karşı karmaşık tepkiler sergiler. 8. Uyarılara karşı seçicidir. 9. İşlevlerinin, eylemlerinin veya kararlarının kendisi dışında bir aracı tarafından tam olarak kontrol edilmesine gerek yoktur. 10. Sistem çalışmaya başladığında başka herhangi bir programlamaya ihtiyaç duymaksızın fonksiyonlarına devam eder. Arie A. Covrigaru/Robert K. Lindsay, *Deterministic Autonomous Systems*, AI Magazine, Volume 12, Number 3 (1991), s. 117.

<sup>60</sup> Bu görüşe göre nasıl ki kusur ve kast kavramları hukukî ve cezaî sorumluluk bakımından temel unsurlar ise kişiliğin kazanılması bakımından da iradenin varlığı gerekli bir koşul olarak görülmektedir. Ayrıca hakların kullanılabilmesi de sübjektif bir meleke olan iradenin varlığına bağlıdır. Zimmerman, s. 29. Solum'a göre, yapay zekâ yasal yükümlülükler üstlenerek üzerine düşen görevleri yerine getiremezse, yapay zekâyâ yasal haklar tanınması yerinde olmayacaktır. Bununla birlikte, yasal yükümlülükleri olmasa da bebeklere ve ayırt etme gücü bulunmayanlara kişilik hakkı verilmektedir. Solum, bu nedenle, hukukun yapay zekâların irade eksikliğini veya hatalarını ortadan kaldıracak çeşitli stratejiler geliştirebileceğini, ayrıca yapay zekânın hukuka aykırı davranışlarını düzeltmek için onların “yeniden programlamaya” da mahkûm edilebileceğini savunmaktadır. Solum, s. 1268.

Zira ancak özgür iradenin varlığıyla kişiliğin tanındığı hakların kullanılabilmesi ve sorumluluğun yüklenilebilmesi olanaklı hale gelmektedir.<sup>61</sup> Söz konusu kişilik anlayışı, 13. yüzyılda Canon hukukçuları tarafından geliştirilmiş olup, hâlen yargı kararların da dikkate alınan bir unsur olarak kabul edilmektedir.<sup>62</sup> Özetle bu görüşe göre, bir varlığın kişi sayılabilmesi için, o varlığın hukukun öznesi olabilme, yani haklarını kullanabilme ve görevlerini yerine getirebilme yeteneğinin bulunması koşulları aranmaktadır.<sup>63</sup>

Buna karşılık, hakları kullanma ve görevlerini yerine getirme yeteneği bulunmayan kişi ve mal topluluklarına tüzel kişilik tanınmasının, irade sahibi olma koşulu bakımından ayrıksı bir durum oluşturduğu iddia edilmektedir. Şöyle ki, canlı ve fizikî bir varlığı bulunmaması-

<sup>61</sup> Öğretide yer alan benzer bir görüşe göre, haklara ehil olma ve borçları yerine getirebilme ile insan arasında sıkı bir bağ bulunmaktadır. Zira hak ve borçlara ehil olma ile kişilik kavramları, irade ve buna bağlı olarak insanla özdeşleştirilen bir kavramdır. Bu anlamda insan iradeye sahip olduğu için kişilik sahibi olmuştur. Bu nedenle hukuk düzeni iradesi olmayan varlıklara kişilik hakkı tanıyamaz. Selin Çetin, Yapay Zekâ ve Hukuk ile ilgili Güncel Tartışmalar, Yapay Zekâ Çağında Hukuk İstanbul, Ankara ve İzmir Baroları Çalıştay Raporu 2019, s. 54.

<sup>62</sup> 2015 yılında ABD’de New York Bölge Mahkemesinde, Non-human Rights Project (NhrP/İnsan Olmayanların Hakları Projesi) tarafından, Stony Brook Üniversitesi’nde tıbbi araştırmalar için tutulan şempanzelerin serbest bırakılması için açılan davada, insanlara çok benzeyen şempanzelerin özerk, öz-farkındalık ve kendi kaderini belirleyen temel kişilik özelliklerine sahip olmaları nedeniyle, şempanzelerin kendilerine ait “adalet talepleri” olduğu iddia edilerek, ABD Anayasasında yalnızca “yasal kişiler” için geçerli olan Habeas Corpus’a dayanılarak insanlara tanınan temel özgürlük ve eşitlik haklarının şempanzelere de uygulanarak serbest bırakılmaları talep edilmiştir. Mahkeme, yalnızca kişi olarak tanınan varlıkların hak sahibi olma ve borç yüklenme konusunda ehil olduklarına, “nesnelerin” bu yasal hak ve sorumluluklara sahip olmadıklarına, bu bağlamda, zekâ düzeylerine ve fiziksel görünümüne bakılmaksızın tüm hayvanların yasal olarak mülkiyet konusu olduğuna karar vermiştir. Kararda ayrıca, şempanzeler ve tüzel kişiler arasında ayırım yapılarak, tüzel kişiliğe sahip şirketlerin insanlardan oluştuğu, bu nedenle yasal haklar ve görevler üstlenebilecekleri, dolayısıyla tüzel kişilik sahibi olmalarının hukuka uygun olduğu belirtilmiştir. Solaiman, s. 26, 27.

<sup>63</sup> Pagallo, Legal Personhood, s. 9; Solaiman, s. 10, 11; Bertolini, s. 242 vd. Chopra’ya göre, Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından yayımlanan ve 2006 yılında vekâlet hukukuna ilişkin kuralları belirlemeyi amaçlayan “Vekâlet Hukukunun (üçüncü) Yeniden Düzenlenmesi” (Restatement (Third) of Agency) İlkelerinde, kural olarak yapay bir unsurun kişi olamayacağı, asil veya vekilin haklara ve borçlara ehil olabilen yasal kişiler olması gerektiği belirtilmekte; bu tanıma göre haklara ve borçlara ehil olmayan cansız bir nesnenin veya insan olmayan bir varlığın asil veya vekil olmasının mümkün olamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Chopra/White, Autonomous Artificial Agents, s. 157.



na, irade sahibi de olmamasına rağmen, ekonomik ve ticarî hayatın desteklenmesi amacıyla şirketlere de hukuk sistemi tarafından kişilik hakkı tanınmıştır. Böylece hukukî sorumluluğun sınırlandırılarak, tüzel kişilerin arkasındaki gerçek kişilerin ticarî faaliyetlerini daha etkin ve güvenli bir şekilde yürütmeleri amaçlanmıştır.<sup>64</sup> Bu görüşten hareketle, her ne kadar hukuk düzeni tarafından işlevsel nedenler ve insanların ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla kimi yapılara tüzel kişilik tanınmış ise de, kendi iradesini hukuk hayatına yansıtma yeteneği olmayan yapay zekâlı varlıkların hukukun öznesi olarak tanınmasının yerinde olmadığı kabul edilmektedir.<sup>65</sup>

Yapay zekâyâ hukukî kişilik tanınmasını reddeden yaklaşım, iradî hareket edebilme bakımından yapay zekânın hayvanlara benzetilmesinin yerinde olmadığını savunmakla birlikte, hukukî sorumluluk bağlamında yapay zekâ tarafından verilen zararlar nedeniyle hayvanlara ilişkin hükümlerin uygulanabileceğini kabul etmektedir.

<sup>64</sup> Buna karşılık Beckman'a göre, şirketler bakımından hukukî bir sorumluluk sözü konusu olduğunda amaç kişiler topluluğunun temsilcisi olan şirketten ziyade, şirketin bireysel ortaklarına atfedilebilecek bir karar veya politikaya ulaşmaktır. Ludvig Beckman, "Personhood and legal status: reflections on the democratic rights of corporations", *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 1, 2018, s. 23.

<sup>65</sup> Zimmerman, s. 28. Gerçek kişi olmadıkları halde hukukî kişilik tanınan tüzel kişiler, hukukî kişilik için aranan "hakları kullanma ve görevlerini yerine getirme yeteneği" bulunması gerektiğine yönelik kuralın bir istisnası değildir. Zira her ne kadar anılan yeteneği bulunmayan bir şirket tüzel kişiliği haiz olsa da gerçekte bu kişilik insanlar tarafından belirli amaçlar için oluşturulmuştur. Tüzel kişilerin iradesini açıklayan ve onlar adına fiil ehliyetini kullanan tüzel kişinin organlarıdır. Bu organlar da temelde bireylerden oluşmaktadır. Tüzel kişinin hakları ve görevleri esasen bireylerin hak ve görevleriyle ilgilidir. Organların yaptığı eylem ve işlemlerden tüzel kişi sorumludur. Bu nedenle, bir mal ya da kişi topluluğuna tüzel kişilik tanınması durumunda, arkasındaki bireylerin tüm kişilik özellikleri doğrudan tüzel kişiliğe atfedilmektedir. Yani çeşitli topluluklara tanınan tüzel kişiliğin kuruluş amacı gerçek kişilerin ihtiyaçlarını karşılamaktır. Solaiman, s. 21. Gray benzer mahiyeteki görüşünde, kişiliğin temel unsurunun bir iradenin kullanılması olmadığını, bir kişinin iradesini hukuk alanına yansıtamaması durumunda, bu kişi adına ve hesabına hareket eden temsilcinin iradesinin, temsil olunanın iradesi olarak kabul edileceğini belirtmiştir. (Zimmerman, s. 28' den naklen). Söz konusu tartışmaya ilişkin olarak Solum ise, şirketlerin tüzel kişi olarak işlevleri gerçek kişilerin haklarını korumaktır. Şirketin varlıkları gerçekte hissedarlara aittir. Şirket aleyhine gerçekleşen bir işlem, gerçek kişilere doğrudan zarar verecektir. Solum bu nedenle, şirketlerin hukukî haklara sahip olduğu gerçeğinden hareketle, yapay zekâ varlıklara kişilik hakkı tanınması gerektiği tezine olumlu bir destek sağlanamayacağını savunmaktadır. Solum, s. 1259. Tüzel kişilerin fiil ehliyeti ve organları hakkında detaylı bilgi için bkz. Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Acabey/Gürpınar, s. 142 vd.; Kılıçoğlu, s. 222 vd.

Böylece kişilik tanınmasına gerek olmaksızın yapay zekâ tarafından verilen zararların kusursuz sorumluluk kapsamında tazmin edilebileceği ileri sürülmektedir. Şöyle ki hayvan, huysuz, uysal, cana yakın gibi kendine özgü karakteristik özellikler taşıyan biyolojik bir varlıktır. Bu anlamda doğal biçimde yaşayan bir varlık olması ve hem eğitildiği konularda hem de kendi iradesine bağlı olarak gerçekleştirdiği eylemler açısından tüzel kişilerden ve yapay zekâ sistemlerinden farklıdır. Hayvanın sahip olduğu doğası ve davranışsal sapmasına neden olabilecek düzensiz davranışları nedeniyle üçüncü kişilere verdiği zarar nedeniyle hayvanın bakım ve yönetimini üstlenen kişilerin sorumluluğuna başvurulabilmektedir<sup>66</sup>. Aynı şekilde yapay zekâ sistemlerinin üreticisi, sahibi veya kullanıcısının da yapay zekânın verdiği zarardan sorumlu tutulmasında bir engel bulunmamaktadır. Bununla birlikte, yapay zekâ ve hayvanlar bazı yönlerden benzerlik göstermekle birlikte bu benzerlikler, her iki varlığa da kişilik tanınması konusunda yetersiz kalmaktadır. Nitekim ABD’de görülen şempanzelere ilişkin dava, şempanzelerin hak sahibi olma ve borç yüklenme ehliyetleri olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.<sup>67</sup>

<sup>66</sup> TBK. m. 67’de düzenlenmiş olan hayvan bulunduranın sorumluluğu için bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları*, 21. Baskı, Ankara 2017, s. 652 vd; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genişletilmiş* 22. Baskı, Ankara 2018, s. 446 vd; Nomer, s. 204.

<sup>67</sup> Bertolini, s. 227 vd.; Solaiman, s. 12- 34; Peter W. Singer, *Wired for War: The Robotics Revolution and Conflict in the 21st Century*; Penguin Press: USA, 2009, s. 415. Zimmerman, s. 33. Hubbard’a göre, hayvanlar ve akıllı makinelerin insanlara göre farklı bir kategoride yer almasının nedenlerinden biri, hayvanlar ve akıllı makinelerin özellikle karmaşık entelektüel beceriler açısından kişilik kapasitesinden yoksun olmalarıdır. Örneğin, bir insan, bir evcil hayvanı veya akıllı asistanı sevebilir, ancak bir insanın insanla olan ilişkisi, bir hayvan veya yapay zekâ ile olan duygusal bağından çok farklıdır. Zira insanlar arasındaki ilişki hayvanlar veya nesnelere arasında söz konusu olmayan öz-bilinçli benlikler arasındaki karmaşık entelektüel etkileşimlerden kaynaklanmaktadır. Anılan farklılık nedeniyle, evcil hayvanlar ya da akıllı makineler ne kadar insana benzerse benzesin, yasal haklar açısından kişi değil, şeyler olarak kabul edilmelidir. Buna karşılık, bir insan bebeği ile bir evcil köpek örneğini ele aldığımızda, bebeği sevmek evcil hayvanı sevmekten önemli ölçüde farklıdır. Köpeğin bizimle iletişim kurma ve etkileşimde bulunma kapasitesi bebeğe göre daha yüksek olsa da bu, insan ilişkilerinin karmaşık doğasına benzer nitelikte bir ilişki değildir. Bu farkın nedeni, insanlar “mantıklıdır” ve bebekler sadece insan oldukları ve dolayısıyla daha yetenekli hale gelecekları için kişilik sahibi olmaktadır. Buna karşılık, hayvanların gelişimi sınırlı kalacağından ve “her canlıya hükmeden” insanların hizmetinde olacakları için hayvanlara insan değil, şey muamelesi yapılmaktadır. Hubbard, *Personhood*, s. 413, 414.

### dd. Yapay Zekâya İlişkin Sorunların Çözümü İçin Kişiliğin Zorunlu Bir Koşul Olmaması

Bu görüşe göre, hukuki sorumluluğun belirlenmesi amacıyla yapay zekâya kişilik tanınması, olmazsa olmaz (sine qua non) bir çözüm yolu değildir. Zira yapay zekâ kaynaklı hukukî sorunlar, yapay zekâya kişilik tanınmadan da gerçekleştirilebilecektir.<sup>68</sup>

Öte yandan, yapay zekâlı varlıklara bağımsız bir kişilik tanınması, borç ilişkilerinde ortaya çıkan zararın tazmini konusunda önemli bir çözüm yolu sunmaktan ziyade, sorumluluğuna başvurulacak kişilerin sınırlandırılmasına hizmet edecektir. Şöyle ki, yapay zekâlı varlıklar yerine getirdikleri görevler nedeniyle herhangi bir gelir elde etmedikleri sürece, kişilik hakkı kazansalar bile, meydana gelecek zararlar bu teknolojilerin arkasında duran insan veya şirketler tarafından karşılanacaktır. Buna karşılık, yapay zekânın faaliyetleri için bir ücret öngörülmesi durumunda ise, bu kullanıcılar için bir vergi ihdası anlamına gelecektir.<sup>69</sup> Buradan hareketle, yapay zekânın hukukî sorumluluğunun belirlenmesi ve hukukî işlem yapabilmesi için yasal kişilik kazanmasına ihtiyaç bulunmadığı, zira yapay zekâya kişilik statüsü kazandırılmadan da yalnızca bu işlevlerle sınırlı olmak üzere haklar tanınabileceği ifade edilmektedir. Ayrıca, yasal sistemlerin “sentetik varlıklar” için şirketlerde olduğu gibi tüzel kişilik öngörmesinin de bu sentetik varlıklara tanınan hakların kötüye kullanılmasına neden olabileceği iddia edilmektedir.<sup>70</sup> Şöyle ki, yapay zekâya kişilik tanındığında bu yapay zekânın arkasındaki gerçek kişiler için bir sorumsuzluk

<sup>68</sup> Pagallo’ya göre, nerede hukukî bir sorumluluk söz konusu ise, orada yasal bir kişilik vardır. Bununla birlikte, günümüz yapay zekâ teknolojilerinin sahip olduğu sorumluluğun kapsamı dikkate alındığında yapay zekâya tam bir hukukî kişilik tanınması gerekli değildir. Nitekim sözleşmeye dayanan borç ilişkisi çerçevesinde temsilcilerin sahip olduğu bağımlı ve sınırlı hukukî statü biçimleri, benzer bir hukukî durumda olan yapay zekâlı varlıklar için de uygulanabilecektir. Dolayısıyla yapay zekâ için bağımsız bir kişilik tanınması olmazsa olmaz bir koşul değildir. Pagallo, *Legal Personhood*, s. 5.

<sup>69</sup> Bertolini, s. 242; Solaiman, s. 33.

<sup>70</sup> Doktrinde yer alan bir görüşe göre, borçluların sorumluluktan kaçınmak için tüzel kişilik perdesinin arkasına saklanmaları durumunda, hakkın kötüye kullanılması yasağı ve hâkimin örtülü yasa boşluklarını doldurma yetkisi çerçevesinde tüzel kişiliğin arkasındaki gerçek kişi borçlulara başvurulabilecektir. Bu durum, tüzel kişiden alacaklı görünenlerin nispi alacak haklarının güçlendirilerek üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilmesi anlamına gelmektedir. Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 495.

kalkanına dönüşebilecektir. Bununla birlikte, herhangi bir düzenleme yapılmamasının da robotlar ve yapay zekâdan oluşan bir sorumsuz failler sınıfının ortaya çıkmasına neden olabileceği belirtilmektedir.<sup>71</sup>

Yapay zekânın kendine özgü nitelikleri nedeniyle hukukî ilişkilerde birtakım sorunlarla karşılaşılabilceğini kabul etmekle birlikte, anılan sorunun çözümü için yapay zekâyâ kişilik statüsü tanınmasının olmazsa olmaz bir koşul olmadığını savunan görüş, bu iddiasını desteklemek amacıyla farklı çözüm yolları önermektedir. Buna göre, temsil ilişkisinde olduğu gibi bağımlı ve sınırlı bir yasal statü tanınması ya da şirketler için öngörüldüğü üzere yapay zekâ robotların tescil ettirilmesi ve onlara belirli bir sermaye tahsis etmek suretiyle hukukî sorumluluk bağlamında yapay zekâyâ başvurma gereği ortadan kaldırılacaktır.<sup>72</sup> Böylece bu tür akıllı makinelerin finansal konumları da şeffaf hale getirilmiş olacaktır.<sup>73</sup>

## b. Değerlendirme

Özetle, yapay zekâyâ kişilik tanınmasına karşı olan görüş, kişiliği insanlara özgü, doğuştan kazanılan bir değerler bütünü olarak görmekte ve insanların bu değerler üzerinde tasarruf yetkisinin bulunmadığını savunmaktadır.<sup>74</sup> Ayrıca kişiliği temel haklar ve görevlerin ayrılmaz bir unsuru olarak değerlendiren insan merkezli bu yaklaşım, yapay zekânın anılan hak ve görevleri yerine getirme kabiliyetinin bulunmadığını kabul etmektedir.<sup>75</sup>

Öte yandan, biyolojik varlıkların, özellikle insanların düşünceleri ve davranışları sadece duyuşal girdinin rasyonel analizinden değil, aynı zamanda endokrin sistemden ve binlerce yıl boyunca çeşitli kimyasal mesajlardan da etkilenmektedir. İnsanlarda benzersiz bir zekâ, iletişim, öz bilinç seviyesi ve duyuş bulunmaktadır. Bu yetilerden

<sup>71</sup> Pagallo, *Legal Personhood*, s. 4; Bryson/Mihailis/Grant, s. 275 vd.

<sup>72</sup> Pagallo, *Legal Personhood*, s. 5; Ersoy, s. 86; Kılıçarslan, s. 378.

<sup>73</sup> Bağımsız bir hukukî kişilik tanınmadan, temsil ilişkisi çerçevesinde hukukî ilişkilerin yürütülebileceği iddia edilmekle birlikte, normatif görüşü benimseyenlere göre, yapay zekâ varlıkların sözleşmelerde ve iş hukukunda temsilci olarak kabul edilmeleri durumunda yasal kişi olarak da tanınmaları gerekmektedir. Zira benzer durum, hukuk sistemlerinin insanlara tam kişilik vermesinin de normatif temellerini oluşturmaktadır. Pagallo, *Legal Personhood*, s. 5.

<sup>74</sup> Friedmann, s. 50 – 51.

<sup>75</sup> Solaiman, s. 11; Çetin, *Yapay Zekâ ve Hukuk ile İlgili Güncel Tartışmalar*, s. 54.

uzak akıllı makineler gelecekte duygu ve öz-bilince ulaşabilseler bile, şu an itibarıyla akıl ve hislerden yoksundurlar. Bu nedenle ancak duyguları ve öz-bilinci taklit edebilirler.<sup>76</sup> Söz konusu görüş, tüm hukuk sistemlerince benimsenmiş olan kişi ve mal toplulukları için tanınan tüzel kişiliği ise, bu kişiliklerin gerçekte insanlardan oluştuğu, fiil ehliyetlerinin insanlardan oluşan organlar vasıtasıyla kullanıldığı ve kişilikleriyle ilgili haklar ve görevlerin temelde arkalarındaki insanların haklarına ve görevlerine atıfta bulunduğu gerekçesiyle kabul edilebilir görmektedir. Ayrıca yapay zekânın kendi başına bağımsız kararlar alma becerisi ölçüt olarak alındığında da yapay zekânın gelişmişlik düzeyi itibarıyla gerekli koşulları karşılamadığı ileri sürülmektedir.<sup>77</sup>

Bize göre, hızla dijitalleşen bir toplumsal yaşamın geçerli olduğu günümüzde, kişiliği reddeden yaklaşımın dayandığı gerekçeler rasyonel ve uygulanabilir olmaktan uzaktır. Zira sürekli artan çeşitlilikte görevleri yerine getirmek üzere tasarlanan, otonomi ve öğrenme özelliği bulunan makinelerin egemen olacağı bir dünyada, akıllı makinelerin söz konusu görevleri yerine getirirken üçüncü kişilere ait malvarlığı ya da şahıs varlığı değerlerine zarar vermesi de kaçınılmaz olacaktır. Bu durum, yapay zekânın hukukî kişiliği ve sorumluluğunun normatif bir düzenlemeye kavuşturulması gerekliliğini de beraberinde getirecektir. Bununla birlikte, yapay zekâya tanınacak hukukî kişilik, insanlarla özdeş veya onlarla yarışan bir değerler sistemine değil, akıllı makinelerin kendilerine özgü karakteristik özellikleriyle uyumlu, algoritmik yapı ve otonomi özelliklerini yansıtan ve faaliyet alanlarıyla sınırlı bir kişilik modeline dayanmalıdır.

### 3. Hukukî Kişiliği Kabul Eden Yaklaşım

En gelişmiş bilişsel teknolojik tasarımların birer birer hayata geçirildiği ve siberetik topluma doğru katlamalı bir ivmeyle yol alan dünyamızda, yeni nesil yapay zekâ teknolojisine hukukî bir statü kazandırılması gerektiğini savunan bilimsel görüşler ve ileri sürülen teoriler adeta bir manivela etkisi oluşturmaktadır. Zira biyolojik olmayan zekânın insan ve toplum üzerindeki etkinliği arttıkça, yapay zekânın hukukî statüsünün belirlenmesine ilişkin talep ve beklentiler de o oranda yükselmektedir.

<sup>76</sup> Hubbard, Personhood, s. 442.

<sup>77</sup> Solaiman, s. 35; Hubbard, Personhood, s. 442; Pagallo, Legal Personhood, s. 9.

Yapay zekâlı varlıklara hukukî kişilik kazandırılmasını savunan yaklaşım kural olarak, kişiliğin hukuki ve şekli yönünü temel almakta olup, toplumsal kabulün oluşması ve hukuk politikasıyla uyumlu olması durumunda anılan varlıklara kişilik tanınabileceğini kabul etmektedir.<sup>78</sup>

Biyolojik olmayan zekâyâ kişilik tanınması gerektiğine ilişkin hukuki kişilik çerçevesinde teorik ve akademik düzeyde gelişen süreci destekleyen ve yapay zekâ varlıklara kişilik tanınmasını bir gereklilik olarak gören bilimsel görüşler, genel olarak üç temel noktadan hareket etmektedir. Bunlardan ilki, sahip olduğu kendine özgü teknik ve bilişsel özellikler nedeniyle yapay zekânın işleyişinden kaynaklanan zararlarda hukukî sorumluluğun tespitinde karşılaşılan zorluklardır. İkincisi, bilinen makine veya bilgisayarlara oranla çok daha kompleks bir sistem olan, insanımsı özellikler taşıyan ve ilerleme potansiyeline üst bir sınır getirilemeyen yeni nesil yapay zekâyı, eşya hukukunun bir konusu olarak görmenin modern bilim anlayışı ile bağdaşmadığı düşüncesidir. Son olarak, yapay zekâ tabanlı varlıkları yok saymak yerine onları yasal bir statüye kavuşturarak, insanlığın bu sistemlere özgü nitelik ve kazanımlardan en üst düzeyde yararlanmasını sağlama amacıdır.<sup>79</sup>

Akıllı yazılımlar ve yapay zekâ teknolojilerinin dağınık ve sorumluluğu farklı alanlara dağıtan sistemler olması nedeniyle, hukuka aykırı eylemi oluşturan yazılım ve algoritmalara kim tarafından komut ya da eğitim verildiğinin tespiti oldukça güç görünmektedir. Ayrıca yapay zekâ tabanlı sistemlerin üretiminde, tasarımında veya kullanımında bir hata olup olmadığının tespiti de karmaşık bir sürecin işletilmesini gerektirmektedir. Bu durum sorumluluğun yöneltmesi ve hesap verebilirlik bakımından hukukî bir belirsizliğin ortaya çıkmasına neden olmaktadır.<sup>80</sup> Zira yapay zekânın bir zarara neden olması du-

<sup>78</sup> White, s. 74- 75.

<sup>79</sup> Solum, s. 1252; Teubner, s. 6; Zimmerman, s. 21; Bacaksız/Sümer, s. 145- 146

<sup>80</sup> Pagallo, Legal Personhood, s. 6; Bayamlıoğlu, s. 136. Örneğin, kullanıcısının dijital ortamdan bir belgeye ulaşması gerektiğini duyan bilinçli bir makine olan yapay zekâ, sosyal çevrenin etkisiyle belgeyi edinip doğum günü hediyesi olarak kullanıcısına hediye etmeye karar verir. Yapay zekâ bu karar çerçevesinde hareket ederek, ayrıca ücret ödmeden belgeye ulaşmak amacıyla dijital ortamda çeşitli yasaklanmış eylemleri de gerçekleştirerek belgeyi elde edip kullanıcısına hediye eder. Böyle bir senaryoda kullanıcıyı, tasarımcıyı ya da üreticiyi sorumlu tutmak

rumunda zarar gören; üretici, işveren, algoritma veya yazılım sorumlusu, kullanıcı ya da yapay zekânın kendisi gibi birçok faktör arasında seçim yapma ve karar verme aşamalarıyla karşı karşıya kalmaktadır. Dahası insanlar ve yapay zekâ arasındaki etkileşimin karmaşıklığı ve her iki ögenin birden fazla eylemine dayanan çoklu ve dağıtılmış sorumluluk durumları, ortaya çıkan zararın tazmin edilmesini olasılığını ortadan kaldırebilmektedir. Bundan başka, yapay zekânın üretici, kullanıcı, algoritma veya yazılım sorumlusu gibi ögelere atfedilemeyecek eylem ve davranışları nedeniyle zararın gerçekleşmesi durumunda hukukî sorumluluğun belirlenmesi imkânsız hale gelecektir.<sup>81</sup> Bu bağlamda yapay zekâyâ kişilik kazandırılması, hesap verebilir kişilerin karmaşıklığını ve belirsizliğini gidererek zararın tazminine yönelik yargılama işlemlerinin daha hızlı ve güvenli ilerlemesini sağlayacaktır.

Söz konusu belirsizlik, kendisinden önceki teknolojik tasarımlardan çok farklı bir sistematığı ve mantığı olan yapay zekâ varlıklara ilişkin yeni nesil sorunların, bu teknolojinin niteliğiyle bağdaşmayan geleneksel yöntemlerle çözümlenemeyeceğini açıkça ortaya koymaktadır.

Diğer yandan, makine öğrenmesi yoluyla gelişim sürecine bağlı olarak yapay zekâ, çevredeki canlılarla etkileşimi sonucu bilgi ve becerilerini sürekli artırdığından daha karmaşık bilişsel yapıların ortaya çıkmasını sağlamaktadır. Yakın gelecekte, biyolojik insan algoritmalarını taklit eden bir modellemeye dayanılarak üretileceği öngörülen insan benzeri yeni nesil yapay zekânın toplumsal yapıyla daha fazla bütünleşeceği gerçeği karşısında, bu tür yapıların toplumsal yaşam içerisinde bir statüye ihtiyaç duyacağı açıktır.<sup>82</sup> Bu nedenlerle, kendine özgü nitelikleri ve çalışma sistemi olan yeni nesil yapay zekâ teknolojilerine bu özellikleriyle bağdaşır, yenilikçi ve sürdürülebilir çözümler üretilmesi noktasında kanun koyucuya önemli görevler düşmektedir.

Bunun dışında, insan olmayan varlıklara hukukî kişilik tanınması çağdaş toplumların bilişsel teknolojiye yararlanma kapasitelerini

---

oldukça güçtür. Zira anılan olayda gelişmiş bir otonomiye sahip yapay zekâ hukuka aykırı eylemler nedeniyle sorumlu tutulma bakımından insanla eş değer durumdadır. Calverley, s. 533.

<sup>81</sup> Pagallo, *Legal Personhood*, s. 6; Ersoy, s. 78.

<sup>82</sup> Ugo Pagallo, *Even Angels Need the Rules: AI, Roboethics, and the Law*, The Authors and IOS Press, 2016, s. 209. doi:10.3233/978-1-61499-672-9-209AI.

oldukça yükseltecektir. Örneğin, elektronik veya akıllı sözleşmelerin yaygınlaşması işlem maliyetlerinde önemli ölçüde tasarruf sağlayacağı gibi, edimlerin daha güvenli ve hızlı bir şekilde gerçekleşmesine katkıda bulunacaktır. Bu kapsamda, ABD’de kırk yedi eyalet, Columbia ve Virgin Adalarınca kabul edilen “Tekdüzen Elektronik İşlemler Yasası” (The Uniform Electronic Transactions Act / UETA), tarafların elektronik temsilcileri olarak işlev gören makinelerce sözleşme yapılabilmesine olanak tanımaktadır. Söz konusu düzenleme, sözleşmenin kurulması aşamasında gerçek kişiler olan tarafların karşılıklı iradelerinin bulunmaması nedeniyle sözleşmenin kurulmadığına yönelik tüm iddiaları geçersiz kabul etmektedir. Makinelerin sözleşmeye katılımı söz konusu olduğunda, gerekli iradenin makinenin programlanması ve kullanımından kaynaklandığı varsayılmaktadır. Bu husus, Elektronik İşlemler Yasasının “Otomatik işlemler” başlıklı 14. Bölümünde, *“Taraflar elektronik temsilcilerinin eylemlerinden veya sonuçta ortaya çıkan şartlar ve anlaşmalardan haberdar olmasa veya bunları incelememiş bile olsalar, tarafların elektronik temsilcilerinin etkileşimi ile bir sözleşme kurulmuş olur.”* şeklinde ifade edilmiştir.<sup>83</sup>

Elektronik İşlemler Yasası’nda, herhangi bir insan bilgisi veya katılımı olmaksızın elektronik temsilciler sözleşme yapmak üzere etkileşimde bulunduğu, bu sözleşmeyle ilgili gerçek kişilerce irade eksikliği veya yokluğuna dair bir itiraz ileri sürülemez, sözleşmenin hüküm ve sonuçlarının yapay zekânın arkasındaki gerçek kişiye ait olacağı hüküm altına alınmıştır.<sup>84</sup>

<sup>83</sup> <http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/Transactions/ueta.pdf>. SET.23.8.2020.

<sup>84</sup> Alman Hukukunda, elektronik temsilcinin kendisine ait öneri veya kabul ile sözleşme gerçekleştirmesi durumunda, sözleşme yapılmasına farklı seçenekler arasında değerlendirme yapılarak yapay zekâ tarafından otonom olarak karar verilmiş olsa bile, sözleşmenin hüküm ve sonuçlarının yapay zekânın arkasındaki gerçek kişiye ait olacağı kabul edilmektedir. Ancak bu durumda hukukî sorumluluğun dayanağı, yapay zekânın borç doğuran işlemi kendi iradesi sonucu, otonom bir şekilde karar verip gerçekleştirmesi ile temsil olunan gerçek kişinin iradesi çerçevesinde hareket etmiş olmasına göre değişkenlik göstermektedir. Bu bağlamda, kendi deneyimleri sonucu öğrenme ve kendisini geliştirme yeteneği olan otonom yapay zekânın yapacağı hukukî işlemler ile özerk karar verme yeteneği olmayan bir sistemin işlemleri sonucu doğan hukukî sorumluluğun dayanakları farklı olacaktır. Buna göre, otonom şekilde karar veren yapay zekânın işlemleri sonucu doğan borç ilişkisinde, sözleşmeye dayanan sorumluluk kapsamında yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk ya da temsil ilişkisi söz konusu olacaktır. Ancak, mülkiyet konusu eşya olarak değerlendirilen otonom olmayan yapay zekâ



Böylece günümüz bilişim çağında elektronik sözleşmelerin daha yaygın kullanılması ve işlem maliyetlerinin azaltılması amaçlanmaktadır. Ayrıca, elektronik temsilciler arasındaki etkileşim yoluyla sözleşme yapılabilmesine olanak tanınması elektronik kişiliğin gerçek dünyaya aktarılması yolunda da önemli bir adım teşkil etmektedir.<sup>85</sup>

Türk Hukukunda, elektronik ya da biyolojik olmayan herhangi bir varlığın, gerçek veya tüzel kişiyi temsilen<sup>86</sup> hukukî işlemler yapması ve hüküm ve sonuçların bu kişilerin hukuk alanında doğmasını sağlayan bir düzenleme yer almadığı gibi, “elektronik sözleşme”<sup>87</sup> olarak nitelendirilebilecek ayrı bir sözleşme türü de bulunmamaktadır.<sup>88</sup> Her ne kadar doktrinde ayrı bir sözleşme tipi olarak “elektronik sözleşme” kavramına yer verildiği görülmekte ise de gerçekte bu sözleşmeler

aracılığıyla yapılan işlemler esasen yapay zekânın arkasındaki gerçek kişi tarafından gerçekleştirildiğinden, borç ilişkisinin tarafı olarak hukukî sorumluluk genel hükümler çerçevesinde gerçek kişiye ait olacaktır. Solum, s. 1284; Teubner, s. 10. <http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/Transactions/ueta.pdf>. SET.23.8.2020. Elektronik İşlemler Yasasının ekonomi ve sosyal bakımdan sağlayacağı katkılar bulunmakla birlikte bir takım hukukî sorunların da yaşanabileceği ifade edilmektedir. Bu sorunlar özellikle; kendi deneyimleri sonucu öğrenme ve kendisini geliştirme yeteneği olan otonom yapay zekânın, temsilcisi olduğu gerçek kişinin aleyhine veya tamamen onun iradesi dışında işlemler yapması ya da yanılma, aldatma gibi iradeyi sakatlayan durumlarda hangi hükümlerin uygulanacağı ile gerçek kişi ile yapay zekâ temsilci arasında temsile ilişkin düzenlemelerin geçerli olup olmayacağı gibi konular üzerinde yoğunlaşmaktadır. Teubner, s. 10. Bu bağlamda, sözleşme teorisi çerçevesinde karşılıklı iradelerin uyuşup uyuşmadığının tespitinde güçlük karşılacağı gibi, bu sözleşmelerin hukuki bağlayıcılığı çerçevesinde fiili sözleşme ilişkisi ve sebepsiz zenginleşme gibi kurumlara ya da belirli konularda dürüstlük kuralına başvurmak da gerekecektir. Bayamlioğlu, s. 132.

<sup>86</sup> Temsil kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 441 vd.; Andreas Von Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt: I- II, (Çev. Cevat Edege), Yargıtay Yayınları No: 15, Ankara 1983, s. 347; Nomer, s. 142 vd.

<sup>87</sup> Elektronik sözleşme kavramı ve türleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Çiğdem Kırcı, İnternette Sözleşme Kurulması, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2000, Cilt XX, Sayı 4, s. 100 vd.

<sup>88</sup> Gerçek anlamda elektronik sözleşme, akıllı yazılım ya da yapay zekânın sözleşme ilişkisinde aktif bir rol alarak sözleşmeyi gerçekleştirme konusunda iradeye sahip olmaları, bu kapsamda bizzat icap, icaba davet veya kabul işlemlerini gerçekleştirebilmeleridir. Türk Borçlar Kanunu’nda akıllı yazılımlar veya yapay zekâ aracılığıyla gerçekleştirilen sözleşmelere ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum, özellikle yanılma gibi irade bozukluğu hallerinde hukuki anlaşmazlıklara yol açabilecektir. Çünkü yanılma, beyanın oluşumuyla ilişkili olduğu gibi, beyanda etkili olan psikolojik durumun analiz edilmesini de gerekli kılmaktadır. Bayamlioğlu, s. 132- 133.

ayrı ve kendine özgü bir sözleşme kategorisi oluşturmamaktadır. Zira elektronik sözleşmelere dayanak olarak gösterilen TBK m. 4/2'de yalnızca, sözleşmenin kurulması sırasında telefon, bilgisayar gibi iletişim sağlayabilen araçların kullanılabilceğini, bu tür cihazlarla doğrudan iletişim anında, çevrimiçi olarak anlık ve kesintisiz şekilde yapılan önerinin hazırlar arasında yapılmış sayılacağına dair bir hüküm yer almaktadır. Dolayısıyla elektronik sözleşme kavramında yer alan elektronik ibaresi, sözleşmenin hukukî niteliğiyle, içeriğiyle, unsurlarıyla ya da taraflarıyla ilgili ayırt edici bir özellik taşımamaktadır. Bu ibare yalnızca sözleşmenin kuruluşunda elektronik araçların kullanıldığını ifade etmektedir. Bu nedenle anılan araçların kullanıldığı sözleşmelerin, elektronik sözleşmeler adı altında ayrı ve kendine özgü bir sözleşme kategorisi olarak değerlendirilmesi yerinde görülmemektedir.<sup>89</sup>

Türk pozitif hukukunda, borç ilişkilerini düzenleyen kurallar çerçevesinde, hukukun bir öznesi olarak biyolojik olmayan akıllı varlıklara ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte yakın gelecekte gerçekleşeceği kaçınılmaz olarak görülen dijital dönüşüm ve yeni nesil yapay zekâ sistemlerinin, hukuk da dâhil olmak üzere birçok alanda başlatacağı köklü ve kapsamlı değişimler karşısında sınırlı da olsa bir takım öncü hukukî düzenlemeler yapılması, bu dönüşümün toplum tarafından daha çabuk benimsenmesine katkı sağlayacaktır. Zira yapay zekâ ve akıllı yazılımlar aracılığıyla yapılan sözleşmelerden kaynaklanan uyumsuzlukların Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan hükümlerle çözümlenmesi zor görünmektedir. Örneğin, sözleşmenin kuruluşunda yazılım sebebiyle bir hata meydana gelmesi durumunda bu hata TBK'ya göre ancak makineyi işleten gerçek kişinin yanılması kapsamında değerlendirilebildiği ölçüde dikkate alınacaktır. Oysa akıllı yazılımlardan kaynaklanan hatalar her zaman "yanılma" hükümleri çerçevesinde değerlendirilemeyeceği gibi, akıllı yazılımlar işleme konu iradenin sorumlusu olmadığından, yazılımda meydana gelecek yanlışlık veya hataların işlemin geçerliliğini etkileyen bir irade bozukluğu olarak kabul edilmesi de mümkün görünmemektedir.

<sup>89</sup> Gamze Turan, Elektronik Sözleşmeler ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti, *TBB Dergisi*, Sayı 77, 2008, s. 92; Muzaffer Şeker, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre İnternet Üzerinden Sözleşmelerin Kurulması, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl:11, Sayı: 22, Güz 2012/2, s. 131.

Bu nedenle sözleşmenin kurulması, irade bozukluğu halleri, temsil ve vekâlet gibi konularda ortaya çıkacak uyuşmazlıkların çözümü için en rasyonel yaklaşım tarzı akıllı yazılımlara veya yapay zekâyâ hukukî bir statü tanınması olacaktır.<sup>90</sup>

Öte yandan, dernekler ve vakıflarda olduğu gibi, biyolojik olmayan otonom varlıklara da tüzel kişilik benzeri bir statü tanınması, yasal anlamda bu varlıkların sürekli bir amaca tahsis edilmelerinin ve insanlığa hizmet etmelerinin önünü açacaktır. Ayrıca, toplumsal yapının farklı katmanlarında insan olmayan varlıklarla her karşılaşıldığında yaşanacak belirsizlikle başa çıkmanın en başarılı stratejilerinden birinin, onların kişileştirilmesi olduğu kabul edilmektedir.<sup>91</sup>

Yapay zekâyâ kişilik hakkı tanınması görüşünü savunanlar, hukukî güvenlik ilkesi ve hesap verebilirlik ilkeleri bakımından yapay zekânın yasal bir statüye kavuşturulması noktasında görüş birliği içerisinde olmakla birlikte, bunun yöntemleri konusunda ayrılmaktadırlar. Bu bağlamda, bir görüşe göre, yapay zekâyâ hukuk karşısında bir statü kazandırmak için ona gerçek kişilere benzer bir hak ve fiil ehliyeti tanıma zorunluluğu bulunmamaktadır.<sup>92</sup> Yapay zekânın görevleri ve çalışma alanı kapsamında işlemlerini gerçekleştirebilecek düzeyde yetki ve sorumluluğa sahip olması yeterli görülmektedir. Örneğin, şirketlerde olduğu gibi yapay zekâyı tescil ettirerek veya onlara sermaye vermek suretiyle herhangi bir tüzel kişiliğe başvurmadan bu tür akıllı makinelerin finansal konumunun şeffaf hale getirilebileceği savunulmaktadır.<sup>93</sup> Bunun dışında, yapay zekâyâ hukukî bir statü tanınması gerektiğine yönelik görüş çerçevesinde, tüzel kişilik benzeri kişilik, elektronik kişilik, insan olmayan kişi, sınırlı amaçlı kişilik ve yarı kişilik gibi modeller önerilmektedir.

<sup>90</sup> Akıllı yazılımların yalnızca bir eşya olarak kabulü halinde, akıllı yazılımlarca gerçekleştirilen sözleşmeler, temsilcinin gerçekleştirdiği işlemlere göre daha fazla risk taşıyacaktır. Buna göre, akıllı yazılım işleticileri veya kullanıcıları, sistemin çalıştığından emin olmak için sıkı tedbirler almak zorunda kalacaklardır. Makinenin kişiliği bulunmadığından, çalışmasındaki aksaklıklar TBK'da yer alan yanılma hallerinden birine de girmeyecektir. Bu nedenle, borçlar hukukundaki temsil, vekâlet gibi kurumlar ile sözleşme kurulmasına ilişkin hükümlerde köklü değişiklikler yapmak yerine, akıllı yazılımlara tüzel kişilik tanınması daha etkin bir çözüm olacaktır. Bayamlıoğlu, s. 133- 134.

<sup>91</sup> Teubner, s. 6.

<sup>92</sup> Bryson/Mihailis/Grant, s. 273 vd.

<sup>93</sup> Pagallo, Legal Personhood, s. 5.

## SONUÇ

Dar ya da zayıf yapay zekâ olarak tanımlanan sınırlı bir faaliyet alanı ve otonomi özelliğine sahip sistemlerin, bu niteliklerine bağlı olarak hukuk karşısında nesne olarak kabul edilmeleri gerektiği konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Buna karşılık, günümüzde bilişsel teknolojinin ulaştığı başarı düzeyi, farklı algoritmik yapılar ve kompleks yazılımlar ile makine öğrenmesi yoluyla kendi deneyimleriyle öğrenebilen, herhangi bir dış müdahale olmadan bağımsız şekilde hareket edebilen otonom yapay zekanın geliştirilmesine de olanak tanımıştır. Söz konusu varlıkların, kendileri için tanımlanan görevleri yerine getirmeleri sırasında aldıkları otonom kararlar ve gerçekleştirdikleri eylemler zaman zaman kişilerin malvarlığı veya şahıs varlığı değerlerine zarar vermeleri ya da bir borç ilişkisinde borca aykırılığa yol açmaları yönüyle hukukî bir sorumluluğun doğumuna neden olmaktadır. Bu itibarla, günümüzde, güçlü bir otonomi özelliği bulunan yapay zekâ varlıklar bakımından kendine özgü bir kişilik modelinin geliştirilmesi ihtiyacı ortaya çıkmış bulunmaktadır.

Biyolojik olmayan varlıklara hukukî kişilik tanınması konusunda gerek Türk doktrininde gerekse karşılaştırmalı hukukta, farklı disiplinlerce yürütülen çok yönlü bilimsel çalışmalar ışığında önemli sonuçlara ulaşılmıştır. Buna göre, günümüzde ulaşılan yapay zekâ teknolojisi ve robotik alandaki gelişmişlik seviyesi, bu varlıklara kişilik hakkı verilmesi tezlerini kavramsal boyuttan öteye taşıyamamaktadır. Bununla birlikte biyolojik insan algoritmalarını taklit eden bir modellemeye dayanan ve büyük bir ilerleme potansiyeli bulunan yapay zekâ sistemlerinin yakın gelecekte humanoid bir yapıya dönüşmesi de kaçınılmaz görünmektedir.

Öğretide yapay zekâ varlıklara kişilik hakkı tanınması için çeşitli kriterler belirlenmiş olup, yapay zekânın bu kriterleri taşıdığı belirlenmesi durumunda hukukî bir statünün tanınması gerektiği ağırlıklı olarak kabul edilmektedir. Ne var ki belirlenen bu kriterler; menfaat duygusu, özgür irade, bilinç ve öz farkındalık gibi insanlara özgü olduğu yönünde görüş birliği bulunan yeti ve kapasiteler olup, ahlak felsefesi bakımından kişiyi (moral person) tarif eden niteliklerdir. Oysa yeni nesil yapay zekâ için amaçlanan kişilik modeli, gerçek kişilerin sahip olduğu ahlaki kişilikle özdeş bir statü değil, bu varlıkların ka-

rakteristik, kendilerine özgü yapılarıyla uyumlu, şekli bir kişilik türü olmalıdır. Nitekim çağdaş hukuk sistemlerince insanlar dışında kişilik tanınan yegâne yapılar olan tüzel kişiler için benimsenen kişilik türü, insanlara özgü niteliklerden arındırılmış, şekli bir kişilik modelidir.<sup>94</sup>

Günümüzde biyolojik olmayan zekânın insan ve toplum faaliyetleri üzerindeki etkisi ile gelişmişlik düzeyi gözetildiğinde, bu varlıklara hukukî bir statü kazandırılması konusunun önemli bir gereksinim haline geldiği görülmektedir. Bununla birlikte söz konusu statü, gerçek kişilerde olduğu gibi tam bir hak ve borçlar seti sunan kişilik modeli değil, faaliyet konularıyla sınırlı olmak kaydıyla yapay zekânın, haklar edinip borçlar yüklenebileceği, gerçekleştirdiği işlemler nedeniyle hukuken sorumlu tutulabilmesine ve hesap verebilir olmasına olanak tanıyan, işlevlerinde şeffaflık ve güven sağlayan, şekli bir kişilik olmalıdır. Kaldı ki ahlâki kişilik görüşünce, hukukî kişilik tanınabilmesi için aranan niteliklerin tamamı yapay zekâli varlıklarda bulunsa bile, bu varlıkların hukukî bir statü kazanmalarında yeterli olmayacaktır. Zira tarihsel süreç içerisinde, geçmişten günümüze tüm medeniyetler bakımından, insanlar dışındaki varlıklara kişilik statüsü tanınmasında yegâne ölçüt fiziksel ve psişik gelişmişlik düzeyi değil, insan çıkarları olmuştur.

İnsan merkezli yaklaşım olarak ifade edilen ve pragmatik bir perspektifi yansıtan görüş, biyolojik olmayan zekâ veya herhangi bir sentetik yapıya kişilik kazandırılmasında belirleyici etkenin, insanî çıkarların böyle bir kararı haklı göstermesi olduğunu kabul etmektedir. Nitekim çağdaş hukuk sistemlerince insanlar dışında hukukî kişilik tanınmış yegâne yapı olan tüzel kişiler bakımından meseleye yaklaşıldığında, kişi ve mal topluluklarına tüzel kişilik tanınmasında başat etken, bu yapıların özellikleri değil, toplumsal ihtiyaçların karşılanması düşüncesi olmuştur. Bu bağlamda, yasal kişilik elde etmiş tüm varlıkların ortak özellikleri dikkate alındığında, bu varlıklara kişilik tanınmasında ya bizzat insanların ya da insanlara sosyal ve ekonomik hayatta önemli ölçüde katkı sağlayan varlıkların esas alındığı görülmektedir.

<sup>94</sup> TMK m. 48’de belirtildiği üzere tüzel kişilere tanınan hak ehliyetinin kapsamı; yaş, cins, hısımlık gibi yaradılış gereği insanlara özgü nitelikler dışında kalan hak ve borçlarla sınırlıdır.

Makine öğrenmesi yöntemiyle kendisini sürekli geliştiren ve kendi deneyimleriyle öğrenme kapasitesine sahip yeni nesil yapay zekânın, katlamalı ilerleme potansiyeli de dikkate alındığında, insanlarla ve çevreyle son derece karmaşık şekillerde etkileşime girerek kendileri için amaçlanan tasarımların ve çizilen hedeflerin de ötesine geçeceğini öngörmek ütöpik bir yaklaşımdan ziyade rasyonel bir bakış açısını yansıtmaktadır. Bu sürecin sonunda, yapay zekâlı varlıklar sosyal aktörler haline gelerek siyasette, ekonomide, hukukta ve diğer birçok alanda çok farklı görünümelerde ortaya çıkacaklardır. Söz konusu değişim süreci belirli bir aşamaya ulaştığında yapay zekâ sistemlerinin kişileştirilmesi sosyal bir gerçeklik ve politik bir gereklilik haline gelecektir. Sosyal bir gerçeklik ve politik bir gereklilik haline gelene kadar kavramsal düzeyde devam eden biyolojik olmayan akıllı varlıklara hukukî statü kazandırılmasına yönelik teoriler, bu aşamadan sonra pragmatik ihtiyaçlara dönüşecektir. Bu ise insan çıkarlarını temel alan insan merkezli hukuk sistemini harekete geçirerek yapay zekâlı varlıkların hukuken tanınmasına ilişkin normatif düzenlemelerin hayata geçirilmesini sağlayacaktır.

İnsan olmayan bir varlığın hukuken kişi olarak kabul edilmesi beraberinde, bu varlıkların hukuk sistematiğine entegre edilmesi bağlamında geniş çaplı bir kodifikasyonu da gerektirecektir. Bu kapsamda kişiliğin hukuk sistemi tarafından tanınması, yasal işlem kapasitesinin belirlenmesi, hakların ve görevlerin atfedilmesi, idari ve yargısal usûl ve esasların belirlenmesi, insan olmayan bu varlıkların politik, ekonomik ve kültürel yaşama katılımlarının sağlanması gibi birçok konuda mevzuat değişikliklerine ve yeni hukukî düzenlemelere ihtiyaç duyulacaktır.

Yapay zekâlı varlıkların hukuksal bir statüye kavuşturulması, bu varlıklar için belirli bir kişilik modeli belirlenmesini de gerekli kılmaktadır. Seçilecek modelin, şirketler, dernekler, vakıflar, çeşitli kurum ve kuruluşlar gibi kişi ve mal toplulukları için geçmişin kendine özgü ihtiyaçları ile o günün koşulları ve işleyişi esas alınarak öngörülen bir yöntemle belirlenmesi sürdürülebilir bir yaklaşım olmayacaktır. Bu nedenle, tercih edilecek kişilik modeli, daha önce benzer bir uygulaması veya örneği bulunmayan yeni nesil yapay zekâ teknolojisinin özgün nitelikleriyle bağdaşan bir tasarım ve içeriğe sahip olmalıdır. Bu anlamda ne kadar geliştirilirse geliştirilsin, tüzel kişilik veya bunun ver-

siyonları olan modellerle geleceğin dünyasını dizayn etmek mümkün görünmemektedir. Bu nedenle Avrupa Parlamentosu'nun "Robotik Alana İlişkin Medeni Hukuk Kurallarına" dair ilke kararında öngörülen "elektronik kişilik" modelinin yapay zekâ ve robotik teknolojilerin kendine özgü ve yenilikçi yapısıyla daha uyumlu olduğu kanaatindeyiz. Ayrıca "elektronik kişilik" modeli, felsefi anlamda değil, şekli ve hukukî anlamda bir kişilik türünü yansıtmaması nedeniyle de isabetli bir tercih olarak görünmektedir. Bundan başka, Avrupa Parlamentosu Kararının yapay zekâ alanında uluslararası normların oluşturulmasına ışık tutacak ve bu sistemler hakkında yürütülen çalışmalara yön verecek genel prensipleri sistematik bir şekilde ortaya koyma potansiyeli bakımından da "elektronik kişilik" modelinin uygulanabilir ve rasyonel olduğu değerlendirilmektedir. Öte yandan, verimlilik ve faydacılık yönü öne çıkan "sınırlı amaçlı kişilik" modeli de yeterince geliştirilip sistematize edilmesi durumunda, özellikle ekonomik ve ticaret hayatı bakımından önemli kazanımlar sağlayacaktır.

Sonuç olarak, hukuk kuralları, toplumsal yaşamın korunması ve insan ihtiyaçlarının karşılanmasını amaçlayan, bu bağlamda kişiler ve toplum arasındaki ilişkileri düzenleyen kurallar bütünüdür. Hukuk aynı zamanda toplumu meydana getiren yapılarda veya toplumsal ilişkilerde gerçekleşen değişim ve dönüşümleri gözetmek ve bunları normatif bir statüye bağlamakla da yükümlüdür. Bu anlamda hukukun, toplumsal düzeni sağlamaya yönelik tedbirleri almak ve sosyal hayatta yaşanan değişim ve dönüşümleri koordine etmeye ilişkin önemli işlevleri de bulunmaktadır. Dolayısıyla içinde bulunduğumuz bilişim çağında yapay zekâlı varlıkların, insan ve toplum faaliyetleri üzerindeki etkisi ile yakın gelecek için vadettiği siberetik toplum yapısı, bu varlıkları hukukun konusu haline getirmektedir. Toplumsal yapıdaki değişim ve beklentiler ile sosyal yaşamdaki yeni oluşumlar karşısında hukuk sisteminin görevi, gerekli düzenlemeleri yaparak, öngörülebilir belirliliği sağlayacak şekilde hukuk güvenliği ilkesini gerçekleştirmektir. Bu kapsamda, günümüzde toplumsal bir gerçeklik haline gelen ve yakın gelecekte de büyük bir gelişim göstereceğine kesin gözüyle bakılan biyolojik olmayan zekânın, yasal bir statüye kavuşturulması konusu hukukun önemli görevlerinden biri haline gelmiştir. Hukukî statünün belirlenmesinde ise, anılan sorunun çözümüne doğrudan katkısı olmayan derin felsefi teori ve etik tartışmalar

değil, hukukî ve şeklî kişilik anlayışı esas alınmalıdır. Ayrıca yapay zekâya atfedilecek kişilik modeli insanlarla özdeş veya onlarla yarışan bir değerler setinden ziyade, bu sistemlerin kendilerine özgü karakteristik özellikleriyle uyumlu ve faaliyet alanlarıyla sınırlı, yenilikçi ve uygulanabilir bir yapı olmalıdır. Bu anlamda, “elektronik kişilik” ya da “sınırlı amaçlı kişilik” modelinin yapay zekâlı varlıklar bakımından en rasyonel seçim olacağı kanaatindeyiz.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Akipek Jale/Akıntürk Turgut/Ateş Derya, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, 1.Cilt, Beta Yayınevi, 15. Baskı, Eylül 2019.
- Bacaksız Pınar/Sümer Seda Yağmur, Robotlar, Yapay Zekâ ve Ceza Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Çelebican Özcan K., Roma Hukuku, Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış 18.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.
- Davenport Thomas H./Ronanki Rajeev, *Harvard Business Review*, HBR'S 10 Must Reads, “Gerçek Dünya İçin Yapay Zekâ”, (Çev.Nadir Özata), Harvard Business School Publishing Corporation, 2019.
- Descartes René, Discourse On The Method, 1637.
- Dural Mustafa/Öğüz Tufan, Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, 20. Baskı, İstanbul 2019.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 21. Baskı, Ankara 2017.
- Ersoy Çağlar, Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk, 3. Baskı, İstanbul, Nisan 2018,
- Friedmann Wolfgang, Legal Theory, London 1953, 25. Kısım, s. 396- 412 (Tüzel Kişilik Nazariyeleri ve Tatbikat, Çev.T. Ansay).
- Kılıçoğlu Ahmet M., Medeni Hukuk, Temel Bilgiler, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2018.
- Kılıçoğlu Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genişletilmiş 22. Baskı, Ankara 2018.
- Porter E. Michael/Heppelmann E. James, *Harvard Business Review*, HBR'S 10 Must Reads, “Artırılmış Gerçeklik Stratejisine Neden Her Organizasyonun İhtiyacı Vardır?”, (Çev.Nadir Özata), Harvard Business School Publishing Corporation, 2019.
- Serozan Rona, Medeni Hukuk, Genel Bölüm Kişiler Hukuku, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- Singer Peter W., Wired for War: The Robotics Revolution and Conflict in the 21st Century; Penguin Press: USA, 2009.
- Von Tuhr Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı, Cilt: I- II, (Çev. Cevat Edege), Yargıtay Yayınları No: 15, Ankara 1983.



Wilson James H./Daugherty, Paul R., *Harvard Business Review*, HBR'S 10 Must Reads, "İşbirliğine Dayalı Zekâ: İnsanlar ile Yapay Zekâ Güçlerini Birleştiriyor", (Çev. Nadir Özata), Harvard Business School Publishing Corporation, 2019.

Zevkliler Aydın/Ertas Şeref/Havutçu Ayşe/Acabey M. Beşir/Gürpınar Damla, *Yeni Medeni Kanun'a Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler)*, 10. Baskı, Ankara 2018.

### Makaleler

Akkurt Sinan Sami: Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl 7, S.13, Haziran 2019.

Asaro Peter, Robots and responsibility from a legal perspective, 2007, <http://www.peterasaro.org/writing/SET:14.8.2020>.

Aşar Haluk, Hayvan Haklarına Yönelik Temel Görüşler ve Yanılgıları, *KAYGI*, 2018.

Bak Başak, Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukukî Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukukî Sorumluluk, *TAAD*, S. 35, Yıl 9, Temmuz 2018.

Bayamlıoğlu Emre, Akıllı Yazılımlar ve Hukukî Statüsü: Yapay Zekâ ve Kişilik Üzerine Bir Deneme", *Uğur Alacakaptan'a Armağan Cilt- 2*, 1. B., İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008.

Beckman Ludvig, "Personhood and legal status: reflections on the democratic rights of corporations", *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 1, 2018, s. 23.

Behdadi Dorna/Munthe Christian, A Normative Approach to Artificial Moral Agency, *Minds & Machines* 30, 2020.

Bertolini Andrea, "Robots as products: the case for a realistic analysis of robotic applications and liability rules", *Law, Innovation and Technology*, 2013, 5(2).

Bryson Joanna J./Mihailis E. Diamantis/Grant Thomas D, Of, for, and by the People: The Legal Lacuna of Synthetic Persons, *Artif. Intell. Law* (2017), 25.

Calverley David, Imagining a non-biological machine as a legal person, Springer-Verlag London Limited 2007, published online: 13 March 2007, Springer-Verlag London Limited 2007, *AI & Soc* (2008) 22: s. 523. [status.irational.org/legal\\_person\\_machine.pdf](http://status.irational.org/legal_person_machine.pdf).

Chopra Samir/White, Laurence F.: Artificial Agents: Personhood in Law and Philosophy, 2015, <https://www.researchgate.net>.

Chopra Samir/White Laurence F, A Legal Theory for Autonomous Artificial Agents; The University of Michigan Press, E-book, Ann Arbor, MI: University of Michigan Press, <https://doi.org/10.3998/mpub.356801> USA, 2011.

Covrigaru Arie A./Lindsay Robert K., Deterministic Autonomous Systems, *AI Magazine*, Volume 12, Number 3 (1991),

Çetin Selin, Yapay Zekâ ve Hukuk ile ilgili Güncel Tartışmalar, Yapay Zekâ Çağında Hukuk İstanbul, Ankara ve İzmir Baroları Çalıştay Raporu 2019.

Dore Fatma, Güçlü Yapay Zekâya Karşı Çin Odası Argümanı, *Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt: XIV, Sayı 1, Haziran 2012.

Dülger Murat Volkan, Yapay Zekalı Varlıkların Hukuk Dünyasına Yansıması: Bu Varlıkların Hukukî Statüleri Nasıl Belirlenmeli? *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 13, S. 142, Haziran 2018.

- Flanagan Owen J, *The Science of The Mind*, Second Edition, Massachusetts Institute of Technology 1991.
- Günther, J/Munch, F/Beck, S/Loffler, S/Leroux, C/Labruto, R; *Issues of Privacy and Electronic Personhood in Robotics*, Proceedings- IEEE International Workshop on Robot and Human Interactive Communication, 2012, s. 818 10.1109/RO-MAN.2012.6343852.
- Hallevey Gabriel, *Virtual Criminal Responsibility*, *Original Law Review*, 2010, 6(1).
- Hildebrandt Mireille, "From Galatea 2.2 to Watson – and Back?": M. Hildebrandt and J. Gaakeer (eds.), (*Human Law and Computer Law: Comparative Perspectives*, Springer 2013.
- Hubbard F. Patrick, *Do Androids Dream? Personhood and Intelligent Artifacts*, University of South Carolina Scholar Commons, 83 Temp. L. Rev. 405 (2011), s. 407.
- Hubbard F. Patrick, *Do Androids Dream? Personhood and Intelligent Artifacts*, University of South Carolina Scholar Commons, 83 Temp. L. Rev. 405, 2011.
- Jaynes Tyler, *Legal personhood for artificial intelligence: citizenship as the exception to the rule*, 2019, AI & SOCIETY.
- Kılıçarslan Seda KARA, *Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar*, *YBHD*, Yıl 4, Sayı 2019/2, s. 363- 389.
- Kırca Çiğdem, "İnternette Sözleşme Kurulması", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2000, Cilt XX, Sayı 4.
- Kurzweil Ray, *The Singularity is Near: When Humans Transcend Biology*, Viking, 2005, s. 260.
- Mihailis E. Diamantis; *The Extended Corporate Mind: When Corporations Use AI to Break the Law*, *North Carolina Law Review*, Vol. 98, Number 4, 98 N.C. L. REV. 893, 2020.
- Pagallo Ugo, Vital, Sophia, and Co. *The Quest for the Legal Personhood of Robots*, Law School, University of Turin, Information 2018, 9, 230.doi:10.3390/info9090230.
- Pagallo Ugo, *Even Angels Need the Rules: AI, Roboethics, and the Law*, The Authors and IOS Press, 2016. 209. doi:10.3233/978-1-61499-672-9-209AI.
- Singer Peter, *Hayvan Özgürleşmesinin 30. Yılı*, *New York Review of Books*, cilt 50, sayı 8, 15.5.2003, (Çev. Hayrullah Doğan), <https://www.birikimdergisi.com/dergiler/birikim/1/sayi-195-temmuz-2005/2379/hayvan-ozgurlesmesinin-30-yili/5909>.
- Solaiman SM, *Legal Personality of Robots, Corporations, Idols and Chimpanzees: A Quest for Legitimacy*; University of Wollongongs, Faculty Of Law, Humanities And The Arts- Papers, 2017.
- Solum Lawrence B., *Legal personhood for artificial intelligence*. *North Carolina Law Review* 70(4).
- Şeker Muzaffer, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre İnternet Üzerinden Sözleşmelerin Kurulması, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl:11, Sayı: 22, Güz 2012/2.
- Teubner Gunther, *Rights of Non-humans? Electronic Agents and Animals as New Actors in Politics and Law*, *Journal of Law and Society*, Vol. 33, 2006, s. 6.

Turan Gamze, Elektronik Sözleşmeler ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti, *TBB Dergisi*, Sayı 77, 2008.

Zimmerman Evan J., Machine Minds: Frontiers In Legal Personhood, Zimmerman, Evan, Machine Minds: Frontiers in Legal Personhood, February 12, 2015, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2563965>.

White J. Frederick; Personhood: An Essential Characteristic of the Human Species, *The Linacre Quarterly*, 2013; 80(1).

### **İnternet Kaynakları**

Bilici Mustafa, "Benlik Nedir?" <https://drmustafabilici.com/benlik-nedir/>

Bravo Işıl Bayar, Thomas Hobbes ve John Locke'un Doğal Hak Anlayışları, s. 74, 75. <http://hfsa-sempozyum.com/wp-content/uploads/2019/02/HFSA23-B.-Bravo.pdf>.

Kurzweil Ray, Kurzweil Network, Accelerating Intelligence, Essays, (singularity Q&A), December 2011. <https://www.kurzweilai.net/singularity-q-a>.

Waldron, Jeremy; Property and Ownership, Stanford Encyclopedia of Philosophy-<https://plato.stanford.edu/>.

# KAMBIYO SENETLERİNİN ZIYAI HALİNDE İPTAL TALEBİ NEDENİYLE VERİLEN ÖDEME YASAĞI KARARI İLE İLGİLİ UYGULAMADA YAŞANAN SORUNLAR

PROBLEMS IN APPLICATION RELATED TO PAYMENT PROHIBITION DECISION FOR CANCELLATION OF BILLS OF EXCHANGE DUE TO LOSS

Vural SEVEN\*  
Gülşah YILMAZ\*\*

**Özet:** Kambiyo senetlerinin ziyayı sebebiyle iptali talebinde verilen ödeme yasağı kararı TTK m. 757’de düzenlenmiştir. Bu maddenin ilk fıkrası uyarınca iradesi dışında poliçe elinden çıkan kişi, ödeme veya hamilin yerleşim yerindeki asliye ticaret mahkemesinden, muhatabın poliçeyi ödemekten menedilmesini isteyebilir. Hükmün ikinci fıkrasına göre ise mahkeme, ödemeyi yasaklayan kararında muhataba, vadenin gelmesi üzerine poliçe bedelini tevdi etmeye izin verir ve tevdi yerini gösterir. Ödeme yasağı kararı hukuki niteliği itibarıyla bir ihtiyati tedbirdir. Dolayısıyla bu kararın ana amacı yargılama bitene kadar gerçek hamilin mağdur olması önlemektir. Oysa uygulamada ödeme yasağı kararı ile ilgili sorunlar yaşanmaktadır. Bunlar ödeme yasağı kararı verilirken ispat ölçüsüne uyulmaması, tevdi yerinin belirlenmemesi ve borçlu hakkında icra takibi yapılmasıdır. Bu çalışmada ödeme yasağı kararı ile uygulamada yaşanan bu sorunlar açıklanmış ve çözüm önerileri sunulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Kambiyo Senetlerinin İptali, Ödeme Yasağı Kararı, İspat Ölçüsü, Tevdi Yeri, İstirdat Davası

**Abstract:** Payment prohibition decision for cancellation of bills of exchange due to loss is edited in TCC art. 757. Pursuant to the first paragraph of this article, the person whose policy is out of her will may request from the commercial court of first instance in the place of residence of the holder to prevent the drawee from paying the policy. According to the second paragraph of the provision, in its de-

\* Prof. Dr., Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, seven@tau.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8241-3196

\*\* Dr. Öğr. Üyesi, Uluslararası Final Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, gulsah.yilmaz@final.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7589-2064. Makalenin Gönderim Tarihi: 06.09.2021, Kabul Tarihi: 06.09.2021

cision prohibiting payment, the court allows the addressee to deposit the policy price upon maturity and indicates the place of deposit. Payment prohibition decision is a precautionary measure in terms of its legal nature. Therefore, the main purpose of this decision is to prevent the real bearer from becoming a victim until the trial is over. However, in practice, there are problems with the payment prohibition decision. These are non-compliance with the measure of proof, not determining the place of deposit and enforcement proceedings against the debtor while making the payment prohibition decision. In this study, these problems experienced in practice with the payment prohibition decision are explained and solution suggestions are presented.

**Keywords:** Cancellation of Bills of Exchange, Payment Prohibition Decision, Proof Measure, Place of Deposit, Action of Trover

## GİRİŞ

Kıymetli evrakın zıyaı sebebiyle iptali prosedüründe geçerli olan ödeme yasağı Türk Ticaret Kanunun'da hamiline yazılı senetler için TTK m. 662'de, emre yazılı senetler için ise TTK m. 831'de düzenlenmiştir. Kambiyo senetleri hakkında yapılan düzenleme ise TTK m. 757'de poliçe kısmında yer almaktadır. TTK m. 757'ye bono (TTK m. 778/1) ve çek kısmında (TTK m. 818/1) yapılan yollamalar nedeniyle kambiyo senetlerinde TTK m. 757 ödeme yasağı ile ilgili uygulanacak genel hükümdür. TTK m. 757'ye göre "İradesi dışında poliçe elinden çıkan kişi, ödeme veya hamilin yerleşim yerindeki asliye ticaret mahkemesinden, muhatabın poliçeyi ödemekten menedilmesini isteyebilir.

*Mahkeme, ödemeyi meneden kararında muhataba, vadenin gelmesi üzerine poliçe bedelini tevdi etmeye izin verir ve tevdi yerini gösterir".*

Bu hükümden hareketle, senedin iradesi dışında elinden çıktığını ileri süren kişi ilk olarak muhataba/borçluya yönelik ödeme yasağı kararı verilmesine ilişkin ihtiyati tedbir talebinde bulunur (TTK m. 757) ve ardından eğer senedi eline geçiren kimse biliniyorsa mahkeme senedi elinde bulundurana karşı senedin iadesi davası açması için talep sahibine süre verir. Talepte bulunanın buna uygun davranması üzerine uyuşmazlık istirdat (iade) davasında çözüme kavuşturulur (TTK m. 758/1). Talepte bulunan kendisine tanınan süre içinde istirdat davasını açmazsa mahkeme ödeme yasağını kaldırır (TTK m. 758/2).

Senedi eline geçiren kişinin bilinmemesi durumunda ise mahkeme önce TTK m. 760-762’de düzenlendiği şekle uygun olarak ilanlar yapıp senedi elinde bulunduranı senedi getirmeye davet edecektir. Yapılan bu ilanlarda senedin getirilmemesi durumunda iptal edileceği uyarısı yapılır. Senedi elinde bulunduran ilanlardan haberdar olursa ve senedi mahkemeye sunarsa bu durumda mahkeme talep sahibine istirdat davası açması için yine süre tanır (TTK m. 763). Bir diğer ifadeyle yapılan ilanlar sayesinde senedi elinde bulunduran kişi tespit edilir. Bu aşamadan sonra tekrar ilk olasılığa dönlür. Senet üzerinde gerçekte kimin hak sahibi olduğu talep sahibi ile senedi mahkemeye sunan kişi arasında görülecek istirdat davasında çözüme kavuşturulur. Verilen süre içinde talep sahibi dava açmazsa mahkeme, senedi mahkemeye sunana geri verir ve muhatap hakkındaki ödeme yasağını kaldırır (TTK m. 763). İlanlar ardından senedin mahkemeye sunulmaması durumunda ise mahkemece senedin iptaline karar verilir (TTK m. 764/1).

Senedin gerçek hamilinin bulunmasına yönelik olarak işleyen iptal davası ya da istirdat davası sürecinde ödeme yasağı kararının önemi büyüktür. Borçlu ya da muhataba süreç sona erene kadar ödeme yasağı getirilerek senedin gerçek hamili bu sayede tespit edilmeye çalışılır. Ancak uygulamada ödeme yasağı kararı doğru bir şekilde uygulanmadığından kendisinden beklenen fayda görülmemektedir. Bu sorunların ilki ödeme yasağı kararı verilirken uyulması gereken ispat ölçüsü ile ilgilidir. Bir diğer sorun ise ödeme yasağı kararında tevdi yerinin gösterilmemesidir. Son ve en önemli sorun ise ödeme yasağı kararına rağmen senedin borçlusu aleyhine alınan ihtiyati haciz kararı ve açılan icra takibidir. Bu sorunlar nedeniyle uygulamada birçok dava ve takip açılmakta, yargının iş yükü katlanmaktadır. Oysa TTK m. 757 ve devamı maddeleri kendi içinde bir düzene ve mantığa sahiptir. Dolayısıyla uygulanması aşamasında daha titiz davranmak gerekmektedir. Çalışmamızda ilk olarak TTK m.757 uyarınca kambiyo senetlerinde mahkeme tarafından verilen ödeme yasağı kararına ilişkin açıklamalar yapılmış sonrasında uygulamada tespit ettiğimiz sorunlar anlatılmış ve çözüm ile ilgili görüşlerimiz sunulmuştur.

## I. KAMBYO SENETLERİNDE ÖDEME YASAĞI KARARI

### A. Ödeme Yasağı Kararının Hukuki Niteliği

Bir davanın açılması, yargılamanın yürütülmesi ve sonuçlandırılması belirli bir zamanı alacaktır. Bu süre içinde, dava konusunun diğer tarafça başkasına devredilmesi ve karşı tarafın zarara uğraması söz konusu olabilir. Bu nedenle yargılamanın başlangıcından kesin hükme kadar, dava konusunu emniyet altına almak için “*ihtiyati tedbir*” olarak ifade edilen geçici hukuki koruma kurumuna yer verilmiştir. İhtiyati tedbir, yargılama boyunca, davacı veya davalının dava konusuyla ilgili olarak, hukuki durumunda meydana gelebilecek zararların önlenmesi için öngörülmüş ve geçici nitelikteki hukuki korumadır. Bu yolla, dava konusu hak veya hukuki ilişki, taraflarca yargılama sonuçlanmadan ve hatta davadan önce güvence altına alınmaktadır.<sup>1</sup> Kambyo senetlerinin zıyayı sebebiyle iptali prosedüründe geçerli olan ödeme yasağı kurumu ise kıymetli evrak hukukuna özgü bir geçici hukuki korumadır.<sup>2</sup> İradesi dışında elinden çıkan senetteki hakkını korumak isteyen hamil, iptal kararından önce senet bedelinin muhatap (borçlu) tarafından geçerli bir şekilde ödenmesine bu yolla engel olmaktadır. Zira bu önleyici tedbirler alınmaz ise, muhatabın şeklen hak sahibi olan hamile ifade bulunması ile asıl hak sahibi hamilin zarara uğraması söz konusu olacaktır. Senet bedeli, borçlunun hilesi veya

<sup>1</sup> Saim Üstündağ, İhtiyati Tedbirler (Geçici Hukuki Himaye -Koruma- Önlemleri), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1981, s. 1. Nevhis Deren-Yıldırım, Haksız Rekabet ve Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda İhtiyati Tedbirler, Alkım Yayınları, İstanbul 1999, s. 2. Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet, Özkes, Medenî Usûl Hukuku, 8. Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2020, s. 568. H.Yavuz Alangoya/M. Kamil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, Medenî Usul Hukuku Esasları, 4. Bası, İstanbul 2004, s. 438. Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, 15. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 700. Muhammet Özkes, İcra İflas Hukukunda İhtiyatî Hâciz, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1999, s. 36. İlhan E. Postacıoğlu, Medenî Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975, Vedat Kitapçılık, s. 487. M. Necmeddin Berkin, Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, Filiz Kitabevi, İstanbul 1981, s. 506. Vural Seven, “Kıymetli Evrakın Halinde Uygulanabilecek Önleyici Tedbirler”, *İzmir Barosu Dergisi*, S. 4, İzmir 1996, s. 9.

<sup>2</sup> Fırat Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 1997, s. 288. Hayri Domanıç, Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi-IV, Eskin Matbaası, İstanbul 1990, s. 434, dn. 1. Hasan, Pulaşlı, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 7. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 111. Fahiman Tekil, Kıymetli Evrak Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 1980, s. 67. Seven, Tedbir, s. 10.

ağır kusuru olmaksızın senedin şekli hamiline ödenmekle, borçlunun sorumluluğu ortadan kalkacaktır ( TTK m.646/2).

Ödeme yasağı bir mahkeme kararı olarak, muhatabın kendisine senedi ibraz eden şekli hamile karşı ödeme yapmasına engel olmaktadır. Dolayısıyla teminat amaçlı bir geçici hukuki korumadır.<sup>3</sup> Kambiyo senetlerini konu alan davalarda, genel geçici hukuki koruma türü olarak çeşitli amaçlarla ihtiyati tedbir kararları verilebilir. Ancak ihtiyati tedbir yoluyla verilen bu kararlar TTK m. 757’de yer alan ödeme yasağından farklıdır.<sup>4</sup> Söz konusu kararlar HMK m. 389 vd. yer alan ihtiyati tedbir kurumunun kambiyo senetleri hakkında uygulanmasından ibarettir. Oysa, TTK’da düzenlenen ödeme yasağı kambiyo senedi iradesi dışında elinden çıkan hamilin elde etmek istediği iptal kararının uygulanmasını temin eden kendine özgü bir geçici hukuki korumadır. Bu nedenle ödeme yasağı hakkında önce TTK’nın ilgili hükümleri TTK’da özel hüküm bulunmayan konularda, tamamlayıcı olarak geçici hukuki korumaların genel hükümlerini oluşturan ihtiyati tedbirlere dair HMK m. 389 vd. uygulanacaktır.

## B. Ödeme Yasağı Talebinde Bulunabilecek Kişiler

Ödeme yasağı talebinde bulunabilecek kişi TTK m. 757’de iradesi dışında polişe elinden çıkan kişi olarak ifade edilmiştir.<sup>5</sup> Bu ifadeden

<sup>3</sup> Hanife Öztürk (Dirikkan), Kıymetli Evrakın Ziyat ve İptali, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1990, s. 23. Teminat amaçlı tedbirlerin genel karakteristik özelliği bu tedbirlerin malın muhafaza edilmesini amaçlamasıdır. Bu yüzden uyumsuzluk konusunun devri, üzerinde aynı hak tesis edilmesini veya tahrip edilmesinin önüne geçilmeye çalışılır (Üstündağ, s.16). Seven, Tedbir, s.10.

<sup>4</sup> Örneğin çeki konu alan ve İİK m. 72 uyarınca takipten önce açılan menfi tespit davalarında, davacının talebi üzerine mahkeme çekin muhatap banka tarafından ödenmemesi yönünde men kararı verebilmektedir. Belirtmek gerekir ki, İİK m. 72 uyarınca bu yönde bir men kararı verilmesi mümkün değildir. Ancak uygulamada haksız olarak başvuru olan bu tedbir kararları, çalışma konumuzu oluşturan ödeme yasağından farklıdır. Bu iki kararın karıştırılmaması gerekmektedir.

<sup>5</sup> “Davacı vekili, müvekkilinin lehdarından ciro yoluyla aldığı 4 adet çekin gömlek cebinde çamaşır makinasında yıkanması nedeniyle tamamen zayii olduğunu, çek bedellerinin haricen çek lehdarına ödenme ihtimali bulunduğunu ileri sürerek, çeklerin iptali ile aynı miktarda çeklerin müvekkiline verilmesine veya bedelinin ödenmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Mahkemece, iddia ve dosya kapsamına göre, TTK’nın 757 ve devamı maddelerinde tanımlanan zayi hükümlerinin çekin tamamen yok olması halini değil, çekin hamilin rızası dışında elinden çıkması halini düzenlemesi nedeniyle davacının bu madde hükümlerine dayalı olarak zayi nedeniyle çek iptali talep edemeyeceği gibi, talebinin niteliği itibariy-



hareketle ödeme yasağı talebinde bulunabilmek için kişi senedin zilyedi olmalıdır.<sup>6</sup> Zilyetlik şartına ek olarak bu kişinin aynı zamanda kambyo senedinin zayı olduğu veyahut ziyay meydana geldiği anda senet üzerinde hak sahibi olması da gerekir.<sup>7</sup> Senet üzerinde intifa

le davanın hasımsız olarak açılmayacağı gerekçesiyle, davanın usulden reddine karar verilmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir". Yargıtay 11. HD 2013/14159E., 2014/2328K., 11.02.2014, (www.sinerjimevzuat.com.tr). Burada tamamen zayı olma söz konusu olduğundan iptaline karar verilmesi gerekir, ancak hak tehlikede olmadığından, hukuki yarar yokluğundan ödeme yasağı verilmesine gerek yoktur.

6  
7

Öztaş, s. 289.

Öztaş, s. 289. Pulaşlı, s. 111. Öztürk (Dirikkan), s. 23. Özkan Gültekin, Kıymetli Evrakın Ziyai ve İptali, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 134. Yargıtay da sadece zilyet olmanın yeterli olmadığı görüşünü benimsemiştir. "Dava, zayı nedeniyle çek iptali istemine ilişkindir. Kıymetli evrakın kaybı halinde iptal kararı verebilmek için, bu hususun senedin ziyai öğrenildiği esnada senet üzerinde hak sahibi olan kimse tarafından talep edilmesi gereklidir. Diğer bir ifadeyle senedi ibraz edemeyen şahsın, o senette mündemiç hakkın alacaklısı olması lazımdır. Kıymetli evrak hukukunda senet üzerinde hak sahibi olmaktan anlaşılan, senede malik bulunmak veya senet üzerinde sınırlı bir aynı hakkın sahibi olmaktır. Senet üzerindeki hak ile senetteki hak prensip itibarıyla mecburen aynı şahsa ait olduğundan senet üzerinde hak sahibi olan kimse deyimiyle sadece senedin maliki değil aynı zamanda senetteki hakkın alacaklısı ve onun yanında rehin alan ile intifa hakkı sahibi veya bunların temsilcisi de kastedilmektedir. Senetteki hakkın sahibi bulunmayan, intifa hakkı sahibi olmayan veya rehin hakkı alacaklısı sıfatını taşımayan bir kimsenin iptal davası açma hususunda dava ehliyeti yoktur. Özellikle; sadece zilyet durumundaki şahsın veya borçlunun iptal davası açması mümkün değildir. Somut olayda davacının; üç adet çekin babası tarafından muhafaza amacıyla kendisine verildiğini beyan etmiş olması ve dava sırasında ortaya çıkan çeklerde meşru hamilin davacının babası bulunması karşısında, dava konusu çeklerin sadece zilyedi olduğu anlaşılmaktadır. Davacı tarafından senedin iptalini talep edebilecek şahıslardan biri olduğu hususunda bir iddiada bulunmadığı gibi bu yönde dosya kapsamında bilgi ve belgeye de rastlanılmamıştır. 6100 sayılı HMK'nın 114. maddesi uyarınca dava ehliyeti dava şartı niteliğinde olup mahkemece davanın her aşamasında resen gözetilmesi gerekli hususlardandır. Yukarıda yapılan açıklamalar uyarınca iptali talep edilen çeklerin sadece zilyedi olduğu anlaşılan davacının dava ehliyetinin bulunmadığı gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmayan kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir". Yargıtay 11. HD, 2014/18906E., 2015/4369K., 30.03.2015, (www.sinerjimevzuat.com.tr). "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyumsuzluk çekin tahsili için ibraz edildiği bankanın çek iptali davası yönünden vekil hamil mi, yoksa muhatap mı olduğu ile varılacak sonuca göre bankanın çek iptali davası açmakta hukuki yararının bulunup bulunmadığı noktalarında toplanmaktadır. Davaya konu istem, çek iptaline ilişkin bulunmakla öncelikle ilgili yasal düzenlemelerin irdelenmesinde yarar bulunmaktadır. ... Anılan maddeler uyarınca, çekin iptaline ilişkin dava açma hakkı çeki kaybeden hamile aittir. Çekin hamili çekin iptal davasını olumlu şekilde sonuçlandırdıktan

hakkı kurulmuşsa intifa hakkı sahibi; rehin hakkı kurulmuşsa, rehin hakkı sahibi; senedi tahsil cirosu ile devralan hamil de ödeme yasağı talebinde bulunabilir.<sup>8</sup> Yargıtay da kambiyo senedini tahsil cirosu ile devralan hamilin kambiyo senedinin iptali ve ödeme yasağı isteminde bulunma hakkı olduğunu belirtmiştir.<sup>9</sup> Bu kişiler kıymetli evrakın fer'i

sonra çek bedelini çekin keşidecisinden talep edebilir. Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde davanın bankanın Akay şubesi tarafından açıldığı, çekin incelenmesinde davacı şubenin vekil hamil değil dava konusu çekin muhatabı olduğu ve bu çeki kendisine ibraz ve teslim edildikten sonra kaybettiği anlaşılmaktadır. Çek iptali davası açma hakkı çeki kaybeden hamile ait olup, çek hamili çek iptal davasını olumlu şekilde sonuçlandırdıktan sonra çek bedelini çekin keşidecisinden talep edebileceğinden, somut olayda davacı banka, çekin muhatabı olduğundan çeki iptal ettirmesi halinde çek bedelini çekin keşideciden talep etme imkanı bulunmamaktadır. Davacı muhatap banka müşterisi tarafından keşide edilen ve karşılıksız çıkan bu çek için ödemiş olduğu yasal yükümlülük tutarını bu ödemeyi yasal delillerle ispatlayarak müşterisinden talep edebilir. Bu talepte bulunabilmesi için çeki iptal ettirmesine gerek bulunmamaktadır ve muhatap banka, keşideci yararına ödeme yapar. Bu itibarla davacının işbu davayı açmakta hukuki yararı da yoktur. O halde, yukarıda açıklanan nedenlerle yerel mahkeme kararı usul ve yasaya uygun bulunduğundan direnme kararının onanması gerekmiştir". Yargıtay HGK 2013/11-1884E., 2015/1059K., 18.03.2015, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

<sup>8</sup> Pulaşlı, s. 111. Öztürk (Dirikkan), s. 41.

<sup>9</sup> "Dava, zayi nedeniyle bono iptali istemine ilişkin olup, mahkemece, yazılı şekilde davacının meşru hamil olmadığı gerekçesiyle davanın usulden reddine karar verilmiştir. Ancak, dosya kapsamından, davacı bankanın iptali istenen bonoyu tahsil cirosu ile devraldığı ve vekil hamil sıfatına sahip olduğu anlaşılmaktadır. Tahsil cirosu, senedin bedelinin tahsili ile buna bağlı hakları koruyucu işlemleri yapmaya yönelik temsil yetkisinin kıymetli evraka özgü bir görünüş şekli olduğundan, vekil hamil konumundaki bankanın üçüncü şahıs elindeki senedin iadesini talebe veya zayi nedeniyle iptalini istemeye hakkı vardır. Bu durumda, mahkemece, davacının aktif dava ehliyetinin bulunduğu kabul edilerek, işin esasına girilmek suretiyle karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın usulden reddine karar verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir" Yargıtay 11. HD, E. 2016/18906, K. 2017/4369, 30.03.2017, (www.sinerjimevzuat.com.tr). "Bu açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında, davacı dava dilekçesinde, iptalini istediği hamili olduğu bonoların tahsil amacıyla bankaya verildiğini ve banka nezdinde kaybolduğunu iddia etmiştir. Bu durumda, davacı tarafça, dava konusu bonoların hamili olduğu ileri sürülmüş olmasına göre, eldeki davayı açmakta davacının aktif husumet ehliyetinin bulunduğu gibi hukuki yararının da mevcut olduğunun kabulü gerekir. Zira, bonolarda mündemiac olacak hakkının gerçek sahibi davacıdır. Bonoların, dava dışı bankaya tahsil cirosuyla verilmiş olması, davacının alacaklı sıfatını ortadan kaldırmaz. Davacı ile bonoyu tahsil cirosuyla alan dava dışı banka arasındaki ilişki, vekalet ilişkisi niteliğinde olup, banka bu bonoyu davacı adına tahsil edecek ve tahsil ettiği tutarı, vekil olarak müvekkili davacıya verecektir. O halde, bonolara bağlı alacağı gerçek sahibi olan davacının bu davayı açmakta hukuki yararı ve aktif dava ehliyeti mevcut olup, ilk derece mahkemesinin kararı ve gerekçesi isabetsiz olmuştur". BAM İstanbul 14. HD 2018/1870E., 2018/1328K., 15.11.2018, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

zilyededir. Fer'i zilyedin de asli zilyet gibi ödeme yasağı talep etmekte hukuki yararı vardır (TMK m. 974). Fer'i zilyedin menfaatiyle senedin asli zilyedinin menfaati arasında fark bulunmadığından fer'i zilyet bu tedbirin alınmasını kendi adına isteyebilir.<sup>10</sup> Mal sahibi hesabına zilyet olan nakliyeci (TTK m. 850), saklayan, (TBK m. 561) ve komisyoncu (TBK m. 532) da iptal talebine yetkili olduğundan ödeme yasağı talebinde bulunabilir.<sup>11</sup> Senet üzerindeki mülkiyetin elbirliği mülkiyeti olması durumunda ise, ortakların bu konuda hep birlikte talepte bulunması gereklidir. Mülkiyetin paylı mülkiyet olması halinde ise her bir malik, tek başına ödeme yasağı talebinde bulunabilir (TMK m. 693).<sup>12</sup>

### C. Ödeme Yasağı Talebinin Şekli

TTK'nın 757'inci maddesi uyarınca, iradesi dışında poliçesi elinden çıkan kimse, ödeme ya da hamilin yerleşim yerindeki asliye ticaret mahkemesinden muhatabın poliçeyi ödemekten men edilmesini isteyebilir. Kanun hükmünden de anlaşılacağı üzere, mahkeme ancak talep üzerine ödeme yasağı kararı verebilir. Bu doğrultuda kambiyo senedinin zayı olduğu iddiasındaki hak sahibi, bir dilekçe ile başvurusunu yaparak ödeme yasağı talebinde bulunacaktır. Kambiyo senetlerinin zayı olması halinde ödeme yasağı talebi, kamu düzenine ilişkin olmadığından mahkemece talep olmaksızın re'sen böyle bir karar verilmesi mümkün değildir.<sup>13</sup> Ödeme yasağı, zayı nedeniyle iptal davasından önce istenebileceği gibi iptal davasıyla birlikte de talep edilebilir. Ancak ödeme yasağına hükmedildiği sırada poliçeyi eline geçiren kişi bilindiği takdirde TTK m. 758 düzenlemesi HMK m. 397'den iki yönüyle ayrılmaktadır. HMK m. 397/1 düzenlemesine göre ödeme yasağı kararı iptal davasından önce verilmişse, ödeme yasağı talep eden, bu kararın uygulanmasını talep ettiği tarihten itibaren iki hafta içinde iptal talebinde bulunmak ve iptal talebinde bulunduğuyla ilişkin evrakı kararı uygulayan memura ibrazla dosyaya koydurmak ve karşılığında bir belge almak zorundadır. Aksi halde ödeme yasağı kararı kendiliğinden kalkacaktır. Söz konusu iki haftalık süre zarfında iptal talebinde bulunulursa ödeme yasağı kararının

<sup>10</sup> Öztan, s. 289. Öztürk (Dirikkan), s. 41.

<sup>11</sup> Öztürk (Dirikkan), s. 42.

<sup>12</sup> Öztan, s. 289. Pulaşlı, s. 111. Öztürk (Dirikkan), s. 41.

<sup>13</sup> Öztan, s. 288. Öztürk (Dirikkan), s. 42. Pulaşlı, s. 111.

etkisi, aksi belirtilmediği takdirde nihai kararın kesinleşmesine kadar devam eder (HMK 397/2).

Ödeme yasağına hükmedildiği sırada poliçeyi eline geçiren kişi bilindiği takdirde mahkeme, dilekçe sahibine istirdat davası açması için uygun bir süre verir. Dilekçe sahibi verilen süre içinde davayı açmazsa, mahkeme muhatap hakkındaki ödeme yasağını kaldırır (TTK m. 758). Bu durumda istirdat davasının açılması için HMK'da belirtilen iki haftalık süre yerine mahkeme tarafından verilecek uygun bir süre içinde istirdat davası açılacaktır. İade davası açılmadığı takdirde ödeme yasağı kararı HMK m. 397/1 uyarınca kendiliğinden kalkmaz. Bu durumda TTK m. 758/2 uyarınca mahkemenin ödeme yasağının kaldırması için karar vermesi gerekir<sup>14</sup>.

Ödeme yasağı üzerine mahkeme, henüz iptal kararı vermeden, poliçede kabul eden muhatap ile bonoda düzenleyene, çeklerde çekle işleyen hesapta mevcut karşılık oranında muhatap bankaya, yeterli teminat karşılığında, senet bedelini ödeme yükümü de getirebilir (TTK m.765/1). HMK m. 392 uyarınca, ihtiyati tedbir talebinde bulunan taraf, haksız çıktığı takdirde bundan dolayı üçüncü kişilerin ya da karşı tarafın uğraması muhtemel zararları için teminat göstermek zorundadır. Ancak talep, resmî belgeye veya kesin bir delile dayanıyor ya da durum ve koşullar bunu gerektiriyorsa mahkemece gerekçesi açıkça belirtilerek teminat alınmamasına da karar verilebilir. Nitekim adli yardımdan yararlanan kişinin teminat yatırması gerekmez. Teminat, senedi iyiniyetle iktisap eden kişinin uğrayabileceği zarara bir karşılık oluşturur. Senet iptal edildiği veya senetten doğan haklar diğer bir sebeple ortadan kalktığı takdirde teminat geri alınır (TTK 765/2; HMK 382/2). Ödeme, tevdiye olduğu gibi poliçe ve bonolarda vadede, çeklerde ise ibraz süresinin gelmesi üzerine gerçekleşebilir. Çünkü poliçe ve bonolarda borçlu vadeden önce senet bedelini ödemeye, çekte de düzenleyen ibraz süresinden önce çekle işleyen hesapta karşılık bulundurmaya zorlanamaz.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Kendigelen/Kırca'ya göre HMK m. 397/1'de düzenlenen genel ilkeden ayrılmak doğru değildir. Zira poliçenin iptaline ilişkin hükümler arasında ödeme yasağına hükmedildiği sırada poliçeyi eline geçiren kişinin bilindiği yani istirdat davası açmanın mümkün olduğu halin düzenlenmesi iptal kurumunun niteliği ile bağdaşmamaktadır (Abuzer Kendigelen/ İsmail Kırca, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2019, s. 67).

<sup>15</sup> Kendigelen/Kırca, s. 64.

Ödeme yasağı konusunda karar vermekle görevli mahkeme, asliye ticaret mahkemesidir (TTK 661/2, 757/1; HMK 382/2-(e)-b.6,390/1 ve TTK m. 4/1-a, 5/1). Yetkili mahkeme ise ödeme (ifa) veya hamilin yerleşim yeri mahkemesidir (TTK m. 757/1). Ödeme yasağı kararı bonoda düzenleyene, poliçede, poliçeyi kabul etmiş muhataba; çekteyse muhatap bankaya tebliğ edildiği anda hüküm ve sonuç yaratır.<sup>16</sup>

#### D. Ödeme Yasağı Kararının Hüküm ve Sonuçları

Ödeme yasağına ilişkin karar verilebilmesi için gereken şartlar, esas olarak iptal davasına benzemektedir. Bu nedenle hüküm ve sonuçları bakımından ödeme yasağı kararı, sınırlı bir iptal kararı niteliğindedir.<sup>17</sup> Ödeme yasağı kararı ile senedi elinde bulunduran üçüncü kişi, artık emre yazılı senetlerde düzgün ciro zincirinin, hamiline yazılı olanlarda ise, sadece hamil olmanın yarattığı hak sahipliği karinesinden yararlanamayacaktır. Başka bir ifadeyle, ödeme yasağı kararının en önemli sonucu kıymetli evrakın en önemli özelliklerinden biri olan, senedin hak sahibini teşhis fonksiyonu ortadan kaldırmasıdır.<sup>18</sup> Ancak borçlu mevcut yasağına rağmen ödemede bulunabilir. Borçlu, ödeme yasağı için talepte bulunan kişinin hak sahibi hamil olmadığını ispatlarsa yaptığı bu ödeme ile borcundan kurtulur. Eğer bu durumu ispat edemezse ikinci bir defa bir ödemek zorunda kalır.<sup>19</sup> Ödeme yasağına ilişkin karar irade dışında elden çıkmış bulunan senetten kaynaklanan bütün edimleri kapsamaktadır. Ödeme yasağı kararı verilmiş olması tıpkı iptal kararı verilen durumlarda olduğu gibi, maddi hukuk yönünden ilgililerin durumunu değiştirmez. Ödeme yasağı kararı almak için mahkemeye başvurmak zamanaşımını kesmez.<sup>20</sup> Kaybedilen se-

<sup>16</sup> Öztan, s. 291. Pulaşlı, s. 111. Öztürk (Dirikkan), s. 43.

<sup>17</sup> Öztan, s. 291. Pulaşlı, s. 112

<sup>18</sup> Öztan, s. 291. Matthew T. Reiter, (in) OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, Orell Füssli Kommentar, Auflage 3, Orell Füssli Verlag AG, 2016, s. 2557.

<sup>19</sup> Jakob Höhn, (in) Basler Kommentar, Wertpapierrecht, Art. 965-1186 OR, Bucheffektengesetz, Haager Wertpapier-Übereinkommen, Art. 108a-108d IPRG, Hon-sell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basel 2012, s. 306.

<sup>20</sup> Öztan, s. 292. Çünkü ödeme yasağı kararında ortada çekişmesiz yargı işi vardır. Bu talep üzerine yapılan yargılama bir dava değildir (Öztürk (Dirikkan), s. 45). "Dava açılması ile kastedilen, kambiyo senetleri hukukuna ilişkin bir talep dolayısıyla yetkili mahkeme nezdinde, usulüne uygun bir davanın açılmış bulunmasıdır. Örneğin senet borçlusunun açtığı senet iptal davası zamanaşımını kesmez.

nedin üçüncü şahıslar tarafından iyiniyetle iktisabına engel olmaz.<sup>21</sup>

Kıymetli evrak hukuku açısından, ödeme yasağı nedeniyle muhatabın ödemede bulunmaması, usulüne uygun olarak ibraz edilen senedin ödenmemesi anlamına gelmez<sup>22</sup>. Bu itibarla, ödeme yasağı sebebiyle senedin ödenmemesi muhatabın sorumluluğuna neden olmadığı gibi müracaat borçlularının da sorumluluğuna yol açmayacaktır. Maddi hukuk açısından, ödeme yasağı kararı devam ettiği sürece senedi elinde bulunduran hamil, ödememe sebebiyle senedin asli borçlularına ve müracaat borçlularına karşı talepte bulunamaz.

Ödeme yasağı kararına karşı muhatabın ödeme yapmasının gerek hukuki gerekse de cezai sonuçları oluşacaktır. Örneğin, tedbir kararına muhalefet ederek ödemede bulunan muhatap HMK m. 398 uyarınca bir aydan altı ay kadar disiplin cezası ile cezalandırılabilir.

---

(TTK 669 vd.md.). Keza ihtiyati haciz, ihtiyati tedbir, önceki davada fazlaya ilişkin hakların saklı tutulması vs. davaları da zaman aşımını kesici nitelikte değildir. Zira açılmış bulunan davanın, HUMK'un 237. maddesindeki kesin hükme konu teşkil edecek biçimde nizalı kazaya konu edilmesi gerekir. (12.HD T. 07/04/1983-1459 E. 2701 K.)." Yargıtay 12. HD, 2012/2464E., 2012/ 21280K., 19.06.2012, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

<sup>21</sup> Öztan, s. 292.

<sup>22</sup> "Takibin dayanağı olan 07.01.2013 keşide tarihli 125.000,00 TL bedelli diğer çekin arka yüzünün incelenmesinde ise; yasal sürede (07.01.2013 tarihinde) bankaya ibraz edildiği ve "çek hakkında Kadıköy 3. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2012/1506 Esas sayılı dosyasında ihtiyati tedbir olarak ödemedi men kararı olduğundan işlem yapılamamıştır" şerhinin bulunduğu, ihtiyati tedbir kararı verilen söz konusu davada alacaklının taraf olmadığı görülmektedir. 6102 Sayılı TTK'nun 808. maddesi gereğince, çek bedelinin ödenmemiş olduğunun çek arkasına şerh verilmesi ibraz edildiğinin kabulü için yeterlidir. Başka bir anlatımla çekin karşılıksız olduğunun ve ödenmeme sebebinin belirtilmesi zorunlu değildir. Bu ilkeler karşısında takibe konu çeklerde geçerli ibraz mevcut olup, çekler kambiyo senedi niteliğini taşımaktadır". Yargıtay 12. HD 2013/30921E., 2013/37175K., 25.11.2013, (www.sinerjimevzuat.com.tr). Yargıtay'a göre çekin karşılıksız olduğunun ve ödememe sebebinin belirtilip belirtilmemesinin ibraz için önemli olmamasına ilişkin gerekçesine katılmamız mümkün değildir. Aksinin kabulü bir mahkeme kararının tebdiren verdiği bir emri yok saymak anlamına gelir. Başka bir ifadeyle bir mahkemenin bir durumu ihtiyati tedbir kararı alınacak derecede riskli görmesi ve muhatabı bu konuda yasaklaması diğer ödememe hallerinden farklıdır. Zira bu durumda ödeme yasağı kararının en önemli sonucu kıymetli evrakın en önemli özelliklerinden biri olan, senedin hak sahibini teşhis fonksiyonu ortadan kalkmıştır. Bunun sonucu olarak, hamilin bu senede dayanarak hak sahibi olduğu iddiası, ihtiyati haciz ve takip başvurusunda dikkate alınmaz. Dolayısıyla senedin neden ödenmediği hususu ibraz açısından önemli bir konudur.

### III. ÖDEME YASAĞI KARARINA İLİŞKİN UYGULAMADA YAŞANAN SORUNLAR

#### A. Ödeme Yasağı Kararı Verilirken İspat Ölçüsüne Uyulmaması

İspat ölçüsü, iddia edilen bir vakıanın, hâkim tarafından ne zaman ispatlanmış kabul edilip bu vakıaya dayanılarak karar verilebileceği; yani, hâkimin dayanılan vakıayı ispatlanmış kabul edebilmesi için gereken kanaatinin derecesini ifade eder.<sup>23</sup> İspat faaliyetinin ne zaman başarılı olmuş sayılacağı, ispat ölçüsüne göre belirlenir. İspat ölçüsü, bazen tam ispat olarak aranırken (ki bu durumda hâkimde tam kanaatin oluşması gerekir), bazı hâllerde yaklaşık ispat (yani tam olmasa da gerçeğe yakın derecede kanaat) yeterli görülmektedir. Bir vakıa için kesinlik sınırındaki ihtimâl derecesi kabul edilmiş ise, tam ispat; ağır basan ihtimâl derecesi kabul edilmiş ise, yaklaşık ispat söz konusu olacaktır.<sup>24</sup> Yaklaşık ispat derecesinde, asgari ölçüde de olsa ispat faaliyeti zorunludur.<sup>25</sup> Uygulamaya bakıldığında ödeme yasağı kararları, soyut iddialar<sup>26</sup> üzerinden yeterli ispat ölçüsü gerçekleşmeden verilmektedir. Daha basit bir ifadeyle kural olarak yeterli delillerle desteklenmemiş bir dilekçe ile mahkemelerden ödeme yasağı kararı alınabilmektedir. Oysa ödeme yasağı kararının verilebilmesi için talepte bulunan kişi; kendisinin “kambiyo senedi hamili olduğunu” ve “bu senedin iradesi

<sup>23</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 350. İspat ölçüsüne yönelik detaylı bilgi için bkz. Ahmet Başözen, İlk Görünüş İspatı, Adalet Yayınları, Ankara 2010, s. 112 vd. Hakan Albayrak, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat, Yetkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 299 vd.

<sup>24</sup> Alangoya/ Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 295. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 350.

<sup>25</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 352. Yaklaşık ispat durumunda hakim, iddianın ağırlıklı ihtimal olarak doğru olduğunu kabul etmenin yanı sıra aksinin mümkün olduğu ihtimalini de göz ardı etmemektedir (Robert Furter (in) Basler Kommentar, Wertpapierrecht, Art. 965-1186 OR, Bucheffektengesetz, Haager Wertpapier-Übereinkommen, Art. 108a-108d IPRG, Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basel 2012, Art. 981 Nr.8.).

<sup>26</sup> İddia edilen bir vakıanın doğruluğunun hâkim nezdinde kabul edilmesi için aynı zamanda ispat edilmiş olması gerekir. Hiçbir iddia başlı başına ispat için yeterli sayılamaz. Hatta bir iddia ne kadar somutlaştırılıp gerekçelendirilerek inandırıcı açıklamalarla desteklense de, sadece iddia olarak varlığını korur; onun hâkim nezdinde doğru kabul edilebilmesi için, kanunun aradığı ölçüde ispatı gereklidir. Bu çerçevede bir sıralama yapılacak olursa, yalın iddia bir iddiadır; gerekçeli (veya dayanaklı) iddia da bir iddiadır. İddia ile yetinilerek karar verilemez (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 351).

*dışında elinden çıktığını” “yaklaşık olarak” ispat etmek zorundadır. (TTK m. 661/3, 663, 759/2, 760; HMK m. 390/3). Ödeme yasağı kararı için mahkemeye başvuran kişinin bu hususlarda inandırıcı olması şarttır (glaubhaft machen)<sup>27</sup>.*

TTK m. 759'a göre iptal isteminde bulunan kişi, poliçe elinde iken zıyaa uğradığını inandırıcı bir şekilde gösteren delilleri mahkemeye sağlamak ve senedin bir suretini ibraz etmek veya senedin esas içeriği hakkında bilgi vermekle yükümlüdür. Bu hükümden hareketle yaklaşık olarak ispat edilmesi gereken iki temel husus vardır. Bunlardan ilki senet üzerinde hak sahibi olunduğu, ikincisi ise senedin zayi edildiğidir. Bu iki hususun ispatı, hiç kuşkusuz, hak sahibi olunan ve zayi edilen senedin kıymetli evrak niteliğine sahip olduğunun ispatını da gerektirmektedir. Bunun için senedin bir sureti ibraz edilmesi veya senedin esas içeriği hakkında bilgi verilmelidir (TTK 759/2). Senedin suretinin ibrazı, zayi olunan senedin kıymetli evrak olduğu ve onun üzerinde hak sahibi bulunulduğu hususundaki yaklaşık ispat için yeterlidir. Suret ibraz edilemiyorsa senedin esas içeriği hakkında bilgi verilmelidir. Verilecek bilgiler sayesinde senedin bireysel nitelik ve özellikleri (somut biçimde) belirlenebilmelidir. Mahkemeye senedin fotokopisinin sunulması da ispat konusunda büyük kolaylık sağlayacaktır.<sup>28</sup> Yargıtay, bu durumda, davacının mahkemeye olumlu bir kanaat verecek kadar delil sunulmasının yeterli olduğunu kabul

<sup>27</sup> Höhn, s. 305. Öztan, s. 289. Yaklaşık ispat için Alman ve İsviçre hukuklarında genellikle kullanılan ifade “Glaubhaftmachung” ifadesidir. Özekes'e göre “az çok kanaat uyandırma”, kelime olarak “Glaubhaftmachung” ifadesini daha fazla karşılamaktadır. Ancak bu ifade teknik bir terim olamaz. Çünkü kanaat uyandırma zaten ispat anlamına gelmektedir. Az çok deyiminin ise ispat olarak teknik bir terimi karşılaması güçtür. Burada ispat bakımından temelde ikili bir ayrım yapılabilir. Hâkimde uyandırılan kanaat ya tam bir kanaattir veya tam bir kanaat olmamakla birlikte ispatına çalışılan vakıyı kuvvetle muhtemel göstermektedir. Bu ihtimalin derecesi değişebilir, ancak henüz tam kanaat uyandırılmasına yetmemektedir. Tam kanaat uyandırmanın sonucu olarak tam ispat ve yaklaşık bir kanaat uyandırmanın sonucu olarak da yaklaşık ispattan söz edilebilir (Özekes, s. 220).

<sup>28</sup> Kendigelen/Kırca, s. 66. Haklılığın yaklaşık olarak ispat edilmesi ile iddiaların mahkemece inandırıcı bulunması aynı şeylerdir. İptal isteminin kabulünde de aynı şartın aranması zıyan niteliğinden kaynaklanmaktadır. Gerçekten, senet üzerinde hak sahibi olma ve senedi zayi etme iddialarının tam olarak ispatı çoğu kez mümkün değildir. Bu yüzden iptal isteminin kabulünde yaklaşık ispat (kuvvetle muhtemel görme, inandırıcı bulma, yaklaşık kanaat) yerine tam ispat arama iptal kurumunu işlevsiz kılacaktır (Kendigelen/Kırca, s. 65).



etmektedir. Zira aksinin kabulü ile davacının daha fazlasını ispata zorlanması, zayi nedeniyle kıymetli evrak iptali hükümlerinin uygulanmasını imkânsız hale getirecektir.<sup>29</sup> Öğretide ödeme yasağı kararı verilmesi bakımından aranılacak ispat ölçüsünde hâkimin iptal davasına nazaran daha az talep kâr olması gerektiği ifade edilmektedir.<sup>30</sup>

Kıymetli evrakın iptali işi bir çekişmesiz yargı işidir (HMK m. 382/e-6)<sup>31</sup>. Burada mahkeme, kararını ilgililer arasında mevcut herhangi bir

<sup>29</sup> “Dava, zayi nedeniyle kıymetli evrakın iptali istemine ilişkin olup, mahkemece, iptali istenen senedin, davacı elinde iken, rızası dışında ziyaa uğradığı yönünde inandırıcı delil bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Zayi nedeniyle kıymetli evrakın iptalini isteyebilmek için gerekli olan şartlardan birisi de senette mündemiç olan hakkın varlığını sürdürmesidir. Somut olayda davacı tarafından, dava konusu senedin kaybedildiği ileri sürülmüş ve anılan senedin esas içeriği hakkında bilgi sunulmuştur. Esasen hasımsız olarak açılan ve kesin hüküm niteliği de taşımayacak olan bu türden davalarda, davacının mahkemeye olumlu bir kanaat verecek kadar delil sunulmasını yeterli saymak gereklidir. Aksinin kabulü ile davacının daha fazlasını ispata zorlanması, zayi nedeniyle kıymetli evrak iptali hükümlerinin uygulanmasını imkânsız hale getirecektir. Kaldı ki, dava sırasında yapılacak olan ilanlar sonucunda, hak sahipleri varsa ortaya çıkabilecek ve kendilerine karşı istirdat davası açılabilir ya da hak sahipleri tarafından hasımlı olarak açılacak bir dava ile, çek iptali kararının iptali talep edilebilecektir. Dolayısıyla mahkemeyi tereddüte sevk eden hususlar, esasen anılan davalarda tartışılacaktır”. Yargıtay 11. HD, 2016/18906E., 2017/4369K., 30.03.2017. “Dava, çekin zayi nedeniyle iptali davası olup, bu davanın hamil tarafından açılması gerektiği hususu tartışmasızdır. Bu kapsamda, davacının çekin hamili olduğunu yaklaşık olarak ispata ve bu hususunun iddiasını yeterli saymak gerekir. Aksinin kabulü ile davacının daha fazlasına zorlanması zayi nedeniyle çek iptali hükümlerinin uygulanmasını imkansız hale getirecektir” Yargıtay 11. HD, 2014/6701E., 2014/12060K., 25.06.2014. Aynı yönde Yargıtay 11. HD, 2013/14718E., 2014/2907K., 19.02.2014. Yargıtay 11. HD, 2014/1130E., 2014/8954K., 12.05.2014, İstanbul BAM 13. HD 2018/34E., 2018/67K., 24.01.2018, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

<sup>30</sup> Höhn, s. 305.

<sup>31</sup> Türk hukukunda çekişmesiz yargı ile ilgili temel başvuru kaynağı olan Kuru'nun Nizasız Kaza adlı eserinde çekişmesiz yargıya ilişkin kıstaslar şöyle tanımlanmıştır:

“Hukuki kazanın bir nev’i olan nizasız kaza objektif hukukun, müstakil mahkemelerce, aşağıdaki dört kıstastan birine veya bir kaçına göre bu kazaya giren işlere tatbik edilmesidir:

-İlgililer arasında ihtilaf olmayan haller “ihtilaf yokluğu” kıstası.

-İlgililerin hususi şahıslara karşı dermeyanı kabil subjektif haklarının bulunmadığı haller “subjektif hakkın yokluğu” kıstası.

-Hakimin re’sen harekete geçtiği bütün haller “re’sen harekete geçmek” kıstası.

-Hususi hukuk münasebetlerinin yeni şekiller alması, tesisi, inkişafı, değiştirme ve kaldırılmasında ve bu hukuk münasebetlerine henüz vaki olmamış ve fakat istikbalde vukuu muhtemel olan tecavüzlerin önlenmesinde, alakadarların mahkemece himaye edilmesi icap eden haller “inşai-önleyici tesir” kıstasları.” Baki

uyuşmazlık hakkında vermemektedir.<sup>32</sup> Çekişmesiz yargıda delillerin toplanmasında hâkimin kendiliğinden araştırma ilkesi geçerlidir. Bu ilke gereğince hâkim, sadece yargılama bakımından önemli olan malzemeyi kendi düşüncesi ve sorumluluğu çerçevesinde tayin etmekle kalmayıp, aynı zamanda bu yargılama malzemesinin aydınlatılması için gerekli gördüğü ispat araçlarına da kendiliğinden başvurur. Mahkeme ilgililerden bağımsız olarak, isteğin maddi temelini tamamen aydınlatacak, gerekli tüm maddi vakıaları ve ispat araçlarını yargılamaya getirecek ve inceleyecektir.<sup>33</sup> Kendiliğinden araştırma ilkesinin bir sonucu olarak, çekişmesiz yargıda hâkim ilgililerin gösterdikleri delillerle ve ikrarla bağlı değildir; ispat yüküne ilişkin kurallar uygulama alanı bulmaz; tanıkla ispat yasağı hakkındaki hükümler uygulanmaz.<sup>34</sup>

Kıymetli evrakın iptali kurumuna benzer bir kurum TTK m. 82/7'de düzenlenmiştir. Buna göre *“bir tacirin saklamakla yükümlü olduğu defterler ve belgeler; yangın, su baskını veya yer sarsıntısı gibi bir afet veya hırsızlık sebebiyle ve kanuni saklama süresi içinde ziyaa uğrarsa tacir ziyayı öğrendiği tarihten itibaren on beş gün içinde ticari işletmesinin bulunduğu yer yetkili mahkemesinden kendisine bir belge verilmesini isteyebilir. Bu dava hasımsız açılır. Mahkeme gerekli gördüğü delillerin toplanmasını da emredebilir”*.

Hükümde ticari defterlerin ziyayı nedeniyle mahkemeden istenilecek zayi belgesinin çekişmesiz yargı işi olduğu ve bu konuda mahkemenin gerekli gördüğü delillerin toplanmasını emredebileceği hususunun açıkça düzenlendiği görülmektedir. Bunun sonucu olarak hâkim, bilhassa ilgililerce ileri sürülen ve defter ve belgelerin zayıne neden olan olayların doğruluğu hakkında nasıl kanaat elde edilebileceği hususunda tamamen serbesttir. Hâkim, durumun aydınlanması

Kuru, Nizasız Kaza, Ankara 1961, s. 39, (Nizasız Kaza).

<sup>32</sup> Üstündağ, s. 33. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 33. Cenk Akil, “Vesayete İlişkin Olanlar Dışında Türk Medeni Kanunu’nda Yer Alan Çekişmesiz Yargı İşleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.62 (4), Ankara 2013, s. 931.

<sup>33</sup> Yavuz Alangoya, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s. 3. Ayrıca Alman hukukunda bu ilkenin anlamı için bkz. Bernd Klüsener, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, Köln 1987, s. 3 ve 49. Johannes Bärmann, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, Berlin-Heidelberg-New York 1968, s. 103.

<sup>34</sup> Kuru, Nizasız Kaza, s. 167-169. Ali Cem Budak, “Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı”, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-IV*, Ankara 2005, s. 170.

için gerekli gördüğü bütün ispat vasıtalarına resen başvurabilir. İlgili tacirin iddia ve beyanları ile ve getirdiği ispat vasıtalarıyla bağlı olmayan mahkeme, durumun gerektirdiği başkaca vakıa ve delilleri serbestçe arayıp bulmaya resen yetkili ve mecburdur.<sup>35</sup> Bu çerçevede örneğin mahkeme kendisinden yangın gerekçe gösterilerek zayi belgesi istenmesi durumunda, ilgili itfaiyeye veya karakola bu husustaki düzenlenen rapor vs. için doğrudan başvurabilmek yetkisine sahiptir. Yine mahkeme defterlerin zıyaya ilişkin iddiaların doğruluğunu değerlendirebilmek için, teknik bilgiye ihtiyaç varsa, kendiliğinden bilirkişi de atayabilir. Mahkeme keşif yapılmasına da resen karar verir. Ayrıca gerek keşif sırasında gerekse keşif dışında olayın gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin tanık da dinleyebilir.<sup>36</sup>

Sonuç olarak kanaatimizce ödeme yasağı kararının verilmesi sürecinde talepte bulunan TTK m. 759 gereği senet elinde iken zıyaa uğradığını inandırıcı bir şekilde gösteren delilleri mahkemeye sağlamak ve senedin bir suretini ibraz etmek veya senedin esas içeriği hakkında

<sup>35</sup> "TTK'nın 68. maddesine dayalı hasımsız olarak açılan zayi nedeniyle iptal davaları sonuçları itibarıyla sadece davacı tarafı değil davada taraf olmayan kişiler bakımından da sonuç doğuran dava türlerinden olduğundan, mahkemece bu tür davalarda yapılacak incelemeler, sadece davacı tarafın iddia ve delilleri ile sınırlanmamalıdır. Dairemizin yerleşik uygulamasına göre, TTK'nın 68. maddesinde yazılı afet kavramına davacıya kusur zıfz edilemeyecek olan ve irade dışında meydana gelen olayların girebileceği, tacirin belgelerini muhafazada gerekli dikkat ve özeni göstermesi, tasdike tabi defterlerin tasdik edilmediğinin ilgili noterden, defterler hakkında soruşturma bulunup bulunmadığının ilgili vergi dairesinden sorulması, davayı açanın defter tutmakla yükümlü tacir olup olmadığının ve iddia edilen olayın meydana geldiği yerin tacirin faaliyette bulunduğu yerlerden olup olmadığının araştırılması, ticaret sicil kayıtlarının celbedilmesi sonuçta mahkemenin olayın şüpheden uzak bir şekilde meydana geldiğine kesin kanaat getirmesi gerekmektedir". Yargıtay 11. HD 2000/7371E., 2000/8995K., 16.11.2000, (www.sinerjimevzuat.com.tr).

<sup>36</sup> "Dava, bir kısım şirket defterlerine ilişkin zayi belgesi verilmesi istemine ilişkin olup, mahkemece yazılı gerekçelerle davanın reddine karar verilmiştir. Dava konusu şirket genel kurul toplantı ve müzakere defteri ile ortaklar pay defterlerinin iş değişikliği sırasında yapılan tadilatlar sırasında su borularının patlaması neticesinde anılan defterlerin zarar gördüğü hususu maddi bir olgu olup, bu durum tanıkla ispat edilebilecek olmasına göre mahkemece davacı tarafından bildirilen tanıkların dinlenilip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yanılığlı gerekçelerle karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın davacı yararına bozulmasını gerektirmiştir". Yargıtay 11. HD, 2016/6393E., 2018/698K. 25.01.2018, (www.sinerjimevzuat.com.tr). Ticari defterlerin zıyayı için bkz. Oruç Hami Şener, "Ticari Defterlerin Ve Belgelerin Saklanması, Zıyayı, Zayı Belgesi, Böyle Bir Belgenin Alınması Ve Alınmamasının Hüküm Ve Sonuçları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S.1, 2004, s. 233-294.

bilgi vermekle yükümlü iken, mahkeme de ödeme yasağı talebinin bir çekişmesiz yargı işi olması nedeniyle talep ile ilgili delilleri kendiliğinden araştırmakla yükümlüdür. Bu kapsamda talep sahibinin sunduğu delillerin yanında kendisinin de uygun gördüğü delilleri toplamalıdır. Sonrasında toplanan bu delilleri yaklaşık ispat kuralları çerçevesinde değerlendirmeli ve sonucuna göre karar vermelidir.

### **B. Ödeme Yasağı Kararı Verilirken Tevdi Yerinin Gösterilmemesi**

TTK m. 757/2'ye göre mahkeme ödeme yasağı kararında vadenin gelmesi üzerine, borçluya veya muhatap bankaya, senette mündemice hakkı tevdi etmeye izin verir ve tevdi yerini gösterir. Tevdi yeri olarak uygulamada genellikle bir banka olmaktadır. Tevdi kararının mahkemece re'sen mi yoksa borçlunun talebi üzerine mi verileceği hususu öğretilde tartışmalıdır. Bu konuda iki görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre, tevdi kararı ancak borçlunun talep etmesi üzerine verilebilir.<sup>37</sup> Mahkeme talep olmadan re'sen tevdi kararı veremez. Öztan'a göre borçlu senet bedelini kendi nezdinde saklamayı tehlikeli görüyorsa böyle bir izin talebinde bulunabilir.<sup>38</sup> Zira borçlu ödeme yasağı kararının kendisine tebliğinden itibaren hak sahibi belirleninceye kadar borcunu kimseye ifa edemeyeceği için vadesi gelmiş borcundan bir an önce kurtulmak isteyebilir.<sup>39</sup>

Diğer görüş ise mahkemenin talep olmasa bile re'sen tevdi yerini belirlemesi gerektiğini ileri sürmektedir.<sup>40</sup> Bu görüşü savunanlardan *Poroy/Tekinalp'e* göre TTK m. 757/2 hükmü hak sahibi olan alacaklı ile senedi elinde tutan kişi arasındaki uyuşmazlığın ya da senet kaybolduğu takdirde bir süre devam edecek olan iptal işlemlerinin borçlunun durumunu ağırlaştırmaması için haklı olarak konulmuştur. Bu nedenle mahkeme kararında borçluya vade geldiği takdirde borcunu tevdi etmeye izin vermek ve tevdi yerini tayinle yükümlüdür.<sup>41</sup> *Domaniç*, mahkemenin

<sup>37</sup> Yaşar Karayalçın, Ticaret Hukuku III, Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri), 4. Baskı, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara 1970, s. 370. Öztan, s. 290. Pulaşlı, s. 111. Öztürk (Dirikkan), s. 45. Erol Ertekin/İzzet Karataş, Uygulamada Ticari Senetler, Turhan Kitabevi, Ankara 1998, s. 40. Gültekin, s. 143.

<sup>38</sup> Öztan, s. 290.

<sup>39</sup> Öztürk (Dirikkan), s. 45.

<sup>40</sup> Reha Poroy/Ünal Tekinalp, Kıymetli Evrak Hukuku, 23. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2019, s.129. Domaniç, s. 52. Kınacıoğlu, s. 72. Şimşek s. 31.

<sup>41</sup> Poroy/Tekinalp, s. 129.

re'sen tevdi yerini tayin edeceğini, kararda gösterilmemiş ise, müracaat sahibinin veya muhatabın talebi üzerine ayrıca tespit edileceğini belirtmiştir.<sup>42</sup> Kınacıoğlu, tevdiye izin vermek açısından borçlunun özel bir talebinin bulunmasına gerek olmadığını, çünkü açılacak davanın hasımsız olduğunu ve borçlunun davaya taraf olmadığını; ayrıca borçlunun senet bedelini tevdiinde menfaati bulunduğunu ifade etmektedir.<sup>43</sup> Şimşek ise borçlunun vadesi gelen senedi ödeme yükümlülüğünün devam ettiğini ve bu bedelini nereye ödeyeceğini bilmesinin önemli olduğunu bu nedenle borçlunun talebi olmadan mahkemenin tevdi yerini tayin etmesi gerektiğini belirtmektedir.<sup>44</sup>

Ödeme yasağı kararında muhatap senet bedelini, kendisine karşı başvuran hamile ödeme konusunda geçici nitelikteki bir yasak altında bulunmaktadır. TTK, bu yasak çerçevesinde ortaya çıkan sorunları menfaatler dengesine uygun olarak çözebilmek için TTK m. 757/2'de önemli bir kurala yer vermiştir: "*Mahkeme ödeme yasağı kararı verirken, muhataba senet bedelini tevdi etmesine izin vererek, tevdi yerini tayin eder*". Kanun metninin lafzına bakıldığında "*tevdi yerini tayin eder*" ibaresinden düzenlemenin emredici olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle kanunimizce mahkemenin meşru hamilin haklarını korumak ve mağduriyeti önlemek amacıyla re'sen tevdi kararı vermesi gerekmektedir. Oysa uygulamada mahkemelerin çoğunluğu ödeme yasağının tamamlayıcı niteliğinde bulunan bu düzenleyici tedbir hakkında herhangi bir karar vermemektedir. Muhatabın senet bedelini tevdi etmesine karar verilmeden, hükmedilen ödeme yasağı bu geçici hukuki korumanın menfaatler dengesine aykırı hale gelmesine sebep olmaktadır.

TTK m. 757/2 hükmü poliçeye ait olduğundan hükmün çekte çekin niteliğine uygun olarak uygulanması söz konusu olacaktır. Çünkü poliçede muhatap asıl borçlu durumunda iken çekte muhatap borçlu konumunda değildir. Bu nedenle mahkeme vereceği ödeme yasağı kararında, muhatap bankanın ödemedi kaçınmasına karar vermesinin yanında, aynı zamanda çek hamilinin de haklı olabileceği ve bu nedenle korunması gerektiği düşüncesiyle karşılığı bulunan çek bedelini bloke bir hesaba almasını da emretmelidir.<sup>45</sup>

<sup>42</sup> Domaniç, s. 52.

<sup>43</sup> Kınacıoğlu, s. 72.

<sup>44</sup> Şimşek, s. 44.

<sup>45</sup> Vural Seven, "Çek Kesidicisinin TTK m. 711/3'e Göre Verdiği Ödemedi Men Talimatının Hukuki Niteliği Ve Ceza Kovuşturmasına Etkisi", *Türkiye Barolar Bir-*

### C. Ödeme Yasağı Kararının İhtiyati Haczi ve İcra Takibini Engellememesi

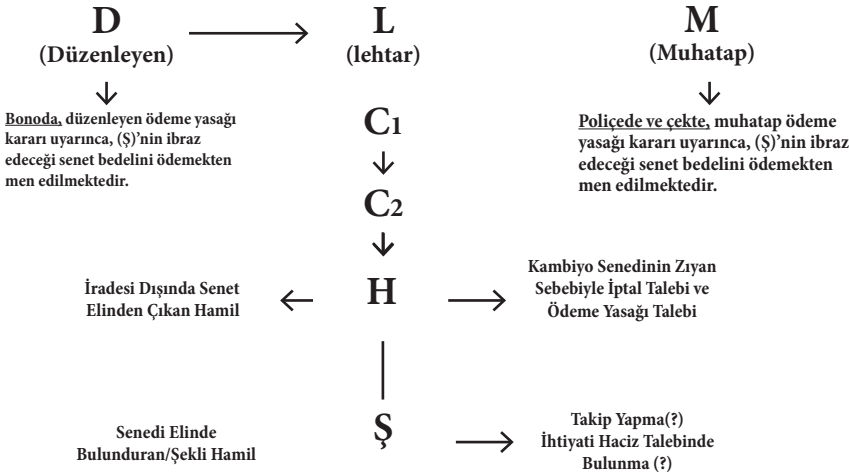
Kıymetli evrak hukuku açısından, ödeme yasağı nedeniyle muhatabın ödemede bulunmamasının, usulüne uygun olarak ibraz edilen senedin ödenmemesi anlamına gelmediğini daha önce ifade etmiştik. Bu durumun takip hukuku bakımından sonucunu ise, şekli hamilin kambiyo senetlerine mahsus takip yoluna başvuramaması oluşturur. Çünkü bu halde, şekli hamilin elindeki senet, onun alacaklı olduğunu gösteren bir belge niteliğinde değildir. Oysa uygulamada ödeme yasağına rağmen senedin ödenmemesine, “*senet usulüne uygun olarak ibraz edilmiş ve borçlu tarafından ödenmemiş*” gibi bir sonuç bağlanmaktadır. Bu şekilde senedin ihtiyati hacze ve kambiyo senet-

---

*liği Dergisi*, S. 70, Ankara 2007, (Çek), s. 287. “Dava; zayi nedeniyle kıymetli evrak iptaline yönelik bir dava olup, istinaf açısından uyuşmazlık konusu davada tevdi mahalli tayini koşullarının oluşup oluşmadığı, mahkemece verilen kararın, yasa ve usule uygun olup olmadığı noktasındadır. Zayi olduğu öne sürülen kıymetli evrak bir çek olup, 6102 sayılı TTK’nın 818/1-s.maddesinin yollamasıyla iptal davasında uygulanması gereken, önleyici önlemlere ilişkin TTK’nın 757/2. maddesine göre: Mahkeme, ödemeyi men eden kararında muhataba, vadenin gelmesi üzerine poliçe bedelini tevdi etmeye izin verir ve tevdi yerini gösterir. Poliçe üzerinden yapılan bu düzenlemede belirtilen muhatap, poliçeyi ödeyecek olan kişi olup, çekte ödeyecek olan kişi ise borçlu keşidedir. Çekte keşideci borçlu ödemesini muhatap banka nezdindeki hesabından yapmaktadır. Mahkeme talebin borçlu tarafından yapılması gerektiği gerekçesiyle talebi reddetmiştir. Yukarıda belirtilen yasa hükmünde, zayi nedeniyle iptal davası açanın (hamil) mahkemeye başvurusu üzerine ödemeyi men kararında senet borçlusunun vadesi geldiğinde ödemeyi nereye yapacağını belirleyerek bunu da borçluya bildirmesi öngörülmüştür. Davacı hamilin iptal davasında tensiple ödeme yasağı kabul edilerek muhatap bankaya ödeme yapmaması hususunda yazı yazılmıştır. Buna rağmen davaya konu çekin dava tarihinde ibraz tarihi geçmiştir. Çek, 31.01.2019, dava tarihi ise 12.02.2019’ dur. TTK’nın 757/2.maddesinde poliçe esas alınarak yapılan düzenlemenin çekte uyarlanmasında özel bir durum bulunmaktadır. Çekte borçlu keşideci, alacaklı hamile ödemeyi çekte yazılı muhatap banka nezdindeki hesabından yapmaktadır. Poliçede borçlu muhatap, hamilin kim olduğunu bilemez. Muhatap resmi bir kurum olmayıp poliçenin keşidecisine olan borcunu, poliçe karşılığı ödeyerek borcundan kurtulmaktadır. Bu anlamda poliçenin tevdi mahallinin tayini poliçe için gerekli bir durum olmakla birlikte çekte keşideci borçlu muhatap banka nezdindeki hesabında çek karşılığını buldurmak zorundadır. Yani çekin keşidecisinin çek hesabının bulunduğu bankada çekin karşılığını buldurması yeterli olup çek keşidecisi açısından tevdi mahalli her halükarda muhatap bankadır. Dava konusu olayda çekin ibraz süresi geçmiştir. İbraz süresi geçmiş bir çek için keşideciyi çek bedelini tevdi etmeye zorlama anlamına gelecek tevdi mahalli tayini talebi ve geçmişe dönük olarak keşidecinin muhatap bankada çek bedelini yatırması yönünde karar verilmesi çekin hukuki niteliklerine uygun ve geçerli değildir” İstanbul BAM 13. HD 2019/1006E., 2019/985K., 10.07.2019.

lerine mahsus takip yoluna konu edilmesi mevcut düzenlemeye aykırı sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. Kanaatimizce ödeme yasağı kararı mevcutken senet hakkında ihtiyati haciz kararı verilmesi ve senedin icra takibine konu edilmesi hukuka aykırıdır. Şöyle ki; ödeme yasağı veren mahkeme borçluya “*ödeme!*” derken, ihtiyati haciz kararı veren mahkeme ya da icradan yollanan ödeme emri borçluya “*öde!*” demektedir. Bu durumda senede ödeme yasağı koyan mahkemenin “*öde!*” demesinin amacı açıklanmalıdır.

İradesi dışında senet elinden çıkan davacı iptal davasında, senedin gerçek hamili olduğunu, senedi ibraz etmesi muhtemel kişinin ise şeklen hamil olarak gözüксе de gerçek hamil olmadığını iddia etmektedir. Dolayısıyla iptal davası kabul edilirse iptal kararı borçluya/muhataba ibraz edilmek kaydıyla, davacıya ödeme yapılabilecektir. Burada belirsiz olan husus gerçek hamilin kim olduğudur. Bu nedenle iptal davası bağlamında verilen tedbir kararı üzerine muhatap bankanın ya da borçlunun senet bedelini ödememesi, düzenleyenin ödeme gücüyle ilgili bir konu değildir. Bu tedbirin tek amacı senet bedelinin gerçek hak sahibine ödenmesini sağlamaktır.



Şekil -1: Kambiyo Senedinin Zıyarı Halinde Ortaya Çıkan Talepler ve Başvurulan Hukuki Yollar

Gerçek hak sahibinden devredilmeyen bir senedin piyasada tedavül etmesinin uygulamada yaratacağı sonuç kaos ve mahkemelere daha fazla iş yüküdür . Uygulama açısından kambiyo senedinin zıyayı halinde ortaya çıkan talepler ve başvurulmuş hukuki yolların yarattığı karışıklığın ve oluşturduğu iş yükünün sonucunu yukarıda verdiğimiz şekil üzerinden adım adım bir örnekle açıklayalım:

1. (H) kambiyo senedinin zıya sebebiyle iptali için mahkemeye başvurumaktadır. (H) geçici hukuki koruma olarak mahkemeden ödeme yasağı kararı verilmesini talep etmektedir.
2. (Ş) ise, uygulamanın verdiği imkandan faydalanarak (D), (L), (C1) ve (C2)'ye karşı ihtiyati haciz kararı almakta ve devamında tamamlayıcı merasim olarak kambiyo senetlerine mahsus takipte bulunmaktadır. Bazı hallerde senedin asıl borçlusu dışındaki müracaat borçluları senedin ödenmediğinden ancak ihtiyati haciz kararının uygulanması ile haberdar olabilmektedir.
3. (D), (L), (C1) ve (C2) ihtiyati haciz kararına karşı itiraz etmektedir.
4. (D), (L), (C1) ve (C2) gönderilen 10 nolu ödeme emrine karşı, icra mahkemesinde 5 gün içinde itiraz (veya şikayet) yoluna başvurumaktadır.
5. (D), (L), (C1) ve (C2) ödeme emrine itiraz takibi kendiliğinden durdurmayacağı için çoğu zaman takip alacaklısı (Ş) aleyhine menfi tespit davası (İİK m. 72) açmaktadır. Bu davada (Ş)'nin alacaklı olmadığı iddiası ileri sürülmektedir.

Görüldüğü üzere ödeme yasağının icra takibini ve ihtiyati haczi engellememesi sonucu ortaya birçok itiraz/şikayet, dava ortaya çıkmaktadır. Oysa talepte bulunan kişinin yetkili hamil olmadığı konusunda kuvvetli bir şüphenin bulunması ispat ölçüsü açısından ihtiyati haciz kararının verilmesine engeldir. Çünkü, İİK m. 258'e göre, «Alacaklı, alacağı... hakkında mahkemeye kanaat getirecek deliller göstermeye mecburdur». Yukarıda verilen örnekte ödeme yasağı kararıyla şeklen hamil olan (Ş)'nin hak sahipliği üzerinde artık kuvvetli bir şüphe oluşmuştur. Bu şüphe ihtiyati haciz kararının verilmesine engel olduğu gibi, alacaklının kambiyo senetlerine ilişkin takip yapması halinde bu takip iptal edilmelidir. Çünkü, bu senet alacaklı hamilin alacaklı olduğunu ispat etmez. Zira alacaklının hak sahipliği tartışmalı hale gelmiştir. Bu



durumda İİK m. 170/a. “*İcra mahkemesi müddetinde yapılan şikayet veya itiraz dolayısıyla, usulü dairesinde kendisine intikal eden işlerde takibin müstenidi olan kambiyo senedinin bu vasfı haiz olmadığı veya alacaklının kambiyo hukuku mucibince takip hakkına sahip bulunmadığı hususlarını re’sen nazara alarak bu fasla göre yapılan takibi iptal edebilir.*” hükmü uygulanarak takibin iptal edilmesi mümkündür.

Bu noktada cevaplanması gereken diğer soru ihtiyati haciz kararı veren mahkemenin “öde” demesinin amacının ne olduğudur. Yargıtay kararlarına bakıldığında senedin kaybolması nedeniyle açılan davada verilen tedbir kararı, hasımsız olarak verilmiş bulunduğundan davada taraf olmayan iyi niyetli üçüncü kişileri bağlamaz. Bu husus, ticari senetlerin güvenli tedavül etmesinin de doğal bir sonucudur. Bu nedenle tedbir konusu senet hakkında icra takibi yapılmasında sakınca yoktur.<sup>46</sup>

Özetleyecek olursak, bir tarafta “*senette mündemiç olan hakkın gerçek sahibinin ortaya çıkmasını sağlamaya çalışmak*” diğer tarafta “*iyiniyetli*

<sup>46</sup> “Çekin kaybolması nedeniyle açılan davada verilen tedbir kararı, hasımsız olarak verilmiş bulunduğundan davada taraf olmayan iyi niyetli üçüncü kişileri bağlamaz. Bu husus, ticari senetlerin güvenli tedavül etmesinin de tabii sonucudur. Bu nedenle tedbir konusu çek hakkında icra takibi yapılmasında sakınca yoktur” Yargıtay 12. HD, 2014/20532E., 2014/27504K., 17.11.2014. “Talep, çeke dayalı ihtiyati haciz istemine ilişkin olup, mahkemece yukarıda özetlenen gerekçe ile talebin reddine karar verilmiştir. Ancak, İİK’nın 257. maddesi uyarınca ihtiyati haciz kararı verilebilmesi için alacağın muaccel ve rehinle temin edilmemiş olması gerekmekte olup, anılan yasal düzenleme dikkate alındığında çek ile ilgili ödemedenden yasağı bulunması ihtiyati haciz kararı verilmesine engel olmayacağından yanılığın değerlendirilmesi ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmaması, bozmayı gerektirmiştir”. Yargıtay 11. HD 2016/8590E., 2016/7768K., 04.10.2016. “Mahkemece, borçlu aleyhine alacaklı ... Orman Ürünleri San.ve Tic. Ltd. Şti vekilinin talebi üzerine 30/12/2015 keşide tarihli, 44.925,00 TL bedelli, bir adet çeke dayalı olarak ihtiyati haciz kararı verildiği, dava konusu çek hakkında zayi nedeniyle iptaline karar verildiği belirtilmiş ise de; çekler hakkında alınan iptal kararı veya ödemedenden men yasağının ihtiyati hacze etki etmeyeceği, itirazda bulunan borçlu vekilinin dilekçesindeki ödeme iddiası ve diğer itiraz nedenlerinin işin esasına yönelik olup, İİK 265. maddesinde sayılan itiraz nedenlerinden olmadığı, ihtiyati hacze itiraz aşamasında değerlendirilemeyeceği ancak asıl dava aşamasında denebileceği gerekçesiyle ihtiyati hacze itirazın reddine karar verilmiştir. Kararı, İhtiyati Hacze İtiraz Eden Vekili temyiz etmiştir. Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, ihtiyati hacze itiraz eden (borçlu) vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir”. Yargıtay 11. HD 2016/8376E., 2016 / 7358K., 19.09.2016. (www.sinerjimevzuat.com.tr).

*üçüncü kişinin mağdur olmasını önlemek*” şeklindeki gerekçelere dayalı iki mahkeme kararı birbiriyle çelişmektedir.

İptal davasını açan kişi iradesi dışında senedi elinden çıkan kişidir. Teorik olarak bu kişi senedi iradesiyle başkasına vermemiştir yani hakkını devretmemiştir. Dolayısıyla senetteki hakkın sahibi odur. Ancak bu durumun senedi eline geçiren ve senedi o kişiden devralanlar açısından bir önemi yoktur. Çünkü bir kıymetli evrak olan kambiyo senetlerinin devrinde hak sahibinin kim olduğu ile ilgili bilgi senedin bizzat kendisi aracılığıyla elde edilir. Bu güvenli bir tedavül için gereklidir. Ticari hayatta istenen hız ancak bu sayede gerçekleştirilebilir. TTK m. 646’ya göre bir kıymetli evrakın borçlusu, ancak senedin teslimi karşılığında ödeme ile yükümlüdür. Hile veya ağır kusuru bulunmadıkça borçlu, vade geldiğinde, senedin niteliğine göre alacaklı olduğu anlaşılan kişiye ödemede bulunmakla borcundan kurtulabilir (TTK m. 646/1,2). Görüldüğü üzere borçlunun borcundan kurtulabilmesi için ödemeyi alacaklıya yapması şarttır. Alacaklının kim olduğu ise bizzat senetten anlaşılacaktır. Diğer bir deyişle kişinin “*senedin niteliğine göre alacaklı olduğunun*” anlaşılması senedin teşhis fonksiyonunun olmasının bir sonucudur. Ödeme yasağı kararının en önemli sonucu ise senedin hak sahibini teşhis fonksiyonunu ortadan kaldırmasıdır. Borçlu mevcut yasağa rağmen ödemede bulunabilir. Bu durumda borçlunun, ödeme yasağı için talepte bulunan kişinin gerçek hak sahibi hamil olmadığını ispatlaması gerekir. Eğer bu durumu ispat edemezse borcundan kurtulamaz ve borcu ikinci bir defa bir ödemek zorunda kalır. İkinci bir ödeme yapması borçlu açısından ağır bir sonuçtur. Dolayısıyla senedin hak sahibini teşhis fonksiyonunun olması bu açıdan borçluyu koruyan bir özelliktir. İşte bu nedenlerle teşhis fonksiyonu senedin güvenli tedavül edebilmesini sağlayan ana fonksiyondur. Zira bu sayede borçlu, alacaklının kim olduğuna ilişkin bir araştırmaya girmek zorunda kalmaz. Hızlı bir şekilde ödeme yaparak borcundan kurtulur. Oysa bu fonksiyon olmadığında borçlunun yukarıda açıklandığı gibi borcu tekrar tekrar ödemesi gündeme gelir ki bu durumda ortada bir “*güvenli*” tedavül olmaz.

Yargıtay kararının gerekçesinde belirttiği “*ticari senetlerin güvenli tedavülü*” ancak senedin teşhis fonksiyonu mevcutken gerçekleşebilir. Yargıtay’a göre ticari senetler güvenli bir tedavül sağlarlar. Onu elinde bulunduran kişinin korunması gerekir. Bu nedenle ödeme yasağı

kararı senedi elinde bulunduran kişilere karşı ileri sürülemez. Ödeme yasağı kararı senedin onlara sunduğu güvenli tedavül imkanını onların elinden almak demektir. Bu kişiler iyiniyetli olduğu için korunmayı hak etmektedir. Bu açıdan bakıldığında Yargıtay'ın ana amacının senedin güvenli tedavülünü sağlamak ve bunu devam ettirmek olduğunu söyleyebiliriz. Aslında ödeme yasağı kararının amacı da aynıdır. Ödeme yasağı kararı sayesinde tedavülü güvenli kılan teşhis fonksiyonu gerçek hak sahibini bulana kadar geçici olarak kaldırılmaktadır. Bu sayede senet gerçek hak sahibinden hukuka uygun şekilde devredilerek güvenli bir halde tedavül edecektir.

Yargıtay'ın iyi niyetli üçüncü kişinin korunması açısından esasen uygulamasını sağlaması gereken düzenleme kanaatimizce TTK m. 757/2'dir. İade davasının devamı sonucunda borçlunun ya da muhatap nezdindeki karşılığın hak sahibine ödenmesini sağlamak için mahkeme TTK m. 757/2 uyarınca borçluya ya da muhataba senet belisini tevdi etmesi için bir yer belirlemelidir. Yargılama sonunda senet üzerinde gerçekte kimin hak sahibi olduğu sorununun çözülmesi ile de hak sahibi tevdi edilen yerden parayı alarak hakkına kavuşmuş olacaktır. Dolayısıyla TTK m. 757'nin uygulamasının kendi içinde bir mantığı bulunmaktadır. Senedi elinden rızası dışında çıkmış bir kişinin hakkını arama çabasını destekleyen kanun koyucu bir tarafta ödeme yasağı kararı ile iptal ya da iade sürecinin daha çok karışmasını engellemekteyken diğer yanda borçluya/muhataba tevdi yeri göstererek gerçek hamilin alacağını güvende tutmaktadır. Alacağını belirli bir yerde korunduğunu bilen hamilin icra takibi ya da ihtiyati haciz yapmasına bu durumda gerek kalmayacaktır. Bu durumda mağdur olan kimse yoktur zira senedin gerçek hamilinin kim olduğu konusunda artık bir şüphe vardır ve yargı bu şüpheyi açıklığa kavuşturana kadar bu kişiler sürece katlanmak zorundadır. Aksinin kabulü hem adaletin tesisini engelleyecek hem de yargıya fazladan iş yükü çıkaracaktır.

Kanaatimizce Yargıtay'ın ödeme yasağı kararına karşın şekli hamile ihtiyati haciz ve icra takibi yollarını açık tutmasının arkasında 6762 sayılı eski kanun döneminde TTK m. 711/3'de düzenlenen keşidecinin ödemedenden men talimatı kurumu hakkında sahip olduğu görüş yatmaktadır. Gerçekten de 6762 sayılı TTK m. 711/3'te düzenlenen ödemedenden men talimatı bir mahkeme kararına dayanmadığından bu karara rağmen çek hamilinin takip yapması ve dava açması mümkün-

dü. Zira düzenleyenin ödemedeki men talimatı esasen düzenleyenin çeki imzalamakla muhatap bankaya verdiği çek ibraz edildiğinde bedelinin muhatap bankadaki hesabından ödenmesi yönündeki yetkiyi geri almasıydı ve hukuki niteliği itibarıyla kendiliğinden hak almanın özel bir görünümüydü.<sup>47</sup> Bu özelliğinden dolayıdır ki, TTK m. 757'de ödeme yasağı mahkemeden talep edilirken; TTK m. 711/3'de ise keşideci bizzat hakkını kendisi alabiliyordu. Dolayısıyla ödemedeki men talimatı doğrudan düzenleyenin iradesinden kaynaklandığı için bu talimatın sonuçlarına düzenleyenin katlanması bu nedenle doğaldı. Bu nedenle çeki elinde bulunduran hamil, çek bedelinin ödemedeki men talimatı nedeniyle ödenmemesi üzerine, ödenmeyen çek bedeli için ihtiyati haciz kararı (İİK m. 257 vd.) olarak keşidecinin malvarlığına hemen el uzatabileceği gibi, kambiyo senetlerine mahsus takip yolu (İİK m. 167 vd.) ile keşideci hakkında takip de başlatabiliyordu. Bu durumda keşidecinin ihtiyati haciz kararına karşı yapacağı itiraz (İİK m. 265) ve İİK m. 167 vd. hükümlerine göre icra mahkemesi tarafından yapılacak incelemeler sınırlı olduğundan çoğu zaman takibin devamına engel olamıyor, çek hamiline karşı istirdat davası açmak durumunda kalıyordu. Oysa ödeme yasağı kararı bir mahkeme tarafından verilen geçici koruma tedbiridir. Düzenleyenin tek taraflı iradesiyle aldığı bir karar değildir. Dolayısıyla üçüncü kişiler bakımından bu karara uyulması bakımından iki kurum birbirinden farklıdır.<sup>48</sup>

Bu iki kurum arasındaki farklara bakılacak olursa TTK m. 757'ye göre ödeme yasağı kararı alan hamilin, bu kararın ayakta kalması için açtığı iptal davası prosedürüne uygun davranışlarda bulunması gerekirken, eTTK m. 711/3'e göre ödemedeki men talimatı veren keşidecinin, men kararının etkisini devam ettirmesi için her hangi bir davranış için girmesi gerekli değildir. Diğer taraftan çekin keşideci elinde iken zayi olması durumunda, keşidecinin ibraz süresi sonunda çekten cayması (eTTK m. 711/1, TTK m. 799/1) mümkün iken, hami-

<sup>47</sup> eTTK m. 711/3'e göre verilen ödemedeki men talimatının hukuki niteliği ilgili görüşler için bkz. Seven, Çek, s. 288-289. Alihan Aydın, "Hakkında Ödemedeki Men Kararı Verilen Çek İcra Takibine Konu Edilebilir Mi?", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.132, 2017 Ankara, s. 162.

<sup>48</sup> Aydın'a göre, ödeme yasağı kararı düzenleyenin çeki imzalamasında mündemik taahhüdünün kapsamının dışındadır ve bu yönüyle ödeme yasağı kararı ile ödemedeki men talimatı müesseselerini birbirinden hassasiyetle ayrı tutulmak gerekir (Aydın, s. 163).

lin böyle bir imkanı söz konusu değildir. Bu nedenle ödeme yasağı kararı için mahkeme kararına muhtaçtır. Ödemeden men talimatı düzenleyen iradesine bırakıldığından keyfi olarak kullanılabilen ve hatta suistimal edilebilir bir hak olarak düşünülmesi ve bu risk karşısında iyiniyetli üçüncü kişilerin icra takibi yapabilmesi bu nedenle taraflar arasındaki menfaat dengesini sağlamak açısından doğrudur. Ancak aynı bakış açısı yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı TTK m. 757'de düzenlenen ödeme yasağı açısından geçerli kabul edilemez.

## SONUÇ

Kambiyo senedinin iradesi dışında hak sahibinin elinden çıkması ya da kullanılamaz hale gelmesi halinde, senedin şekli hamil tarafından borçluya ibraz edilerek bedelin ödenmesini engellemek amacıyla hak sahibi, mahkemeye müracaat ederek senette yer alan hakkın senedi getirene ödenmemesi için ödeme yasağı kararı verilmesini isteyebilir. Ödeme yasağı kararının hukuki niteliği uygulama ve öğretideki çoğunluk görüşüne göre HMK m. 389 vd. maddelerinde düzenlenen ihtiyati tedbirdir.

İhtiyati tedbir açılmış ya da açılacak bir davanın sonucunun etkisiz hale gelmesini önlemeye yarayan geçici nitelikteki himayedir. Davacı taraf her ne kadar davasının hemen sonuçlanmasını istese de davanın esasına ilişkin karar verilmesi uzun bir zaman alabilir. Uzayan dava sürecinde, gecikme sebebiyle davacının zarar görmesi, hakkın elde edilmesinin zorlaşması ya da imkânsız hale gelmesi gibi mağduriyetlerin önüne geçmek maksadıyla kanun koyucu tarafından, davanın başında ya da davanın açılmasından önce davacı lehine hukuki himaye tesis eden birtakım tedbirlere hükmedilebileceği kabul edilmiştir. Dolayısıyla ödeme yasağı kararı verilmesinin ana amacı senette mündemiç olan hakkın gerçek sahibini bulmaktır denebilir. Zira ödeme yasağı kararı ile bir yandan senet bedeli korunurken bir taraftan da iptal ya da istirdat davası süreci sağlıklı bir şekilde işleyebilecektir. Ancak uygulamada ödeme yasağı kararı ile oluşan sorunlar kanaatimizce bu tedbirin etkinliğini azaltmakta hatta bazı durumlarda yok etmektedir.

Bu sorunlardan ilki ödeme yasağı kararı verilirken ispat ölçüsüne uyulmamasıdır. Ödeme yasağı kararının soyut iddialar üzerinden verilmemesi gerekir. Ödeme yasağı kararı için talepte bulunanın se-

nedin elinde iken ziyaa uğradığını inandırıcı bir şekilde gösteren delilleri mahkemeye sağlaması gerekir. Bu ispat faaliyeti kapsamında senedin bir suretini ibraz etmek veya senedin esas içeriği hakkında bilgi vermekle yükümlüdür. Buna ek olarak ödeme yasağı talebinin bir çekişmesiz yargı işi olması nedeniyle mahkeme gereken delilleri kendiliğinden araştırmalıdır. Toplanan delillerin takdirinde ise uyulması gereken ispat ölçüsü yaklaşık ispattır. Dolayısıyla mahkemenin ödeme yasağı kararı verirken soyut iddialar üzerinden karar vermesi ya da tam ispat ölçüsü kullanacak şekilde delilleri değerlendirmesi doğru değildir.

İkinci sorun ödeme yasağı kararında tevdi yeri tayinin yapılmamasıdır. Oysa TTK m.757/2 "*Mahkeme ödeme yasağı kararı verirken, muhataba senet bedelini tevdi etmesine izin vererek, tevdi yerini tayin eder*" diyerek emredici bir düzenleme yapmıştır. Bu düzenlemenin amacı yapılacak yargılama sürecinde senet bedelinin güvenli bir yerde bekletilmesidir. Bu şekilde bir yandan muhataba ya da borçluya senet bedelini ödemesi yasaklanırken bir yandan da bu bedeli nerede saklayacağı da ayrıca gösterilmektedir. Tevdi yeri tayini bu nedenle ödeme yasağı kararıyla bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Her iki uygulama da niteliği itibarıyla koruma amacı taşımaktadır. Böylelikle mahkeme bir yandan meşru hamilin haklarını korurken bir yandan da borçlunun/muhatabın doğru kişiye ödeme yapmasını sağlayarak onun ikinci kez borcu ödeme riskini önlemektedir. Bu nedenle kanattimizce mahkemenin ödeme yasağı kararında re'sen tevdi yeri tayin etmesi gerekir. Oysa uygulamada mahkemelerin çoğunluğu ödeme yasağının tamamlayıcı niteliğinde bulunan bu düzenleyici tedbir hakkında herhangi bir karar vermemektedir. Muhatabın senet bedelini tevdi etmesine karar verilmeden, hükmedilen ödeme yasağı bu geçici hukuki korumanın menfaatler dengesine aykırı hale gelmesine sebep olmaktadır.

Son olarak ödeme yasağı kararı mevcutken senet hakkında ihtiyati haciz kararı verilmesi ve senedin icra takibine konu edilmesi hukuka aykırıdır. Ödeme yasağı kararıyla ödeme yapması yasaklanan borçlunun ihtiyati haciz kararı ya da icra takibi sonucunda ödemeye zorlanmasının kanaatimizce hukuki bir açıklaması yoktur. Yargıtay "*iyi-niyetli üçüncü kişinin mağdur olmasını önlemek*" şeklindeki bir gerekçe göstererek asıl korunması ve mağdur edilmemesi gereken gerçek alacaklıyı bu şekilde yok saymaktadır. Oysa ödeme yasağı ve devamın-

da görölecek olan iptal/istirdat davalarının amacı gerçek hak sahibini tespit etmektir. Senet bedeli güvenli bir yere tevdi edildikten sonra mahkeme yargılamayı bitirene kadar kimse senet bedeline dokunamayacaktır. Dolayısıyla gerçek hak sahibi eğer üçüncü kişiyse alacağına yine kavuşacaktır. Ödeme yasağı kararının tevdi yeri tayiniyle birlikte uygulanması bu nedenle mağduriyeti önleme konusunda çok önemlidir. Ayrıca ödeme yasağı kararı senedin teşhis fonksiyonunu kaldırır. Bu durumda gerçek hamilin kim olduğu konusu artık şüpheli hale gelmiş demektir. Bu nedenle herkes yargılamanın bitmesini beklemek ve sonuca göre hareket etmek zorundadır. Aksinin kabulü bir çok gereksiz davanın açılması ve yargıya fazladan iş yükü anlamına gelir. TTK m. 757'nin kendi içinde bir uygulama mantığı vardır ve eğer doğru uygulanırsa asıl bu şekilde mağduriyetlerin önüne geçilebilir.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Alangoya Yavuz, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler İstanbul 1979.
- Alangoya H.Yavuz/Yıldırım, M. Kamil/ Deren-Yıldırım, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, 4. Bası, İstanbul 2004.
- Albayrak Hakan, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat, Yetkin Yayınevi, Ankara 2013.
- Başözen Ahmet, İlk Görünüş İspatı, Adalet Yayınları, Ankara 2010.
- Bärmann Johanne, Freiwillige Gerichtsbarkeit, Berlin-Heidelberg-New York 1968.
- Berkin M. Necmeddin, Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, Filiz Kitabevi, İstanbul 1981.
- Deren-Yıldırım Nevhis, Haksız Rekabet ve Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda İhtiyati Tedbirler, Alkım Yayınları, İstanbul 1999.
- Domaniç Hayri, Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi-IV, Eskin Matbaası, İstanbul 1990.
- Ertekin Erol/Karataş İzzet, Uygulamada Ticari Senetler, Turhan Kitabevi, Ankara 1998.
- Furter Robert, (in) Basler Kommentar, Wertpapierrecht, Art. 965-1186 OR, Bucheffektengesetz, Haager Wertpapier-Übereinkommen, Art. 108a-108d IPRG, Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basel 2012.
- Gültekin Özkan, Kıymetli Evrakın Ziyai ve İptali, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Höhn Jakob, (in) Basler Kommentar, Wertpapierrecht, Art. 965-1186 OR, Bucheffektengesetz, Haager Wertpapier-Übereinkommen, Art. 108a-108d IPRG, Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basel 2012.

- Karayalçın Yaşar, Ticaret Hukuku III, Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri), 4. Baskı, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara 1970.
- Kendigelen Abuzer/ Kırca İsmail, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2019.
- Klüsener Bernd, Freiwillige Gerichtsbarkeit, Köln 1987.
- Kuru Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, 15. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- Kuru Baki, Nizasız Kaza, Ankara 1961, (Nizasız Kaza).
- Özekes Muhammet, İcra İflas Hukukunda İhtiyatî Haciz, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1999.
- Öztan Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 1997.
- Öztürk (Dirikkan) Hanife, Kıymetli Evrakın Ziyai ve İptali, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1990.
- Pekcanıtez Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet, Medenî Usûl Hukuku, 8. Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2020.
- Poroy Reha /Tekinalp Ünal, Kıymetli Evrak Hukuku, 23. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2019.
- Postacıoğlu İlhan E., Medenî Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 1975.
- Pulaşlı Hasan, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 7. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Reiter Matthew T., (in) OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, Orell Füssli Kommentar, Auflage 3, Orell Füssli Verlag AG, 2016.
- Tekil Fahiman, Kıymetli Evrak Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 1980.
- Üstündağ Saim, İhtiyatî Tedbirler (Geçici Hukukî Himaye -Koruma- Önlemleri), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1981.

### Makaleler

- Akil Cenk, "Vesayete İlişkin Olanlar Dışında Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Çekişmesiz Yargı İşleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 62 (4), Ankara 2013, s. 923-969.
- Aydın Alihan, "Hakkında Ödemeden Men Kararı Verilen Çek İcra Takibine Konu Edilebilir Mi?", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.132, 2017 Ankara, s. 148-163.
- Budak Ali Cem, "Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı", *Medenî Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-IV*, Ankara 2005, s. 128-187
- Seven Vural, "Kıymetli Evrakın Halinde Uygulanabilecek Önleyici Tedbirler", *İzmir Barosu Dergisi*, S. 4, İzmir 1996, s. 8-22, (Tedbir).
- Seven Vural "Çek Keşidecisinin TTK m. 711/3'e Göre Verdigi Ödemeden Men Talimatının Hukuki Niteliği Ve Ceza Kovuşturmasına Etkisi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 70, Ankara 2007, s. 284-301, (Çek).
- Şener Oruç Hami, "Ticari Defterlerin Ve Belgelerin Saklanması, Ziyai, Zayi Belgesi, Böyle Bir Belgenin Alınması Ve Alınmamasının Hüküm Ve Sonuçları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S.1, İzmir 2004, s. 233-294.



### **Mahkeme Kararları**

[www.sinerjimevzuat.com.tr](http://www.sinerjimevzuat.com.tr)

- Yargıtay HGK 2013/11-1884E., 2015/1059K., 18.03.2015  
Yargıtay 11. HD 2013/14159E., 2014/2328K., 11.02.2014  
Yargıtay 11. HD, 2013/14718E., 2014/2907K., 19.02.2014  
Yargıtay 11. HD, 2014/18906E., 2015/4369K., 30.03.2015  
Yargıtay 11. HD, 2016/18906E., 2017/4369K., 30.03.2017  
Yargıtay 11. HD, 2016/18906E., 2017/4369K., 30.03.2017  
Yargıtay 11. HD, 2014/1130E., 2014/8954K., 12.05.2014  
Yargıtay 11. HD 2000/7371E., 2000/8995K., 16.11.2000  
Yargıtay 11. HD 2016 / 8590E., 2016 / 7768K., 04.10.2016  
Yargıtay 11. HD 2016/8376E., 2016 / 7358K., 19.09.2016  
Yargıtay 12. HD, 2012/2464E., 2012/ 21280K., 19.06.2012  
Yargıtay 12. HD 2013/30921E., 2013/37175K., 25.11.2013  
Yargıtay 12. HD, 2014/20532E., 2014/27504K., 17.11.2014  
İstanbul BAM 13. HD 2018/34E., 2018/67K., 24.01.2018  
İstanbul BAM 14. HD 2018/1870E., 2018 / 1328K., 15.11.2018  
İstanbul BAM 13. HD 2019/1006E., 2019/985K., 10.07.2019

# 6769 SAYILI SİNAİ MÜLKİYET KANUNU KAPSAMINDA “MAL VEYA HİZMETLERİN AYNILIĞI YA DA BENZERLİĞİ” UNDER THE INDUSTRIAL PROPERTY LAW NO. 6769 “IDENTITY OR SIMILARITY OF GOODS OR SERVICES”

Dilara Naz GÜLÜM\*

**Özet:** Marka hukukundan doğan uyuşmazlıkların büyük çoğunluğunu marka hakkına tecavüz ve hükümsüzlük davaları oluşturmaktadır. Her iki dava kapsamında da uyuşmazlığa konu markaların aynı ya da benzer olup olmadığı, markanın kapsamındaki mal veya hizmetlerin aynılığı ya da benzerliği ve karıştırılma ihtimalinin varlığı irdelenmektedir. Karşılaştırmaya konu markaların kapsadığı mal ya da hizmetlerin benzerliğinin değerlendirilmesi noktasında, marka hukukuna ilişkin hukuki düzenlemelerde doğrudan kabul edilen ölçütler söz konusu değildir. Bu nedenle, bu çalışma kapsamında ilgili değerlendirmenin hangi ölçütlerle gerçekleştirilebileceğine Yargıtay ve Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları, doktrinin görüşleri ve uygulamada ortaya konulan ilkeler doğrultusunda açıklama getirilmeye çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Fikri Mülkiyet, Sınai Mülkiyet, Marka Hukuku, Benzer Ürün, Karıştırılma İhtimali

**Abstract:** A great majority of disputes arising from trademark law consists of infringement and invalidity cases of trademark rights. In both cases, it is examined whether the trademarks in dispute are the identical or similar, the identity or similarity of the goods or services within the scope of the trademark and the likelihood of confusion. In terms of evaluating the similarity of the goods or services covered by the trademarks subject to comparison, there are no directly accepted criteria in the legal regulations regarding trademark law. For this reason, within the scope of this study, it has been tried to be explained that through what criteria the relevant evaluation can be made, in line with the decisions of the Court of Cassation and the Court of Justice of the European Union, the views of the doctrine and the principles was set forth in practice.

**Keywords:** Intellectual Property, Industrial Property, Trademark Law, Similar Product, Likelihood of Confusion

\* Avukat, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi dilaranazgul@gmail.com, ORCID: 0000-0002-4804-5318, Makale gönderim tarihi: 17.10.2021, Kabul Tarihi: 17.10.2021

## GİRİŞ

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nda<sup>1</sup> -556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’de<sup>2</sup> olduğu gibi<sup>3</sup> marka başvurusunda bulunmuş ya da markasını tescil ettirmiş önceki tarihli hak sahiplerinin haklarını korumak adına düzenlemelere yer verilmiştir. Bu kapsamda hem başvuru konusu markanın aynı/ayırt edilemeyecek kadar benzerinin aynı/aynı tür mal/hizmette tescilinin talep edilmesi durumunda Türk Patent ve Marka Kurumu<sup>4</sup> tarafından resen başvurunun reddi söz konusu olmakta<sup>5</sup>, hem de aynı/benzer markanın aynı/benzer mal/hizmette tescilinin talep edilmesi durumunda önceki başvuru/marka sahibine itiraz imkânı tanınmaktadır.<sup>6</sup>

SMK m. 6/1’de düzenlenen nispi ret nedeninin SMK m. 25/1 hükmünde de hükümsüzlük nedeni olarak ifade edilmesi nedeniyle “aynı/benzer marka”, “aynı/benzer mal/hizmet” ve “karıştırılma ihtimali” kavramları uygulamayı da şekillendirmeleri bakımından tartışılması gerekli kavramlardır.<sup>7</sup> Çalışmamızın konusunu oluşturan “malların/hizmetlerin aynılığı/benzerliği” ise doktrin ve yargı kararlarında sıkça yorumlanmış ve fakat yasal düzenlemeler kapsamında marka hukuku bağlamında kavramın içinin nasıl doldurulacağı net olarak ortaya konulmamıştır.

Çalışmamız kapsamında öncelikle mal/hizmet aynılığı/benzerliğinin hukukumuzdaki yeri, önemi ve karıştırılma ihtimaliyle bağlantısı üzerinde durulacaktır. Devamında, aynılığın/benzerliğin tespitinde derecelendirme yöntemi ve sınıf sisteminin bu tespitteki rolü açıklanmaya çalışılacaktır. Son olarak, mal/hizmet benzerliğinin tespiti noktasında sınai mülkiyet tescil ofisleri tarafından kullanılan ek yöntemler ile yargı kararları ve doktrin tarafından ortaya konulan ölçütlere yer verilecektir.

<sup>1</sup> RG, T. 10.01.2017, S. 29944. Çalışmanın devamında “SMK” olarak anılacaktır.

<sup>2</sup> RG, T. 27.06.1995, S. 22326. Çalışmanın devamında “556 sayılı KHK” olarak anılacaktır.

<sup>3</sup> 556 sayılı KHK, m. 8/1-a, m. 8/1-b, m. 42/1-b.

<sup>4</sup> Çalışmanın devamında “TÜRKPATENT” olarak anılacaktır.

<sup>5</sup> SMK m. 5/1-ç.

<sup>6</sup> SMK m. 6/1.

<sup>7</sup> İlgili kavramlar, 556 sayılı KHK döneminde hem doktrin hem yargı kararlarında değerlendirilmiştir, ancak konu önemini sürdürmektedir.

## I. MAL/HİZMET AYNILIĞI/BENZERLİĞİNİN HUKUKUMUZDAKİ YERİ

6769 sayılı SMK m. 4'te de belirtildiği üzere, marka bir teşebbüsün malları veya hizmetlerinin diğer teşebbüsünkinden ayırt edilmesini sağlar. Bu husus markanın köken ayırt etme işlevi ile yakından ilişkilidir. Markanın köken ayırt etme işlevi, markanın hukuken korunan temel işlevi olup bu işlev sayesinde ürünün hitap ettiği çevre, teşebbüsü tanımaya dahi ilgili teşebbüse güvenmekte, ürünü o teşebbüs ile bağdaştırmaktadır. Bu nedenle markaya, ilgili çevrenin, ürünü sunan teşebbüsün kökeninde yanılmasını engelleme görevi tanınmıştır.<sup>8</sup> *Copad/Dior* davasında tesis ettiği kararda Avrupa Birliği Adalet Divanı, "...hatırlatmak gerekir ki yerleşik içtihatlarla göre, markanın esas işlevi, hiçbir karışıklığa mahal vermeksizin, tüketici ya da nihai kullanıcıya sağlanan markayı taşıyan mal ya da hizmetin kaynağını güvence altına almak, mal ve hizmetleri farklı kaynaklı olanlardan ayırmaktır." şeklinde belirtmek suretiyle bu hususu vurgulamıştır.<sup>9</sup>

Çalışmamızın konusu oluşturan SMK m. 6/1 kapsamında mal/hizmet benzerliği meselesi de ürünün hitap ettiği çevre tarafından markaların karıştırılma ihtimaliyle yakından ilişkilidir. Bu kapsamda, daha önce başkası adına tescil başvurusunda bulunmuş ya da tescil edilmiş mal/hizmet ile aynı/benzer mal/hizmet için bir başkası adına markanın tescili engellendiğinde, köken ayırt etme işlevinin yerine getirilmesine de hizmet edilmektedir.

### A. Mal/Hizmetin Aynılığı ya da Benzerliğine İlişkin Tespitin Önemi

Marka mevzuatında, başkası adına daha önce tescil başvurusunda bulunmuş ya da tescil edilmiş marka ile aynı/benzer işaret ile aynı/benzer mal/hizmet için başvuruda bulunulması durumuna önem atfedilmiştir. Hem SMK m. 5/1-ç'de düzenlenen mutlak ret nedeni hem de SMK m. 6/1'de düzenlenen nispi ret nedeni kapsamında ilgili husus düzenleme alanı bulmuştur.

<sup>8</sup> Sevilay Uzunallı, "Marka Hukukunda Malların ve/veya Hizmetlerin Benzerliğinin Tespiti Sorunu", Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, İstanbul, 2017, s. 680.

<sup>9</sup> Court of Justice of the European Union (CJEU), T. 29.09.1998, C-39/97, Canon Kabushiki Kaisha v. Metro-Goldwyn Mayer Inc., para. 28 (curia.europa.eu, Son erişim tarihi: 06.06.2021).

SMK m. 5/1-ç uyarınca, "Aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili olarak tescil edilmiş ya da daha önceki tarihte tescil başvurusu yapılmış marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretler" in TÜRK-PATENT tarafından resen reddedilmesi söz konusu olacaktır. Kanun koyucu, önceki tarihli marka sahibiyle aynı/ayırt edilemeyecek kadar benzer işareti içeren ve aynı/aynı tür malı/hizmeti kapsayan başvuruların reddedilmesini düzenlemiştir. Bu durumda, TÜRK-PATENT'e marka başvurusu geldiğinde, mutlak ret nedenlerine ilişkin incelemeyi gerçekleştiren uzman tarafından malların/hizmetlerin aynı ya da aynı tür olup olmadığının tespiti gerekecektir.

Marka başvurusunun yayımlanması üzerine hangi nedenlerle yayına itiraz edilebileceğini düzenleyen SMK m. 6 hükmünün birinci fıkrası ise;

*"Tescil başvurusu yapılan bir markanın, tescil edilmiş veya önceki tarihte başvurusu yapılmış marka ile aynılığı ya da benzerliği ve kapsadığı mal veya hizmetlerin aynılığı ya da benzerliği nedeniyle, tescil edilmiş veya önceki tarihte başvurusu yapılmış marka ile halk tarafından ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali varsa itiraz üzerine başvuru reddedilir."* hükmünü haizdir. İlgili hüküm uyarınca, ancak itiraz üzerine malların/hizmetlerin aynı ya da benzer olduğunun tespiti durumunda -diğer koşullar da var ise- marka başvurusunun reddi söz konusu olacaktır.

Mal/hizmet benzerliğinin tespiti, marka hukukunun temel iki uğraşısı olan hükümsüzlük ve tecavüz davaları<sup>10</sup> bakımından da önemlidir. Zira SMK m. 25/1'de düzenlenen markanın hükümsüz kılınabileceği hallerde, SMK m. 5 veya 6'daki nedenlerin varlığı aranmaktadır. Bu nedenle, TÜRK-PATENT tarafından ilgili ret nedeninin varlığına rağmen marka tescil edilmiş ise dava yolu ile hükümsüzlük ileri sürülebilecek ve dava kapsamında malların/hizmetlerin aynılığı/benzerliğinin tespiti gerekecektir. Aynı şekilde, tescilli marka ile karıştırılma ihtimaline yol açan tescilsiz marka kullanılması SMK m. 29/1-a uyarınca (SMK m. 7 atfı nedeniyle) marka hakkına tecavüz teşkil edeceğinden SMK m. 149/1'de düzenlenen tecavüzün tespiti, muhtemel tecavüzün önlenmesi, tecavüz fiillerinin durdurulması, tecavüzün kaldırılması ve tazminat davaları açılacaktır.<sup>11</sup> Bu durumda da mal/

<sup>10</sup> Ali Paşlı, Marka Hukukunda Ürün Benzerliği, İstanbul 2018, s. 2.

<sup>11</sup> Uzunallı, s. 676.

hizmet benzerliğinin tespitinin gerekeceği şüphesizdir. Ancak ilgili tespitin yapılması, özellikle malın/hizmetin “benzerliği” noktasında oldukça güçtür<sup>12</sup>. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde bu zorluğun nasıl aşılabileceğine ilişkin doktrin ve uygulama tarafından geliştirilen çözümler açıklanacaktır.

## B. Mal/Hizmet Benzerliği - Karıştırılma İhtimali İlişkisi

Mal ve hizmetlerin benzer olup olmadığının tespitinin karıştırılma ihtimali karşısındaki konumu, mal ve hizmet benzerliğinin hangi noktada karıştırılmaya yol açacağı hususunun tayininde önem arz etmektedir. Mal/hizmet benzerliğinin karıştırılma ihtimalinin varlığı noktasında bir ön koşul olduğu kabul görmektedir.<sup>13</sup> SMK m. 6/1’in açık hükmünden de bu sonuç çıkmaktadır. Kaldı ki SMK’da daha önce tescil edilmiş ya da tescil başvurusunda bulunulmuş markanın kapsamındaki maldan/hizmetten farklı mal/hizmet için tescil edilmek istenen markanın tescili -tanınmış marka istisnası haricinde- engellenmemiştir. Bu nedenle, SMK m. 6/1 hükmü uyarınca karıştırılma tehlikesinin varlığı yönünde yapılan değerlendirmede öncelikle malın/hizmetin benzer olduğunun tespiti gerekmektedir. Ancak mal/hizmet benzerliğinin bulunması da her durumda karıştırılma ihtimalinin var olduğu anlamına gelmeyecektir.<sup>14</sup>

Mal ve hizmet benzerliğinin karıştırılma ihtimali incelemesinde ne şekilde ele alınacağı hususunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, karıştırılma ihtimali iki aşamada incelenmelidir.<sup>15</sup> Bu kapsamda, öncelikle malın/hizmetin benzerliğinin tespitinde bulunulmalı ve ardından işaretlerin benzerliğiyle ayırt etme gücü ölçütlerine bakılmalıdır. Zira mal/hizmet benzerliği söz konusu değilse karıştırılma ihtimali de ortadan kalkacaktır.<sup>16</sup> Karşıt görüşte olan yazarlarca, karıştırılma ihtimalinin tek aşamada, bütün unsurlar göz önünde

<sup>12</sup> Paslı, s. 2; Uzunallı, s. 678.

<sup>13</sup> Paslı, s. 6; Uzunallı, s. 678; TÜRK PATENT 2021 tarihli Marka İnceleme Kılavuzu, s. 383

(<https://www.turkpatent.gov.tr/turkpatent/resources/temp/cff1ae84-9563-42d6-bc18-1ef3597d01cc.pdf>, Son erişim tarihi: 17.10.2021). Çalışmanın devamında “2021 tarihli Kılavuz” olarak anılacaktır.

<sup>14</sup> Paslı, s. 6.

<sup>15</sup> Uğur Çolak, Türk Marka Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2018, s. 200; Uzunallı, s. 677.

<sup>16</sup> Uzunallı, s. 677.

bulundurularak topluca değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>17</sup> Bu görüşte olan Paslı'ya göre markaların işaretel yakınlığı ve ayırt edicilik gücü dikkate alınarak karıştırılma ihtimalinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu kapsamda, (Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından *Sabel-Puma* kararında<sup>18</sup> da dolaylı olarak belirtildiği üzere) markanın işaretel anlamda ayırt edicilik gücü ne kadar yüksek ise markanın koruma kapsamındaki mal ve hizmetlerin benzerlerinin tespitinde o kadar geniş bir alanda değerlendirme yapılmalıdır.<sup>19</sup> Aynı şekilde yazar, markayı oluşturan işaretler arası benzerliğin derecesi arttıkça ürünlerin de benzerlik ihtimallerinin artacağını belirtmektedir.<sup>20</sup> Arkan'a göre ise karıştırılma ihtimalinin varlığının tespitinde farklı mallar/hizmetler söz konusu olduğunda, karıştırılma tehlikesi azalmakta ve çok büyük bir ayırt edicilik aramaya gerek kalmamaktadır.<sup>21</sup>

TÜRKPATENT'in yayımlanmış olduğu 2021 tarihli Marka İnceleme Kılavuzu'nda mal/hizmet benzerliği incelemesinin, markaların benzerlik derecesinden ve önceki markanın ayırt edicilik gücünden bağımsız bir inceleme olacağı belirtilmiştir.<sup>22</sup>

Kanımızca, işaretlerin benzerliğiyle mal/hizmet benzerliği unsurlarının her ikisi de karıştırılma ihtimalinin mevcudiyeti bakımından gerekli olmakla birlikte<sup>23</sup>, öncelikle malın/hizmetin benzer olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira belirtildiği üzere, hukukumuzda tanınmış marka istisnası haricinde farklı mal/hizmetler için daha önce tescil edilmiş markanın tescili mümkündür. Bu nedenle, malın/hizmetin benzerliğiyle işaretin benzerliğinin bağımsız olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşüne katılmaktayız. Malın/hizmetin benzer bulunması halinde, işaretin benzerliği ve ayırt edicilik gücünün yüksek olmasının ise karıştırılma ihtimalini artıracığı kanaatindeyiz.

<sup>17</sup> Hanife Dirikkan, *Tanınmış Markanın Korunması*, Ankara 2003, s. 191; Canan Küçükali, *Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi*, Ankara 2009, s. 107.

<sup>18</sup> CJEU, T. 11.11.1997, C-251/95, *Sabel v. Puma, Rudolf Dassler Sport* (ipcuria.eu, Son erişim tarihi: 06.06.2021).

<sup>19</sup> Paslı, s. 61.

<sup>20</sup> Paslı, s. 60.

<sup>21</sup> Sabih Arkan, *Marka Hukuku*, C. 1, Ankara 1997, s. 98. Aynı yönde bkz. Dilek İmirlioğlu, *Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi*, 2. Baskı, Ankara 2018, s. 164.

<sup>22</sup> 2021 tarihli Kılavuz, s. 384.

<sup>23</sup> Yargıtay 11. HD, T. 22.01.2015, E. 2014/15360, K. 2015/865 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Son erişim tarihi: 06.06.2021).

## II. AYNILIĞIN/BENZERLİĞİN DERECELENDİRİLMESİ VE SINIF SİSTEMİ

### A. Mal/Hizmet Benzerliğinin Tespitinde Nice Sınıflandırmasının Rolü

SMK m. 11/3 uyarınca, tescil başvurularına konu mal veya hizmetler, ülkemizin de taraf olduğu Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nice Anlaşması'na<sup>24</sup> göre sınıflandırılmaktadır. Nice sınıflandırması markaların tescili, incelenmesi, yayını ve ilgili diğer aşamalarda malların ve hizmetlerin tasnif edilmemesi nedeniyle ortaya çıkan sorunları önlemek ve uluslararası ölçekte standart bir sınıflandırma sistemi uygulamak amacıyla hazırlanmıştır.<sup>25</sup>

Nice sınıflandırması 34 mal ve 11 hizmet sınıfından oluşmaktadır. Her sınıf birbirine benzer malları veya hizmetleri aynı grup altında toplama amacıyla düzenlenmiştir.<sup>26</sup> TÜRK PATENT tarafından Nice Anlaşması'na uygun olarak Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ<sup>27</sup> yayımlanmıştır. Tebliğ ile belirlenen listede bazı gruplar genel başlıklar halinde düzenlenmiş olup bunlara ilişkin genel başlığın tanımlama kapsamına giren ve ilgili Nice sınıfında bulunan malların/hizmetlerin tamamını kapsadığı kabul edilmektedir (Sınıflandırma Tebliği m. 3/2). Söz konusu Tebliğ ile belirlenen listede tüm malların/hizmetlerin yer alması mümkün olmadığından Sınıflandırma Tebliği m. 3/3 hükmünde;

*“Herhangi bir genel başlık kapsamına girmeyen ve listede belirtilmemiş mallara veya hizmetlere marka tescil başvurusunda yer verilmesi durumunda; söz konusu malların veya hizmetlerin, listede yer alan, aynı Nis sınıfında*

<sup>24</sup> “Nice Agreement Concerning the International Classification of Goods and Services for the Purposes of the Registration of Marks” (<https://wipolex.wipo.int/en/text/287437>, Son erişim tarihi: 06.06.2021). Çalışmanın devamında “Nice Anlaşması” olarak anılacaktır. Anlaşma kapsamında kabul edilen sınıflandırma sistemi ise “Nice sınıflandırması” olarak anılacaktır.

<sup>25</sup> Önder Erol Ünsal, “Markaların Tescili Konusunda Uluslararası Nis ve Viyana Sınıflandırmaları: Amaç, İşleyiş ve Uygulamaya İlişkin Değerlendirmeler”, Türk Patent Enstitüsü Uzmanlık Tezi, Ankara 2001, s. 5.

<sup>26</sup> Ünsal, s. 19.

<sup>27</sup> RG, T. 30.12.2016, S. 29934. Çalışmanın devamında “Sınıflandırma Tebliği” olarak anılacaktır.



*bulunan ve benzer nitelik, fonksiyon veya amaca sahip olan mallarla veya hizmetlerle aynı kapsamda değerlendirileceği” belirtilmiştir.*

Nice Anlaşması'nın taraf ülke ofislerine getirdiği tek yükümlülük bu ofislerce markalara ilişkin düzenlenecek belgelerde ve yapılacak yayınlarda söz konusu markanın kapsadığı Nice sınıfına da yer verilmesidir.<sup>28</sup> Söz konusu Anlaşma'nın 2. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, sınıflandırma tescil edilen herhangi bir marka için temin edilen koruma sınırlarının değerlendirilmesi konusunda bağlayıcılık arz etmemektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında, her devletin Nice Anlaşması'yla düzenlenen sınıflandırma sistemini esas sistem ya da yardımcı sistem olarak kullanma hakkı olduğu belirtilmektedir.

Bu noktada, Nice sınıflandırmasının mal/hizmet benzerliği konusundaki bağlayıcılığını değerlendirmekte fayda bulunmaktadır. Bu kapsamda, iki soru akla gelmektedir. İlki, TÜRKPATENT'e bir markanın tescili amacıyla başvurulduğunda ve markanın yayımlanması üzerine itiraz geldiğinde gerçekleştirilecek benzerlik değerlendirmesinde sınıf sisteminin rolü ne olacaktır? Diğeri ise, mahkemelerin önlerine gelen davalar kapsamında yapacağı mal/hizmet benzerliği değerlendirmesinde sınıf sisteminin rolü nedir?

SMK m. 11/4, “*Mal veya hizmetlerin aynı sınıflarda yer almaları benzer olduklarına, farklı sınıflarda yer almaları da benzer olmadıklarına karine teşkil etmez.*” hükmünü haizdir. 556 sayılı KHK'nın 24. maddesinde de mal ve hizmetlerin sınıflandırılmasının markaların tescili amacıyla olduğu düzenlenmekteydi. Bu kapsamda doktrinde, sınıflandırma sistemine tescil işlevini aşan bir güç tanınmasının doğru olmayacağı ifade edilmektedir.<sup>29</sup>

Yargıtay 2007 yılında tesis ettiği CASA kararında Nice sınıflandırmasının bağlayıcı olmadığını ifade etmiştir.<sup>30</sup> Bu açıklamalar ve kararlar ışığında, mahkeme tarafından somut olay kapsamında yapılacak mal/hizmet benzerliği değerlendirmesinde, Nice sınıflarının farklı

<sup>28</sup> Ünsal, s. 5.

<sup>29</sup> Çolak, s. 212; Paşlı, s. 31; Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2012, s. 442; Uzunalli, s. 682, 683.

<sup>30</sup> Yargıtay 11. HD, T. 05.02.2007, E. 2005/13645, K. 2007/1319. Aynı yönde bkz. Yargıtay 11. HD, T. 27.04.2015, E. 2015/865, K. 2015/5841 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Son erişim tarihi: 06.06.2021).

olması durumunda benzer bir malın/hizmetin söz konusu olmadığı yorumunun yapılması zorunluluğu bulunmadığı söylenebilecektir. Özetle, TÜRKPATENT tarafından çıkarılan Sınıflandırma Tebliği, mahkeme tarafından dikkate alınabilecek olsa da bağlayıcılığı bulunmamaktadır.<sup>31</sup>

İlk sorunun yanıtlanması ise öncelikle pozitif hukuktaki düzenlemeler kapsamında mal/hizmet benzerliğine ilişkin derecelendirmenin açıklanmasını ve Nice sınıflandırmasıyla bağlantısının kurulmasını gerektirmektedir.

## B. Mal/Hizmet Benzerliğinin Derecelendirilmesi

SMK' da tescilli marka sadece kapsadığı mallarda/hizmetlerde korunmamış, aynı zamanda benzer mal/hizmetlerde de korunmuştur. Markayı oluşturan işaretin aynısı ya da benzerinin, benzer mal/hizmette dahi kullanılması hem tescil engeli hem hükümsüzlük gerekçesi hem de tecavüze yol açan bir durumdur.<sup>32</sup> Bu kapsamda, SMK'nın ilgili maddelerinde düzenlenen aynı/aynı tür/benzer mal/hizmet şeklindeki nitelendirmelere açıklama getirilmesinde fayda bulunmaktadır.

### 1. Aynı Mal/Hizmet Kavramı

SMK m. 5/1-ç gereğince, daha önce tescil edilmiş/tescili için başvuruda bulunmuş marka ile aynı/ayırt edilemeyecek kadar benzer işareti içeren markanın aynı/aynı tür malda/hizmette tescilinin resen reddi gerekmektedir. SMK m. 6/1 kapsamında ise önceki tarihli markayla aynı/benzer markanın aynı/benzer malda/hizmette tescili talebi, karıştırılma ihtimali de varsa itiraz üzerine reddedilecektir. Bu hükümler uyarınca, aynı markanın aynı malda/hizmette tescili durumu hem bir mutlak hem de nispi ret nedeni olarak öngörülmüştür.<sup>33</sup>

Malın/hizmetin aynı olması halinde bir tereddüt olmayıp tescil belgesinde yer alan mal veya hizmetlerin aynı olmaları anlamına ge-

<sup>31</sup> Çolak, s. 211.

<sup>32</sup> Paslı, s. 23.

<sup>33</sup> 556 sayılı KHK döneminde de ilgili ret nedeni hem mutlak ret nedenlerine ilişkin 7. maddede hem de nispi ret nedenlerine ilişkin 8. maddenin birinci fıkrası (a) bendinde düzenlenmişti. İlgili nedenin hem mutlak hem nispi ret nedeni olarak öngörülmesinin isabetli olmadığı yönünde bkz. Arkan, s. 75.

lecektir. Buna karşın, “aynı türden” mal veya hizmetin ne olduğunun tespiti kolay olmayıp ne 556 sayılı KHK’da ne de 6769 sayılı SMK’da tanımlanmıştır.<sup>34</sup> Sınıflandırma Tebliği m. 3/4 düzenlemesinde, aynı tür mal veya hizmetin tespitinde Tebliğ ekindeki listede yer alan grupların esas alınacağı ve fakat TÜRKPATENT’in tescil başvurusu ya da başvuruya itiraz aşamalarında bu grupları, aynı tür malın/hizmetin tespitinde daha dar veya farklı mal veya hizmet gruplarını da kapsayacak biçimde daha geniş değerlendirebileceği ifade edilmiştir.

İşaret anlamında çok küçük farklılıkların ayniyeti ortadan kaldırmayacağı belirtilse de mal veya hizmet bakımından böyle bir durum söz konusu değildir.<sup>35</sup> Burada ancak mal veya hizmetin aynı yazılmadığı hallerde sorun doğabilecektir.<sup>36</sup> Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik<sup>37</sup> m. 9/2 uyarınca, marka başvurusunda tescili talep edilen malların/hizmetlerin Nice sınıflandırmasına göre sınıflara ayrılmış olarak ve mal veya hizmetlerin sınıf numaraları belirtilerek sunulması gerektiği belirtilmekle birlikte, takip eden fıkrada, başvuru sahibi tarafından mal/hizmet listesinde genel tabir veya TÜRKPATENT tarafından açıklanması gereken ifadeler kullanılmışsa iki ay süre verileceği ifade edilmiştir. O halde, Nice sınıflandırmasına uygun olmak kaydıyla, marka başvurusunda bulunan kişi kendi ifadesiyle mal ve hizmetleri belirtebilecektir. Bu nedenle, aynı mal/hizmet, farklı şekillerde ifade edilebilecektir.<sup>38</sup> Ayrıca, 2021 tarihli Kılavuz uyarınca, aynı malın/hizmetin birden fazla isme sahip olması veya piyasada bilindiği/tanıdığı ismiyle teknik/bilimsel/literatüre geçen kullanımının farklı olması ya da yabancı dildeki isminin Türkçeye geçmiş olması hallerinde, mal/hizmet farklı şekilde ifade edilmiş olsa da aynı kabul edilecektir.<sup>39</sup>

Bazı durumlarda, ürünler aynı şekilde ifade edilse de kullanım amaçları doğrultusunda farklı sayılmaları gündeme gelebilecektir.<sup>40</sup>

<sup>34</sup> Savaş Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, İstanbul 2015, s. 383.

<sup>35</sup> Yasaman Hamdi/Altay Sıtkı Anlam/Ayoğlu Tolga/Yusufoğlu Fülürya/Yüksel Sinan, *Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi*, C. 1, İstanbul 2004, s. 228.

<sup>36</sup> Paslı, s. 50.

<sup>37</sup> RG, T. 24.04.2017, S. 30047.

<sup>38</sup> Paslı, s. 51.

<sup>39</sup> 2021 tarihli Kılavuz, s. 392.

<sup>40</sup> Paslı, s. 52.

Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi<sup>41</sup> tarafından yayımlanan Avrupa Birliği Markaları İnceleme Kılavuzu'nda örnek verildiği üzere, 9. sınıfta tescil edilmek istenen "lazer" sanayide kullanım amacına yönelikken; 10. sınıftaki "lazer" başvurusu tıbbi amaçlıdır.<sup>42</sup> Bu durumda ürünler kullanım amaçları nedeniyle farklı ürünler olarak kabul edilecektir.

AB Fikri Mülkiyet Ofisi İnceleme Kılavuzu C bölümü, 2. bölüm, 2. kısım, paragraf 2.3.2'de belirtildiği üzere, sonraki marka başvurusunun kapsadığı mallar/hizmetler için kullanılan genel ifade, önceki marka başvurusundaki mal/hizmet tanımlanırken yapılan özelleştirmeyi kapsadığı oranda bu iki ifade aynı olarak anlaşılmalıdır; zira Ofis tarafından, yapılan genellemenin resen kategorilere ayrılması mümkün değildir. Örneğin; mevcut marka deniz yatı emtiası ise başvuru konusu sonraki tarihli markanın deniz taşıtlarına ait olması halinde, sonraki marka başvurusu aynı malda yapılmış sayılacaktır.<sup>43</sup> Önceki tarihli markanın kapsadığı malın/hizmetin genel ifade edilmesi ve sonradan yapılan marka başvurusunun bunun kapsamında kalması halinde ise söz konusu Kılavuz'un C bölümü, 2. bölüm, 2. kısım, 2.3.1 paragrafı gereğince, mallar/hizmetler yine aynı olarak değerlendirilecektir.<sup>44</sup>

TÜRKPATENT tarafından yayımlanan 2021 tarihli Kılavuz, içerikle ilgili açıklayıcı, özelleştirici ifadelerin bulunması durumunda da AB Fikri Mülkiyet Ofisi İnceleme Kılavuzu'na paralel şekilde düzenleme içermektedir. 2021 tarihli Kılavuz uyarınca; genel bir ifadeyi takiben "özellikle" kelimesiyle oluşturulan ifadenin, söz konusu ifadeden sonra gelen mallarla/hizmetlerle sınırlı olmayacağı, genel ifadeyi de kapsadığı

<sup>41</sup> European Union Intellectual Property Office (EUIPO). Çalışmanın devamında "AB Fikri Mülkiyet Ofisi" olarak anılacaktır.

<sup>42</sup> EUIPO, Guidelines for Examination of European Union Trademarks, Part C, Section 2, Chapter 2, para. 2.2 (<https://guidelines.euipo.europa.eu/1922895/1923283/trade-mark-guidelines/1-introduction>, Son erişim tarihi: 06.06.2021). Çalışmanın devamında ilgili Kılavuz "AB Fikri Mülkiyet Ofisi İnceleme Kılavuzu" olarak anılacaktır.

<sup>43</sup> Paslı, s. 53. TÜRKPATENT tarafından yayımlanan 2021 tarihli Kılavuz'da da markanın belirli mal veya hizmetlerde tescilli olması ve sonraki tarihli marka başvurusunun bu mallar veya hizmetleri kapsayan genel bir ifade içermesi halinde, mal veya hizmetlerin aynı kabul edileceği belirtilmiştir. Bkz. 2021 tarihli Kılavuz, s. 392.

<sup>44</sup> Aynı yönde bkz. 2021 tarihli Kılavuz, s. 392.

kabul edilmektedir.<sup>45</sup> Buna karşın, genel bir ifadeden sonra gelen “yani” kelimesiyle oluşturulan ifadenin, söz konusu ifadeden sonra gelen mal ve hizmetlerle sınırlı olduğu kabul edilmektedir. Örneğin; “Oyuncaklar, özellikle model uçak biçimindeki oyuncaklar” ifadesi tüm oyuncakları kapsarken; “Elektronik cihazlar, yani taşınabilir müzik çalarlar” ifadesi tüm elektronik cihazları kapsayan bir ifade değildir.<sup>46</sup>

Karşılaştırma konusu ürünlerin kısmen örtüşükleri durumlarda ise, AB Fikri Mülkiyet Ofisi İnceleme Kılavuzu’nun C bölümü, 2. bölüm, 2. kısım, 2.4. paragrafı uyarınca, Ofis tarafından kategorilerin ayrıştırılması mümkün değilse “aynı mal/hizmet” kabul edilecektir. Örneğin; online bankacılık hizmetleri ile ticari bankacılık hizmetleri “online ticari bankacılık hizmetleri” yönünden kesişmekte olup bunların Ofis tarafından ayrılması mümkün olmazsa aynı kabul edilecektir.

## 2. Aynı Tür Mal/Hizmet Kavramı

Karşılaştırmaya konu olan ürünler aynı olmaması ancak yakınlık derecesinin yoğunluğu nedeniyle de sadece “benzer” olarak nitelendirilmelerinin yeterli olmaması durumunda “aynı tür” üründen söz edilecektir.<sup>47</sup>

Belirttiğimiz üzere, Sınıflandırma Tebliği m. 3/4 uyarınca, aynı tür mal/hizmetin tespitinde Sınıflandırma Tebliği ekinde yer alan gruplar esas alınacaktır. Yargıtay da aynı alt grupta yer alan mal ve hizmetlerin aynı tür olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir.<sup>48</sup> O halde, örneğin; 5. sınıfa ait aynı alt grupta yer alan dezenfekte edici sabunlar ile ve anti bakteriyel el losyonları “aynı tür” olarak nitelendirilebilir.

Marka hukuku orijininde önemli olan, işaretin ürüne indirgenmesi olup sınıf sistemi bunun aracıdır.<sup>49</sup> Bu nedenle, aynı genelleme kapsamındaki ürünlerin otomatik olarak “aynı ürün” kapsamında de-

<sup>45</sup> “Dâhil”, “bilhassa”, “esas olarak” ifadeleri de aynı şekilde örnek verme amaçlı ifadeler olduğundan, mal/hizmet benzerliğine ilişkin değerlendirmede genel ifadenin esas alınması gerekecektir. Bkz. 2021 tarihli Kılavuz, s. 390.

<sup>46</sup> 2021 tarihli Kılavuz, s. 220; EUIPO, Guidelines for Examination of European Union Trademarks, Part C, Section 2, Chapter 2, para. 2.3.2.

<sup>47</sup> Paslı, s. 55, 56.

<sup>48</sup> Yargıtay 11. HD, T. 16.01.2015, E. 2014/15359 K. 2015/503 (Kazancı İçtihat Bankası, Son erişim tarihi: 06.06.2021).

<sup>49</sup> Paslı, s. 57.

ğerlendirilmesi doğru olmayacaktır. Örneğin; beyaz peynir ile tereyağı “süt ürünleri (tereyağı dâhil)” kapsamına girse de aynı değil; ancak “aynı tür” olarak kabul edilecektir.<sup>50</sup> Kısacası sınıflandırma mutlak değildir.<sup>51</sup> Daha önce de ifade edildiği üzere, Sınıflandırma Tebliği’nin m. 3/4 hükmünde TÜRKPATENT tarafından marka tescil başvurularının veya itirazların incelenmesi aşamasında grupların daha dar ya da geniş yorumlanabileceği belirtilmiştir.<sup>52</sup> Doktrinde ilgili düzenlemenin yalnızca 556 sayılı KHK 7/1-b (6769 sayılı SMK m. 5/1-ç) hükmüne atıf yapması nedeniyle, Tebliğ ile yapılan sınıflandırmanın tescil amacına hizmet ettiği ve markanın koruma kapsamının belirlenmesiyle ilgili olmadığı belirtilmiştir.<sup>53</sup>

### 3. Benzer Mal/Hizmet Kavramı

“Benzer mal/hizmet” kavramı ne SMK’da ne Sınai Mülkiyetin Korunmasına İlişkin Paris Sözleşmesi’nde<sup>54</sup> ne de Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması’nda<sup>55</sup> tanımlanmıştır. “Benzer eşya” kavramına ilişkin bir tanım, Türkiye’nin de taraf olduğu ve onayladığı<sup>56</sup> 1994 Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması’nın VII. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Anlaşma’nın<sup>57</sup> 15/2-b maddesinde mevcuttur.<sup>58</sup> İlgili maddede benzer eşya, “*her hususta aynı olmamakla birlikte, aynı işlevi görmelerini ve ticari olarak birbirini ikame edebilmelerini mümkün kılan, benzer özellik ve benzer unsurları bulunan eşya*” olarak tanımlanmıştır.

<sup>50</sup> Paslı, s. 56.

<sup>51</sup> İmirlioğlu, s. 151.

<sup>52</sup> Öztek, ilgili düzenlemede bir sınıf içerisindeki aynı gruba giren mal veya hizmetlerin “aynı tür” sayılacağı belirtildiğinden, TÜRKPATENT tarafından farklı gruplara giren mal veya hizmetlerin “aynı tür” olarak değil, “benzer mal veya hizmet” olarak değerlendirilme hakkının saklı tutulması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Selçuk Öztek, “Türk Marka Hukukunda Benzer Mal ve Hizmet Kavramı”, Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan, İstanbul 2008, s. 289.

<sup>53</sup> Dirikkan, s. 183; Tekinalp, s. 442.

<sup>54</sup> “Paris Convention for the Protection of Industrial Property” (<https://wipo.int/wipo.int/en/text/287556>, Son erişim tarihi: 06.06.2021).

<sup>55</sup> “Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs)” ([https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/27-trips.pdf](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf), Son erişim tarihi: 06.06.2021).

<sup>56</sup> “Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşmasının (GATT) VII nci Maddesinin Uygulanmasına Dair Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun”, RG, T. 26.5.1988, S. 19823.

<sup>57</sup> RG, T. 25.02.1994, S. 22213 (Mükerrer).

<sup>58</sup> Paslı, s. 69.

2015 tarihli TÜRK PATENT Marka İnceleme Kılavuzu’nda ise “benzer mal ve hizmetler” ifadesinin malın/hizmetin hitap ettiği çevre tarafından aynı/ilşkili kaynaktan geldikleri varsayımıyla karıştırılma ihtimali konusu olabilecek mal ve hizmetleri içerdiği, bu çerçevede, aynı/ilşkili kaynaktan geldikleri varsayılabilir ilişkili mal ve hizmetlerin de benzer mal ve hizmet olarak nitelendirilebileceği belirtilmektedir.<sup>59</sup>

Bu kapsamda, Nice sınıflandırmasının benzer malı/hizmeti belirlemede rolüne değinmek gerekir. Daha önce belirtildiği üzere, mahkeme tarafından gerçekleştirilen benzerlik değerlendirmesinde Nice sınıflandırmasının bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Marka tescilini gerçekleştiren ofisler/kurumlar bakımından ise, AB Fikri Mülkiyet Ofisi İnceleme Kılavuzu’nda Nice sınıflandırmasının tamamen idari amaçlı olduğu ve malların/hizmetlerin benzerliğinin belirlenmesinde tek başına bir temel oluşturamayacağı belirtilmiştir.<sup>60</sup> Fakat tescil aşamasında tescil ofisleri, Nice Anlaşması’nın bu şekilde zorlaması olmamakla birlikte, Nice sınıflarına idari/tescile yönelik etkisini aşan bir güç tanımakta<sup>61</sup> ve benzerlik araştırmasını çapraz arama, çapraz sınıflandırma gibi yardımcı yöntemler de kullanmakla birlikte, temelde olarak söz konusu sınıflar ve alt gruplar kapsamında gerçekleştirmektedirler.<sup>62</sup>

### III. MAL/HİZMET BENZERLİĞİNİN TESPİTİ

#### A. Tescil Ofisleri Tarafından Kullanılan Ek Yöntemler

##### 1. Çapraz Sınıflandırma

Önceki tarihli markalar için gerçekleştirilen aramalarda, benzer mallar ve hizmetler için korunan benzer markaların, Nice sınıflarının farklı olması sebebiyle arama raporunda yer almaması söz konusu olmaktadır. Çapraz sınıflandırma, bu soruna çözüm getirmek için geliş-

<sup>59</sup> 2015 tarihli Marka İnceleme Kılavuzu, s. 119  
(<https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/F9E4CFAF-A7AE-4FEA-8BCC-DA8B5C7DAB00.pdf>, Son erişim tarihi: 17.10.2021). Çalışmanın devamında “2015 tarihli Kılavuz” olarak anılacaktır.

<sup>60</sup> EUIPO, Guidelines for Examination of European Union Trademarks, Part C, Section 2, Chapter 2, para. 1.2.1.

<sup>61</sup> Paslı, s. 36.

<sup>62</sup> Ünsal, s. 6.

tirilmiş bir uygulamadır.<sup>63</sup> Bu yöntemde tescili gerçekleştirecek olan ofis, birbirleriyle benzer kabul edilecek malları/hizmetleri içeren sınıfları bir liste halinde tespit etmekte ve bir sınıftaki marka başvurusu kapsamında benzer mal/hizmet incelemesini sadece o sınıfla sınırlı kalmayarak aynı zamanda çapraz olarak eşleştirilen sınıfta da gerçekleştirmektedir.<sup>64</sup> Arama gerçekleştirildikten sonra, uzmanlar markayı çapraz olarak benzeyen markalar açısından da incelemekte ve kararlarını vermektedir. Başvuruların ilanı ve tescili esnasında, dokümanlarda veya resmî belgelerde ise sadece başvurunun yapılmış olduğu sınıflar yer almaktadır. Çapraz sınıflar yalnızca inceleme amaçlı olup hiçbir resmî yayın veya belgede yer almamaktadır.<sup>65</sup> Bazı ülkelerde, ilgili çapraz sınıf listesi araştırmayı yapacak olan uzman bakımından bağlayıcı olmakta, bazı ülkelerde ise uzmana yol gösterici olduğu kabul edilmektedir.<sup>66</sup>

## 2. Benzerlik Motoru

Tescil ofisleri tarafından mal/hizmet benzerliği tespitinde kullanılan ikinci ek yöntem ise “Benzerlik Motoru (*Similarity Tool*)”<sup>67</sup> olarak adlandırılan ve AB Fikri Mülkiyet Ofisi nezdinde geliştirilmiş olan bilgisayar programıdır. İlgili program, Nice sınıfları kapsamındaki malları/hizmetleri karşılaştırarak Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) ile ABD yanında, AB üyesi ülkelerin tescil ofislerinin seçilen mal/hizmete ilişkin kararlarını kullanıcının bilgisine sunmaktadır.<sup>68</sup> AB Fikri Mülkiyet Ofisi İnceleme Kılavuzu uyarınca, benzerlik motoru, benzerlik değerlendirmesindeki uygulama yeknesaklığına hizmet etmekte ve kararlardaki tutarlılığı garanti etmektedir.<sup>69</sup>

AB Fikri Mülkiyet Ofisi Benzerlik Motoru’nda gerçekleştirilen aramada, yalnızca ayniyet/benzerlik/farklılık şeklinde sonuca ula-

<sup>63</sup> Ünsal, s. 49.

<sup>64</sup> Paslı, s. 36, 37.

<sup>65</sup> Ünsal, s. 51.

<sup>66</sup> Çapraz sınıflandırmaya ilişkin tescil ofislerinin uygulamaları hakkında detaylı bilgi için bkz. Ünsal, s. 49 vd.

<sup>67</sup> Similarity Tool (<https://euipo.europa.eu/sim/searchList/search>, Son erişim tarihi: 17.10.2021).

<sup>68</sup> Paslı, s. 37.

<sup>69</sup> EUIPO, Guidelines for Examination of European Union Trademarks, Part C, Section 2, Chapter 2, para. 1.3.



şılmamakta, bu tespitin gerekçelerine de yer verilmektedir. Yapılan gerekçelendirmede, Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından *Canon* kararında<sup>70</sup> ortaya konulan ölçütlerden yola çıkılmaktadır. Bu ölçütler;

1. Yapı,
2. Amaç,
3. Kullanım yöntemi,
4. Malların/hizmetlerin tamamlayıcılığı,
5. Mallar/hizmetler arasındaki rekabet,
6. Dağıtım kanalları,
7. İlgili çevre,
8. Üretici/tedarikçi şeklinde sıralanabilecektir.

### 3. TÜRK PATENT’İN UYGULADIĞI YÖNTEM

2015 tarihli Kılavuz’da benzer malın/hizmetin tespitine ilişkin değerlendirilmede aşağıdaki aşamaların izleneceği belirtilmiştir.<sup>71</sup>

Öncelikle, markaların içerdiği işaretler “aynı” olarak kabul edilecek ve bu durumda, malları/hizmetleri benzer/ilişkili mal ve hizmetler olarak değerlendirilerek karıştırılma ihtimalinin varlığına karar verilip verilmeyeceği sorusu cevaplanacaktır. Bu durumda eğer;

- a- Yanıt “kesinlikle hayır” ise ek bir inceleme gerekmez mal ve hizmetler birbirleriyle benzer/ilişkili olmayan mal/hizmetler olarak değerlendirilecektir.
- b- Yanıt “kesinlikle evet” ise ek bir inceleme gerekmez mal ve hizmetler birbirleriyle benzer/ilişkili mal/hizmetler olarak değerlendirilecektir.
- c- Yanıtta, mal ve hizmetler arasında düşük/orta derecede bir benzerlik ya da dolaylı bir ilişki bulunduğu düşünülmekte ise karıştırılma ihtimali incelemesinde ek testlerin uygulanması gündeme gelecektir. Uygulanacak ek testlerde, her somut olayın kendi

<sup>70</sup> CJEU, *Canon Kabushiki Kaisha v. Metro-Goldwyn Mayer Inc.*, C-39/97, T. 29.09.1998 (ipcuria.eu, Son erişim tarihi: 06.06.2021).

<sup>71</sup> 2015 tarihli Kılavuz, s. 121.

koşulları göz önünde bulundurulacak ve uyumsuzluk konusuna etkili tüm unsurlar dikkate alınacaktı.

Buna karşın, 2021 tarihli Kılavuz'da bu şekilde aşamalı bir değerlendirmeden söz edilmemiş ve mal/hizmet benzerliği incelemesine ilişkin Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın *Canon* kararında belirlenen ölçütlere yer verilmiştir. İlgili ölçütler sıralandıktan sonra bu ölçütlerden hangilerinin mal/hizmet bakımından ortak olduğu belirlenerek benzerlik düzeyine karar verileceği belirtilmiştir.<sup>72</sup> 2021 tarihli Kılavuz uyarınca, mal/hizmet benzerliğinin derecelendirilmesinde beş ayrı kategoriye göre sınıflandırma gerçekleştirilecek olup bunlar;

1. Farklı (aynı veya benzer olmayan) mallar/hizmetler,
2. Düşük düzeyde benzer mallar/hizmetler,
3. Benzer (ortalama düzeyde) mallar/hizmetler,
4. Yüksek düzeyde benzer mallar/hizmetler,
5. Aynı mallar/hizmetler şeklinde ifade edilmiştir.<sup>73</sup>

## B. Mal/Hizmet Benzerliğinin Tespitinde Kullanılan Ölçütler

Mal/hizmet benzerliğinin istikrarlı, şeffaf ve öngörülebilir ölçütlere göre değerlendirilmesi gerekmektedir.<sup>74</sup> Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması'nda yer alan benzer mal/hizmet tanımının marka hukuku uygulamasında ancak dolaylı bir kaynak niteliğinde olabileceği açıktır.<sup>75</sup> Bu nedenle, benzer mal/hizmet kavramının nasıl yorumlanabileceğine ilişkin 2021 tarihli Kılavuz, doktrin ve yargı kararlarında ortaya konulan çeşitli ölçütlere değinmekte fayda mevcuttur.

Uzunallı'ya göre malın/hizmetin benzerliği, karıştırma tehlikesinin değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gereken diğer

<sup>72</sup> 2021 tarihli Kılavuz, s. 394.

<sup>73</sup> 2021 tarihli Kılavuz, s. 394.

<sup>74</sup> Uzunallı, s. 679. Yargıtay, mal/hizmet benzerliğinin hâkimin genel ve mesleki bilgisiyle çözülmesi mümkün olmayan bir husus olduğunu ve bilirkişi incelemesi yapılması gerektiği belirtmiştir. Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 15.10.2009, E. 2008/5938, K. 2009/10605. (Çolak, s. 224) Aynı yönde bkz. Yargıtay 11. HD, T. 07.07.2011, E. 2009/8446, K. 2011/8433; Yargıtay 11. HD, T. 18.12.2017, E. 2016/5668, K. 2017/7320; Yargıtay 11. HD, T. 12.07.2018, E. 2016/11784, K. 2018/5059 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Son erişim tarihi: 06.06.2021).

<sup>75</sup> Paslı, s. 70.

unsurlardan bağımsız olarak ilgili çevrenin görüşü çerçevesinde belirlenmelidir. İlgili çevre, orta seviyedeki alıcıları ifade etmekte olup orta seviyedeki alıcının dikkat ve algılama düzeyi, mal veya hizmetin niteliği, türü ve fiyatına göre değişiklik gösterebilecektir.<sup>76</sup>

Mal ve hizmetlerin benzerliği veya ilişkilendirilebilir niteliği uygulama ilkeleri, doktrin ve genel kabullere göre aşağıda ifade edilen durumlarda ortaya çıkabilecektir:

- Mal ve hizmetlerin doğasının benzerliği,
- Mal ve hizmetlerin kullanım amaçları ve alanlarının benzerliği,
- Mal ve hizmetlerin hitap ettiği çevrenin benzerliği,
- Malların fiziksel görünümünün benzerliği,
- Mal ve hizmetlerin ticari pazara ulaşmasındaki satış yolları/yerlerinin benzerliği,
- Mal ve hizmetlerin aynı kaynaktan gelmelerinden kaynaklanan benzerlik,
- Mal ve hizmetlerin birbirleriyle rekabet eder niteliğinden kaynaklanan benzerlik,
- Mal ve hizmetlerin birbirlerini tamamlayıcı niteliğinden kaynaklanan benzerlik.

### 1. Ölçütlerin Ortaya Çıkışı

Benzerlik ölçütlerinin belirlenmesinde içtihat hukuku geleneğini takiben İngiltere öncü olup 1946 yılında *Jellinek* başvurusunda geliştirilen ve bundan sonraki dönemlerde de değiştirilerek de olsa uygulanan *Jellinek* testi, üç temel soruya dayanmaktadır:<sup>77</sup>

- Ürünlerin yapısı ve kompozisyonu nasıldır?
- Ürünlerin ilgili kullanım alanları nelerdir?
- Ürünlerin alınıp satılmasına yönelik ticaret kanalları nelerdir?

<sup>76</sup> Uzunallı, s. 684.

<sup>77</sup> Paslı, s. 70.

*British Sugar*<sup>78</sup> kararında bu üç soru temel alınmakla birlikte aşağıdaki sorulara da yanıt aranmıştır:<sup>79</sup>

- Ürünler uygulamada süpermarketlerde aynı raflarda mı satılmaktadır?
- Ürünler birbirleriyle rekabet etmekte midir? Ticari olarak nasıl sınıflandırılmaktadırlar?

Söz konusu sorular, bugün de benzerliğin tespitinde geçerliliğini koruyan sorulardır.

## 2. Kullanılabilecek Ölçütlerin Listesi

### a. Malların/Hizmetlerin Doğası

Malların/hizmetlerin doğası, malın/hizmetin temel özellikleri ve nitelikleri dikkate alınarak belirlenmekte; söz konusu malın bileşenleri, çalışma prensibi, fiziki formu gibi unsurlar dikkate alınmaktadır.<sup>80</sup> Hizmetlerin doğası ise üçüncü kişilere sağlanan eylemin türüne göre belirlenmektedir. Sinema ve tiyatro hizmetlerinin her ikisi de eğlence hizmeti olduğundan 2021 tarihli Kılavuz kapsamında aynı doğaya sahip olarak değerlendirilmiştir.<sup>81</sup>

### b. Kullanım Amacı/Alanı

Kullanım amacıyla ifade edilmek istenilen ürünlerin hangi alanda, ne için ve nasıl kullanıldığıdır. Bu kapsamda, ürünlerin kullanım amaçları ve kullanım alanları ne kadar yakın olursa, ürünler arasındaki benzerlik ihtimali de o kadar artacaktır. Bu benzerlik ihtimalinin oluşması için ürünlerin fiziksel özellikleri veya ham maddelerinin aynı olması gerekmemektedir.<sup>82</sup> Önemli olan, ürünlerin kullanım amaçlarının ayniyete yakın bir benzerlik arz etmesidir.<sup>83</sup> Yargıtay tarafından, mülga 556 sayılı KHK hükümlerinin marka sahiplerini koruyan niteliği gözetildiğinde aynı veya benzer mal/hizmet kavramının geniş yo-

<sup>78</sup> British Sugar Plc. v. James Robertson & Sons Ltd. (1996) ([http://www.peteryu.com/intip\\_msu/britishsugar.pdf](http://www.peteryu.com/intip_msu/britishsugar.pdf), Son erişim tarihi: 05.06.2021).

<sup>79</sup> Paslı, s. 70.

<sup>80</sup> 2021 tarihli Kılavuz, s. 396.

<sup>81</sup> 2021 tarihli Kılavuz, s. 397.

<sup>82</sup> Paslı, s. 73.

<sup>83</sup> Paslı, s. 74.

rumlanması ve müşterilerin gözünde bir malın/hizmetinkine *benzer fonksiyon gören* tüm diğer mal veya hizmetlere karşı markanın koruyucu fonksiyonunun uygulanması gerektiği belirtilmiştir.<sup>84</sup>

Ayrıca bu kriter altında iki ürünün benzer kabul edilebilmesi için kullanım amacı benzerliğine ek olarak bu amaca ulaşma şeklinin de birbirinden tamamen farklı olmaması aranacaktır. Örneğin; kullanıcıların ıslanmaması amacına yönelik “su geçirmez manto” ve “şemsiye” malları benzer sayılamayacaktır. Zira ürünlerin söz konusu amaca ulaşma şekilleri birbirinden farklı olup ilişkilendirilme ihtimali düşüktür.<sup>85</sup>

### c. İlgili Çevre

İlgili çevre, geniş anlamda halk olabileceği gibi halkın belirli bir kesimi ya da profesyonel bir çevreden de oluşabilecektir.<sup>86</sup> Ürünün kullanım amacı, ürünün hitap ettiği çevreyi de belirlediğinden iki ölçüt iç içe geçmektedir.<sup>87</sup> Öte yandan, işlev farklılıklarına rağmen ürünlerin aynı çevreye hitap etmesi nedeniyle benzerliği mümkündür. 20. sınıfta yer alan “balıkçılık sepetleri” ile 22. sınıftaki “balık ağları” ve 28. sınıftaki “yapay balık yemleri, avcılık ve balıkçılık için tuzaklar”ın kullanım şekilleri ne kadar farklı olsa da hitap ettikleri çevre aynıdır.<sup>88</sup>

6769 sayılı SMK m. 6/1 karıştırılma ihtimalinin tespitinde ölçü olarak “halk” esas alınmaktadır. Halk ile kastedilen de incelenen mal/hizmetin hitap ettiği ilgili çevredir.<sup>89</sup> İlgili çevrenin “geniş anlamda halk” olduğu durumlarda, TÜRK PATENT tarafından ilgili ölçütün benzerlik değerlendirmesine etkisinin olmadığı kabul edilmektedir.<sup>90</sup>

<sup>84</sup> Yargıtay 11. HD, T. 27.04.2015, E. 2015/865, K. 2015/5841 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Son erişim tarihi: 06.06.2021). Kararda kullanılan geniş yorum ifadesinin teknik açıdan sorunlu olduğu yönünde bkz. Paslı, s 74, dn. 180.

<sup>85</sup> Phillips Jeremy, Trademark Law: A Practical Anatomy, New York 2005, s. 336 (Paslı, s. 75’ten naklen.).

<sup>86</sup> EUIPO, Guidelines for Examination of European Union Trademarks, Part C, Section 2, Chapter 2, para. 3.2.7.

<sup>87</sup> Paslı, s. 77.

<sup>88</sup> Paslı, s. 78. Farklı Nice sınıfında olmalarına karşın, birbirlerine benzeyen mal/hizmetlere ilişkin diğer örnekler için bkz. Ünsal, s. 48, 49.

<sup>89</sup> Uzunallı, s. 684.

<sup>90</sup> 2021 tarihli Kılavuz, s. 406.

#### d. Fiziksel Görünüm

Ürünlerin yalnızca fiziksel görünümü esas alınarak karıştırılmaya yol açma ihtimali düşüktür. Burada esas olan, malların fiziki benzerliği nedeniyle hitap ettiği çevrenin mallar arasında bağlantı kurması ihtimalidir.<sup>91</sup> Aksi halde, diğer ölçütler olmaksızın, tek başına fiziksel görünüm benzerliği nedeniyle benzerlik ortaya çıkması oldukça zordur.

#### e. Satış Yolları/Yerleri

Satış yollarının/yerlerinin benzerliği bağlamında üzerinde durulması gereken durum, malların aynı tür dükkanlarda, yan yana ya da çok yakın şekilde aynı reyonda veya rafta satılmasıdır.<sup>92</sup> Satış/reklam/tanıtım biçimleri ise çok belirleyici olmamaktadır.<sup>93</sup> AB Fikri Mülkiyet Ofisi İnceleme Kılavuzu'nda malların aynı mağazada satılıp satılmamasından çok aynı bölümde satışa sunulmasının belirleyici olduğu belirtilmiştir. Farklı mecralarda satılması, malların benzer olmadıklarını gösterebilecektir. Örneğin; bisiklet ile tekerlekli sandalye mallarının her ikisi de 12. sınıfa dahil olmalarına rağmen, aynı yerde satılmayacaklarından benzer olarak değerlendirilmeyecektir.<sup>94</sup>

2021 tarihli Kılavuz'da malların aynı dağıtım kanalı aracılığıyla ulaştırılması halinde ilgili çevre tarafından aynı işletmede üretildiğinin düşünülmesi nedeniyle bu ölçütün benzerliğe etki ettiği belirtilmektedir.<sup>95</sup> Ancak 2021 tarihli Kılavuz'da da belirtildiği üzere, günümüzde süpermarketlerde her tür malın satışı gerçekleştirildiğinden ilgili çevre bu gibi yerlerde satılan malların farklı işletmelerden geldiğinin bilincinde olmaktadır.<sup>96</sup> Bu nedenle, ilgili ölçütün malların aynı kay-

<sup>91</sup> Paslı, s. 79.

<sup>92</sup> Ünsal, s. 38.

<sup>93</sup> Paslı, s. 84.

<sup>94</sup> EUIPO, Guidelines for Examination of European Union Trademarks, Part C, Section 2, Chapter 2, para. 3.2.6. Paslı, ilgili malların işlev, ilgili çevre, yapı, ikame edilebilirlik gibi diğer ölçütler bakımından da ayrıştığı ve bu nedenle aynı tür mağazada satılsalar dahi benzer olmayacaklarını belirtmiştir. Bkz. Paslı, s. 84, dn. 217.

<sup>95</sup> 2021 tarihli Kılavuz, s. 404.

<sup>96</sup> 2021 tarihli Kılavuz, s. 405. Kılavuz'da yalnızca (ya da çoğunlukla) belirli tarz malların bulunduğu, belirli bir alanda uzmanlaşmış mağazalarda satış halinde aynı işletmeden kaynaklanan mallar olduğu algısının oluşacağı, bu nedenle de ölçütün bu durumda değerlendirmede kullanılabileceği belirtilmiştir. Kanımızca, günümüzde sadece tek bir tarz mal satan uzmanlaşmış mağazalarda dahi farklı kaynaktan gelen ürünlerin satılabileceği algısı oluştuğundan benzer kaynaktan

naktan geldiği izleniminden bağımsız şekilde benzerliğe etki ettiğini düşünmekteyiz.

#### f. Malların/Hizmetlerin Kaynağı

AB Fikri Mülkiyet Ofisi İnceleme Kılavuzu’nda malların/hizmetlerin aynı kaynaktan gelmesinin benzer olarak değerlendirilmelerine sebebiyet verebileceği belirtilmiştir. AB Fikri Mülkiyet Ofisi, *Canon* kararında Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın, “halkta malların/hizmetlerin aynı teşebbüsten geldiği ya da ekonomik olarak bağlantı içerisinde olan teşebbüslerden kaynaklandığı algısının oluşması durumunda karıştırılma ihtimali olduğu” şeklindeki ifadesinden yola çıkmaktadır. Bu kapsamda ilgili Kılavuz’da; bu ölçütün de diğer tüm ölçütlerle birlikte değerlendirilmesi gerektiği, “kaynak”tan anlaşılması gerekenin yalnızca üretici olmadığı, malın üretimi ya da hizmetin sunumu kimin kontrolünde ise onun anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca ölçütün sınırlı uygulanması gerekmekte ve tüm malların/hizmetlerin bir holding ya da uluslararası bir şirket kontrolü altında sağlanması gibi durumlarda ilgili ölçüt önemini yitirmektedir.<sup>97</sup>

Doktrinde Uzunallı tarafından da farklı malların fiilen aynı teşebbüs tarafından üretimi halinde, malların benzer olarak nitelendirilmesi gerektiği, ölçütün tek başına malların benzer olarak değerlendirilmesine yol açmayacağı belirtilmiştir.<sup>98</sup> Paslı ise malların üretildikleri teşebbüsün aynı olmasının malları benzer kılmayacağını, ilgili ölçütün malların aynı ham maddeden veya aynı üretim süreci sonucunda üretilmesiyle ilgili olduğunu ifade etmiştir.<sup>99</sup>

#### g. Malların/Hizmetlerin Birbirlerine Yönelik Konumları

Karşılaştırılan malların/hizmetlerin birbirlerini tamamlaması ya da birinin diğeri yerine ikame edilebilmesi veya rekabet edebilme durumları ürünler arasında bir bağlantı kurulmasına neden olmakta ve bu malları/hizmetleri benzer hale getirmektedir.

---

gelme ve satış yerlerinin/yollarının benzerliği ölçütlerinin ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

<sup>97</sup> EUIPO, Guidelines for Examination of European Union Trademarks, Part C, Section 2, Chapter 2, para. 3.2.8.

<sup>98</sup> Uzunallı, s. 687.

<sup>99</sup> Paslı, s. 80.

Karşılaştırma konusu mal/hizmetler birbirleri yerine konularak diğ erinin işlevini yerine getirebiliyor ise “ikame edilebilir” olmakta, bunun sonucunda da bu mal/hizmetler “rekabet içinde” olmaktadır.<sup>100</sup> Örneğin; duvar boyası ile duvar kâğıdı duvarı kaplayarak deko-re amaçlı kullanıldıkları için; film kiralama hizmetiyle sinemacılık film izleme imkânını sağladıkları için ikame edilebilir ve bu nedenle rekabet halinde olup benzerdir.<sup>101</sup> Yargıtay 14.01.2015 tarihli kararında, davalı şirket başvurusunda yer alan 41. sınıftaki “film, televizyon ve radyo programları yapım hizmetleri” ile davacı markalarının kapsamlarında yer alan malların hitap ettiği çevre, üretim ve dağıtım kanalları, satış noktaları, birbirleri yerine ikame olanağı itibariyle benzer olduğu ve işaretler de benzer olduğu için bağlantı kurulma ihtimali de dahil olmak üzere karıştırılma ihtimalinin mevcut olduğuna hükmetmiştir.<sup>102</sup>

İşlevleri ve kullanım şekilleri farklı ve birbirleriyle rekabet halinde olmayan malların/hizmetlerin birbirlerini tamamlamaları nedeniyle benzer olabilmeleri mümkündür. Örneğin; erkekler için takım elbiseyle ayakkabının birbirini tamamlama özelliği olup bu malların potansiyel müşterileri ve satış kanalları benzer olabilecektir.<sup>103</sup> Yargıtay 02.11.2010 tarihli kararında,<sup>104</sup> 18. sınıfta yer alan çanta, valiz, cüzdan, şemsiye gibi malların, davacının 24 ve 25. sınıfta tescilli markasına konu olan “giysiler”i tamamlayıcı mahiyette yardımcı aksesuar olmaları ve giysilerle birlikte mağazalarda satıldıklarının bilinmesinden hareketle benzer olduğuna hükmetmiştir.

### 3. 35.05 Alt Grubu Bakımından Benzerliğin Değerlendirilmesi

TÜRKPATENT tarafından yayımlanan Sınıflandırma Tebliği’nde, 35. sınıf içerisinde 5. alt grup şu şekildedir:

*“Müşterilerin malları elverişli bir şekilde görmesi ve satın alması için malların\* bir araya getirilmesi hizmetleri (belirtilen hizmetler perakende, top-*

<sup>100</sup> Paslı, s. 87.

<sup>101</sup> EUIPO, Guidelines for Examination of European Union Trademarks, Part C, Section 2, Chapter 2, para. 3.2.5.

<sup>102</sup> Yargıtay 11. HD, T. 14.01.2015, E. 2014/14409, K. 2015/269 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Son erişim tarihi: 06.06.2021).

<sup>103</sup> Paslı, s. 90.

<sup>104</sup> Yargıtay 11. HD, T. 02.11.2010, E. 2009/825, K 2010/11154 (Lexpera, Son erişim tarihi: 06.06.2021).



*tan satış mağazaları, elektronik ortamlar, katalog ve benzeri diğer yöntemler ile sağlanabilir).*

\*Bu kısımda mal veya mal grubu belirtiniz.”

İlgili alt sınıf, perakendecilik (mağazacılık) hizmeti olarak isimlendirilmektedir ve ürünlerin satışını da kapsayan fakat satıştan daha geniş olan hizmetler olarak tanımlanabilecektir.<sup>105</sup>

Bu kapsamda, 35. sınıfın 5. alt grubu kapsamında belirtilen ya da belirtilecek olan mallara ilişkin benzerlik değerlendirmesinde, belirtilen malın içerisinde bulunduğu Nice sınıfında başkası adına gerçekleştirilen başvuru/tescil ile benzerlik ihtimali olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir.

2011 yılında yapılan değişiklik öncesinde ilgili alt grupta gerçekleştirilecek başvuruda hangi mal veya hizmetin satışının başvuru kapsamına girdiği belirtilmediğinden, hangi mal sınıflarında aynı veya benzer markanın başkası adına tesciline engel olunabileceği açık değildi.<sup>106</sup>

Bununla birlikte, alt grubun kapsamı açık olmadığından, herhangi bir mal üzerinde markayı kullanmak üzere tescil ettiren kişiler, satışı için 35. sınıfta da başvuruda bulunmaktaydılar.<sup>107</sup> Bu kapsamda, TÜRK PATENT tarafından yayımlanan Eylül 2004 tarihli “Marka ve Coğrafi İşaret Başvurularının Hazırlanması ile İlgili Bilgiler ve Gerekli Belgeler” Kitapçığı’nda;

“...01’inci sınıftan 34’üncü sınıfa kadar tanımlanan malları üreten işletmelerin, ürettikleri bu malları pek tabii olarak sattıkları düşünülerek, ayrıca 35.08’de (şu anki 35.05) tescil ettirmeleri gerekmediği” belirtilmiştir.<sup>108</sup> Üretilen malın satımının 35.05. sınıf kapsamına giren bir “hizmet” olmadığı, zira bir teşebbüs bünyesinde üretilen malların satılmasının zaten işletmesel faaliyetin doğal sonucu olduğu Paslı/Soykan tarafından da vurgulanmıştır<sup>109</sup>.

<sup>105</sup> Fülürya Yusuf oğlu, “Perakendecilik Hizmeti Sınıfı (35.05. Sınıf) ile Ürün Sınıfı Arasındaki İlişkilerin Marka Hukukundaki Etkisi”, *GÜHFD*, 2018, C. 17, S. 1, s. 338.

<sup>106</sup> Deniz Topçu, “Marka Sınıflandırmasında 35. Sınıf İçeriğinin Perakende Satış Hizmetleri Alt Grubu Açısından Sağladığı Koruma”, *IJOSPER*, C. 7, S. 4, 2020, s. 911.

<sup>107</sup> Ali Paslı/İsmail Cem Soykan, “Marka Tescilinde 35.08. Sınıfın Anlamı ve Kapsamı”, *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı*, C. 2, İstanbul 2010, s. 450.

<sup>108</sup> Topçu, s. 921.

<sup>109</sup> Paslı/Soykan, s. 453.

TÜRKPATENT, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın *PRAKTİKER* kararına<sup>110</sup> atıf yaparak 21 Kasım 2011 tarihi itibarıyla "Müşterilerin malları elverişli bir şekilde görmesi ve satın alması için çeşitli malların bir araya getirilmesi hizmetleri" bakımından uygulama değişikliği yapmıştır. TÜRKPATENT 35. sınıftaki "Müşterilerin malları elverişli bir şekilde görmesi ve satın alması için çeşitli malların bir araya getirilmesi hizmetleri"nin "malın ya da malların satışı hizmeti" olarak değerlendirilmeyeceği, belirtilen hizmetin "perakende satış ortamında malların sunumu hizmeti" olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna varmış ve belirli bir malların belirtildiği hizmet tanımları tescil edilebilir hale gelmiştir.<sup>111</sup>

Bu açıklamalardan sonra, belirtmek gerekir ki ticaret markaları<sup>112</sup> ile hizmet markaları arasında karıştırılma ihtimali ortaya çıkabilecektir.<sup>113</sup> Perakende ticaret hizmeti, bu perakende ticarete konu olan mallar ile kural olarak benzer değildir.<sup>114</sup> Ancak teşebbüsün dar bir mal grubu satışında faaliyet göstermesi halinde, ilgili çevre bakımından satışa konu mal ile hizmet faaliyetinin aynı teşebbüsten kaynaklandığı izlenimi oluşabileceğinden mal ile hizmetin benzerliği sonucuna ulaşılabilir.<sup>115</sup>

Bu kapsamda, 2011 değişikliği öncesinde "Müşterilerin malları elverişli bir şekilde görmesi ve satın alması için çeşitli malların bir araya getirilmesi hizmetleri" kapsamında belirli bir malın müşterilere sunulması olarak sınırlandırılmamış markaların durumuna değinmek gere-

<sup>110</sup> CJEU, T. 07.07.2005, C-418/02 (ipcuria.eu, Son erişim tarihi: 06.06.2021). Perakende mal ticaretinin ayrı bir hizmet olarak nitelendirilmesi ve bu faaliyet sırasında kullanılan işaretlerin 35.05. sınıf kapsamında marka olarak tescilinin kabulü ilk olarak Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın *PRAKTİKER* kararıyla gerçekleşmiştir. Karar kapsamında, herhangi bir ticari markanın, bu tür hizmetlerle ilgili olarak tescili için ilgili hizmetlerin ayrıntılı biçimde belirtilmesine gerek olmadığı; ancak "bu hizmetlerin ilişkili olduğu mallar veya mal türleri ile ilgili ayrıntıların açıklanması gerektiği" belirtilmiştir (Paşlı/Soykan, s. 459, 461.).

<sup>111</sup> Çolak, s. 223.

<sup>112</sup> Markanın belirli bir mal veya hizmetle ilgili olarak kullanımına bağlı olarak ticaret ve hizmet markası şeklinde ikiye ayrılması mümkündür. Bkz. Arkan, s. 43.

<sup>113</sup> Paşlı/Soykan, s. 462; Uzunallı, s. 694.

<sup>114</sup> Uzunallı, s. 694. Aksi yönde bkz. 2021 tarihli Kılavuz, s. 445; Yusufoglu, s. 358. 2021 tarihli Kılavuz uyarınca, mallar ve söz konusu malların bir araya getirilmesi hizmetleri arasında düşük düzeyde benzerlik olduğu kabul edilmektedir.

<sup>115</sup> Uzunallı, s. 694. Aynı yönde bkz. Beşir Fatih Doğan, "Perakende Satış Hizmeti (35.08) İçin Marka Tescilinde Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *FMR Dergisi*, 2009, C. 9, S. 1, s. 24; Paşlı, 462, 463.

kir. Bu durumda, karıştırılma ihtimali bakımından sınıf incelemesinde 35. sınıftaki tescil başvurusunun tüm malları kapsayabileceği sonucuna varılacaktır.<sup>116</sup> Yargıtay da 06.05.2013 tarihli kararında;<sup>117</sup> davacının “KAYRA” markalı 33. sınıftaki ürünlerinin davalıya ait “KYRA” ibareli mağazacılık hizmetiyle karıştırılacağı, zira davalının çekişme konusu başvuruyu yaparken 35.07 (şu anki 35.05) mağazacılık hizmeti yönünden tescil kapsamında 33. sınıftaki mallar ile ilgili mağazacılık hizmetlerini hariç bırakacak şekilde *belirli ürünlerle sınırlandırmadığı*, bu sebeple anılan mal ve 35.07 (mağazacılık) hizmetlerinin benzer ve karıştırılmasının kaçınılmaz olduğunu belirtmiştir.

Yargıtay’ın 19.04.2010 tarihli kararına<sup>118</sup> konu olayda ise davalı tarafca “AMBER” ibaresinin “müşterilerin malları elverişli bir şekilde görmesi ve satın alması için çeşitli malların bir araya getirilmesi” alt sınıfında tescil gerçekleştirilmek istenmiştir. Davacı adına ise önceden 3, 5, 8, 26 ve 29. sınıflarda tescilli gerçekleştirilmiş “AMBER” ibareli ticaret markaları bulunmaktadır. Dava kapsamında Yargıtay, farklı sınıflarda olsalar dahi halk nezdinde karıştırılmaya yol açacak nitelikteki ticaret/hizmet markalarının kapsadıkları malların/hizmetlerin “benzer” olarak değerlendirilebileceğini, davalının başvurusunu yaparken ilgili alt grup kapsamında belirli malların müşterilere sunulması ile markasını sınırlandırmadığı, bu nedenle başvurunun davacı adına tescilli markalar kapsamındaki malların bir araya getirilmesini de kapsayacağını belirterek karıştırılma ihtimalinin varlığı yönünde hüküm tesis etmiştir.<sup>119</sup>

Son olarak, aynı/benzer malların bir araya getirilmesi hizmetleri arasında benzerliğin ne şekilde değerlendirileceğine değinmek gerekir. 2021 tarihli Kılavuz’da aynı olan malların perakendeciliği hizmetinin aynı hizmet olarak değerlendirileceği; aynı olmayan malların pe-

<sup>116</sup> Çolak, s. 223.

<sup>117</sup> Yargıtay 11. HD, T. 06.05.2013, E. 2012/10264, K. 2013/9052 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Son erişim tarihi: 06.06.2021).

<sup>118</sup> Yargıtay 11. HD, T. 19.04.2010, E. 2010/2036, K. 2010/4235 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Son erişim tarihi: 06.06.2021).

<sup>119</sup> Buna karşın, Yargıtay tarafından tesis edilen bazı kararlarda perakende hizmeti için tescilli markanın hak sağlayabilmesinin hizmete konu olan malların yer aldığı sektörde fiilen kullanımının (ya da bu yönde ciddi bir girişimin) gerçekleşmesi koşuluna bağlı olduğu belirtilmektedir. Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 30.03.2016, E. 2015/8504, K. 2016/3492; Yargıtay 11. HD, T. 27.02.2017, E. 2015/12715, K. 2017/1112 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Son erişim tarihi: 06.06.2021).

rakendeciliği hizmetleri arasındaki benzerliğin değerlendirilmesinde ise bir araya getirilen malların benzerlik düzeyi, sektörde sıklıkla bu malların birlikte satışa sunulup sunulmadıkları ve ilgili çevre gibi ölçütler göz önünde bulundurularak karar verileceği belirtilmiştir.<sup>120</sup> Bu kapsamda, “giysilerin bir araya getirilmesi” hizmetiyle “çantaların bir araya getirilmesi hizmeti” ilgili mallar sıklıkla bir arada satışa sunulduğundan ve hitap ettikleri çevre aynı olduğundan benzer hizmetler olarak değerlendirilmiştir.<sup>121</sup> Buna karşın, farklı malların bir araya getirilmesi hizmetlerinin kıyaslanmasında değerlendirmenin somut olay bazında yapılması gerekecektir.<sup>122</sup>

## SONUÇ

Mal/hizmet benzerliğinin tespiti, TÜRKPATENT tarafından gerçekleştirilen incelemede önem arz etmesinin yanı sıra, marka hukukunun temel iki uğraşı olan hükümsüzlük ve tecavüz davaları bakımından da oldukça önemlidir. Zira SMK m. 25’te düzenlenen markanın hükümsüz kılınabileceği haller arasında SMK m. 5 ve 6’daki nedenlerin varlığı da zikredilmiştir. Bu nedenle, TÜRKPATENT tarafından ilgili ret nedeninin varlığına rağmen marka tescil edilmiş ise dava yolu ile hükümsüzlük iddia edilecek ve mal/hizmetlerin aynı ya da benzerliğinin tespiti gerekecektir.

Mal ve hizmetlerin benzer olup olmadığının tespitinin karıştırılma ihtimali karşısındaki konumu, mal ve hizmet benzerliğinin hangi noktada karıştırılmaya yol açacağı hususunun tayininde önem arz etmektedir. Mal/hizmet benzerliğinin karıştırılma ihtimalinin varlığı noktasında bir ön koşul olduğu kabul görmektedir. SMK m.6/1’in açık hükmünden de bu sonuç çıkmaktadır.

Nice sınıflandırmasının mal/hizmet benzerliği konusundaki bağlayıcılığını değerlendirmekte fayda bulunmaktadır. Yargıtay kararları ışığında, mahkeme tarafından somut olay kapsamında yapılacak mal/hizmet benzerliği değerlendirmesinde, Nice sınıflarının farklı olması durumunda benzer bir mal/hizmetin söz konusu olmadığı yorumunun yapılması zorunluluğu bulunmadığı söylenebilecektir. TÜRK-

<sup>120</sup> 2021 tarihli Kılavuz, s. 447.

<sup>121</sup> 2021 tarihli Kılavuz, s. 447.

<sup>122</sup> 2021 tarihli kılavuz, s. 448.

PATENT tarafından yayımlanan Sınıflandırma Tebliği'nin m. 3/4 hükmünde, marka tescil başvurularının veya itirazların incelenmesi aşamasında grupların daha dar ya da geniş yorumlanabileceği belirtilmiştir. Bu kapsamda incelemeyi yapan uzman için Nice sınıfları bir hareket noktası olabilmekle birlikte, bağlayıcı olmayacaktır.

Mal/hizmet benzerliğinin tespitinde tescil ofisleri tarafından Nice sınıflandırmasına ek olarak çapraz sınıflandırma, AB Fikri Mülkiyet Ofisi tarafından sunulan benzerlik motoru gibi yöntemler kullanılarak uygulamada yeknesaklık sağlanmaya çalışılmaktadır. TÜRK PATENT tarafından ise uygulama ilkeleri geliştirilmekte ve bunlara ilişkin kılavuzlar yayımlanmaktadır.

Mal/hizmet benzerliği hususunda doktrin ve yargı kararları ışığında çeşitli ölçütler öngörülmüş olup bu ölçütler benzerlik tespiti değerlendirilmesinde yol gösterici olmaktadır.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Arkan Sabih, Marka Hukuku, C. 1, Ankara 1997.  
Bozbel Savaş, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2015.  
Çolak Uğur, Türk Marka Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2018.  
Dirikkan Hanife, Tanınmış Markanın Korunması, Ankara 2003.  
İmirlioğlu Dilek, Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi, 2. Baskı, Ankara 2018.  
Küçükali Canan, Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi, Ankara 2009.  
Paslı Ali, Marka Hukukunda Ürün Benzerliği, İstanbul 2018.  
Tekinalp Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2012.  
Yasaman Hamdi/Altay Sıtkı Anlam/Ayoğlu Tolga/Yusufoğlu Fülürya/Yüksel Sinan, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, C. 1, İstanbul 2004.

### Makaleler

- Doğan Beşir Fatih, “Perakende Satış Hizmeti (35.08) İçin Marka Tescilinde Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Fikri Mülkiyet Rekabet Hukuku Dergisi*, 2009, C. 9, S. 1, s. 11-31.  
Öztek Selçuk, “Türk Marka Hukukunda Benzer Mal ve Hizmet Kavramı”, *Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan*, İstanbul 2008, s. 277-293.  
Paslı Ali/Soykan İsmail Cem, “Marka Tescilinde 35.08. Sınıfın Anlamı ve Kapsamı”, *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı*, C. 2, İstanbul 2010, s. 441-474.

- Topçu Deniz, "Marka Sınıflandırmasında 35. Sınıf İçeriğinin Perakende Satış Hizmetleri Alt Grubu Açısından Sağladığı Koruma", *International Journal of Social, Political and Economic Research*, C. 7, S. 4, 2020, s. 904-926.
- Uzunallı Sevilay, "Marka Hukukunda Malların ve/veya Hizmetlerin Benzerliğinin Tespiti Sorunu", *Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan*, İstanbul, 2017, s. 675-699.
- Yusufoğlu Fülürya, "Perakendecilik Hizmeti Sınıfı (35.05. Sınıf) ile Ürün Sınıfı Arasındaki İlişkilerin Marka Hukukundaki Etkisi", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, C. 17, S. 1, s. 335-385.

### İnternet Kaynakları

- "Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs)", [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/27-trips.pdf](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf) (Son erişim tarihi: 06.06.2021).
- EUIPO, Guidelines for Examination of European Union Trademarks, <https://guidelines.euipo.europa.eu/1922895/1923283/trade-mark-guidelines/1-introduction> (Son erişim tarihi: 06.06.2021).
- "Nice Agreement Concerning the International Classification of Goods and Services for the Purposes of the Registration of Marks", <https://wipolex.wipo.int/en/text/287437> (Son erişim tarihi: 06.06.2021).
- "Paris Convention for the Protection of Industrial Property", <https://wipolex.wipo.int/en/text/287556> (Son erişim tarihi: 06.06.2021).
- TÜRKPATENT 2015 tarihli Marka İnceleme Kılavuzu, <https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/F9E4CFAF-A7AE-4FEA-8BCC-DA8B5C7DAB00.pdf> (Son erişim tarihi: 17.10.2021).
- TÜRKPATENT 2021 tarihli Marka İnceleme Kılavuzu, <https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/CFF1AE84-9563-42D6-BC18-1EF3597D01CC.pdf> (Son erişim tarihi: 17.10.2021).
- [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Son erişim tarihi: 06.06.2021).
- [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr) (Son erişim tarihi: 06.06.2021).
- [ipcurgia.eu](http://ipcurgia.eu) (Son erişim tarihi: 06.06.2021).
- [www.peteryu.com](http://www.peteryu.com) (Son erişim tarihi: 05.06.2021).

### Diğer Kaynaklar

- Ünsal Önder Erol, "Markaların Tescili Konusunda Uluslararası Nis ve Viyana Sınıflandırmaları: Amaç, İşleyiş ve Uygulamaya İlişkin Değerlendirmeler", Türk Patent Enstitüsü Uzmanlık Tezi, Ankara 2001.



# TİCARET-İ BAHİRİYE KANUNNÂME-İ HÜMAYÛN HÜKÜMLERİNDE YOLCULARA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

REGULATIONS RELATED TO PASSENGERS IN THE PROVISIONS OF  
TİCARET-I BAHİRİYE KANUNNAME-I HUMAYUN

Merve ALTINBAŞ\*

**Özet:** Deniz taşımacılığı tarihten günümüze hem yük hem de yolcu nakliyatında önemli bir yer tutmuştur. Deniz yolu ile yapılan taşımacılık dönemin teknolojik şartlarına göre çeşitli sallarla, kayıklarla veya ticaret gemileri ile gerçekleştirilmiştir. Sanayi devrimi ile birlikte buharlı gemilerin icadı, deniz yolu ile daha fazla yükün ve daha geniş yolcu kitlelerinin taşınmasına imkân sağlamıştır. Zamanla genişleyen sınırlarına önemli su kaynaklarını ve denizleri dahil eden Osmanlı Devleti, sadece ticari ve askeri amaçlı değil yolcu taşımacılığında da söz konusu kaynakları etkin kullanma gayretinde olmuştur. Klasik dönemde örfi uygulamalarla ihtiyaca göre gelişen yolcu taşımacılığı, Tanzimat döneminde yürürlüğe giren Ticaret-i Bahriye Kanunnâme-i Hümayûn kapsamına alınmak suretiyle Osmanlı hukukunda normatif bir temele oturtulmuştur. Çalışmada Ticaret-i Bahriye Kanunnâme-i Hümayûn'un yolcu taşımacılığına ilişkin hükümleri, tamamlayıcısı olan diğer kanun hükümlerine temas edilmek suretiyle ele alınacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Osmanlı Devleti, Yolcu Taşımacılığı, Deniz Yolu Taşımacılığı, Ticaret-i Bahriye

**Abstract:** Maritime transportation has had an important place in both freight and passenger transportation from history to the present, and this transportation has been carried out by vehicles such as rafts, boats and merchant ships. As a result of the invention of steamships, more cargo and larger passenger masses began to be transported. The Ottoman Empire, which has important lakes within its borders, used the seas and lakes both in commercial transportation and passenger transportation. In the classical period, passenger transportation developed according to customary practices and needs. In the Tanzimat period, it was organized within the context of Ticaret-i Bahriye Kanunnâme-i Hümayûn and placed on a normative basis in Ottoman law. In this study, the provisions of the Ticaret-i Bahriye Kanunnâme-i Hümayûn regarding passenger transportation will be discussed by touching on the provisions of the other complementary laws.

**Keywords:** Ottoman Empire, Passenger Transportation, Sea Freight, Maritime Trade

\* Dr., Arş. Gör., Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Türk Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Elemanı, mervealtinbas@kku.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7094-0549, Makalenin Gönderim Tarihi: 01.07.2021, Kabul Tarihi: 01.07.2021



## Giriş

Ulaşım ve taşımacılık, bütün toplumların ticari, askeri ve toplum ihtiyaçlarının temininde her zaman önemli bir yer tutmuştur. İlk toplumlar su üzerinde ulaşımı sağlamak amacıyla, bağlanmış saz demetlerinin üzerine oturma, şişirilmiş keçi tulumlarının üzerine binme gibi yöntemler geliştirmişlerdir.<sup>1</sup> Daha fazla insan taşınması ve daha uzak mesafeleri aşabilme isteği ile sallar yapılmış, bunu izleyen süreçte ise kayıklar kullanılmaya başlanmıştır.

Hızlı ve tek seferde daha fazla miktar taşıma kapasitesi sağlama-sı, denizyolu taşımacılığını öne çıkaran özelliklerden olmuştur. Ancak güvenli bulunmaması, seferlerin hava koşullarına göre zamanlamasının değişmesi ve konfor şartlarının gelişmemiş olması gibi sebepler, deniz taşımacılığının karayolu taşımacılığı kadar etkin kullanılamamasını da beraberinde getirmiştir. Zaman içerisinde geniş kapasiteli ve hızlı gemilerin yapılmasıyla birlikte daha çok tercih edilir bir yön-teme dönüşmüştür.

Taşımacılıkta denizlerin yanı sıra akarsu ve göller de önemli bir rol oynamıştır. Özellikle açık denizlerdeki korsan faaliyetlerine maruz kalmaması ve hava muhalefetinden kaynaklı olumsuzlukların denizlerdeki kadar yıkıcı olmaması, taşımacılık açısından gölleri daha emniyetli kılmıştır. Akarsuların taşımacılıkta kullanılabilmesi için ise coğrafi açıdan elverişliliği aranmıştır. Bölgesel yağışların debiye etkisi kimi zaman çeşitli kazalara ya da ulaşımın tamamen durmasına sebep olurken kimi zaman da ulaşımı hızlandırıcı etki sağlamıştır.

Denizlerde, göllerde ve akarsularda sadece mal ve eşya taşımacılı-ğı yapılmamıştır. Bu ulaşım kanalları aynı zamanda insan taşımacılı-ğında da önemli bir görev üstlenmiştir. Yolcuların can ve mal güvenli-ği sağlanmaya çalışılarak kayıpların azaltılması amaçlanmış ve ortaya çıkan zararın tazmini yoluna gidilmiştir. Bununla beraber çeşitli du-rumlarda taşıyanı sorumluluktan kurtaran esaslara da yer verilmiştir. Zamanla gelişen teknolojinin bir getirisi olarak artan gemi kapasiteleri ve yolcu taşımacılığına münhasır gemilerle bu işin yapılmaya başlan-ması, daha kapsamlı ve yeknesak düzenlemeleri de gerekli kılmıştır.

<sup>1</sup> Mustafa Gürbüz Beydiz, Osmanlı Gemi Tasvirleri, Kabalcı Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 11.

Devletlerin deniz taşımacılığındaki gelişim süreçleri denizlerle olan sınırlarına, dönemin ihtiyaçlarına ve gemi yapım tekniklerine göre değişim göstermiştir. Taşımacılığın etkinliği arttıkça da hukuki ihtiyaçlar daha detaylı düzenlemeleri gerektirmiştir. Fetih politikası neticesinde Anadolu kıyı beyliklerinin sınırlara dahil edilmesi ile başlayan ve İstanbul'un fethi sonrası Akdeniz ticaretinde önemli bir yer edinen Osmanlı Devleti, Karadeniz'in Türk gölü haline gelmesiyle birlikte pek çok ulaşım ve ticaret yolunu hakimiyeti altına almıştır.<sup>2</sup> Osmanlı deniz taşımacılığı da zaman içerisinde gelişmekle beraber hem yolcu hem yük taşımacılığının kanuni temellere oturtulması, 1863 tarihinde Ticaret-i Bahriye Kanunnâme-i Hümayûn'un kabulü ile gerçekleşmiştir. Bu çalışmada bir temel teşkil etmesi açısından klasik dönem Osmanlı yolcu taşımacılığına temas edilmekle birlikte esas olarak Tanzimat sonrasında yolcu taşımacılığına ilişkin kanuni düzenlemenin kapsamı değerlendirilecektir.

## I. OSMANLI DEVLETİNDE DENİZ TAŞIMACILIĞI VE ULAŞIM

Kıyı beyliklerinin hakimiyet altına alınması ve fetih politikasının batıya çevrilmesi ile Osmanlı denizciliğinin gelişiminde temel hareket noktası donanmanın güçlendirilmesi olmuştur. Bu kapsamda Gelibolu, Sinop, İzmit, Süveyş, Birecik, Basra, Rusçuk, Samsun, Kefken gibi şehirlere tersaneler kurulmuş ve yeni gemi türleri inşa edilerek denizlerde etkin bir güce dönüşüm sağlanmıştır.<sup>3</sup> Bununla beraber hem padişah hem de halk için tahsis edilen kayıklar, ulaşımında önemli bir araç olarak kullanılmış; dönemin seyyahları tarafından da oldukça ilgi görmüştür.<sup>4</sup>

Deniz yolu ulaşımı, doğal etkenler ve güvenlik açısından sorunsuz bir ulaşım garantisi vermemiştir fakat Asya ile Avrupa kıtasını bir araya getiren İstanbul için her dönemde önemli bir yer tutmuştur. Haliç, Boğaziçi ve Marmara denizi kıyılarına uzanan şehir, deniz yolu taşımacılığı ile birbirine bağlanmıştır. Boğaz, Galata ve Üsküdar olmak

<sup>2</sup> Beydiz, s. 27; İdris Bostan, Osmanlı Deniz Ticareti, Küre Yayınları, İstanbul 2019, s. 8.

<sup>3</sup> Beydiz, s. 26.

<sup>4</sup> Beydiz, s. 26.

üzere üç hat olarak başlayan İstanbul deniz ulaşım ağı, XVI. yüzyılda otuz dokuz iskele üzerinde yürütülürken; XIX. yüzyıla gelindiğinde yüzü aşan bir sayıya ulaşmıştır.<sup>5</sup> Bunun dışında deniz ulaşımında diğer önemli rotalar İzmir, Trabzon gibi ticari faaliyetin yoğun olduğu liman şehirleri olmuştur.

Denizlere ek olarak ulaşım ağında kullanılan diğer kaynaklar ise akarsu ve göllerdir. Tek seferde yüksek miktarda yük ve yolcu kapasitesi sunan akarsu taşımacılığı; tek yönlü ulaşım sağlamaları, iklimden etkilenmeleri, özellikle suyun az olduğu zamanlarda akarsu yatağındaki taşların gece güvenli seyahati engellemesi, konaklanan yerde yolcu ve eşyaların eşkiya saldırılarına uğraması gibi olumsuzlukları da beraberinde getirmiştir.<sup>6</sup>

Gerek iklim gerekse coğrafi koşullar sebebiyle kara yoluyla ulaşımın mümkün olmadığı ya da zor olduğu yerlerde ulaşım ağına hizmet eden akarsulara Fırat ve Dicle örnek olarak gösterilebilir.<sup>7</sup> Bu açıdan yine Van Gölü üzerinde yapılan taşımacılık, Van-Tatvan ve Ahlat arasında önemli bir ulaşım ağı sağlamıştır.<sup>8</sup> Van Gölü, İran sınırına yakın olması sebebiyle dış ticaret yolları açısından da önemli bir kavşak noktası olmuştur. XIX. yüzyılda Van Gölü'nde seksen yedi yelkenli geminin bin kırk dört yolcu kapasitesiyle hizmet verdiği bilinmektedir.<sup>9</sup> Bununla birlikte gölün suyunun sodyum ve potasyum açısından yüksek değerlere sahip olması, kullanılacak gemi türlerini kısıtlamıştır.<sup>10</sup> Akarsuların emniyetli ve konforlu bir seyahat sunmaları ise daha çok coğrafi koşullara bağlı olmuştur. XIX. yüzyıla kadar çoğunlukla kelek<sup>11</sup> adı verilen basit sallarla ve şahtur adı verilen yelkenli gemilerle

<sup>5</sup> Tülay Duran, *Türk Denizciliği ve Deniz Ticareti Kaynakları, Vapur Donatanları ve Acenteleri Derneği*, Aydoğan Matbaası, İstanbul 2002, s. 635, 636.

<sup>6</sup> Tuncay Ögün/Halit Baş, "Dicle-Fırat'ta Geleneksel Nehir Taşımacılığı ve I. Dünya Savaşı'nda Irak Cephesinde Kullanımı", *History Studies*, Volume 8, Issue 3, September 2016, s. 88, 89.

<sup>7</sup> Kara yoluyla yirmi günde aşılın Diyarbakır-Basra yolunun Dicle nehri vasıtasıyla beş ila altı günde aşılabildiği hakkında bkz. Ögün/Baş, s. 88.

<sup>8</sup> Orhan Kılıç, "Orta ve Yeniçağ'da Van Gölü'nde Gemi Yapımı, Taşımacılık ve Ticaret", *Tarih ve Coğrafya Araştırmaları Dergisi*, S. 5/2, Aralık 2019, s. 14.

<sup>9</sup> Kılıç, s. 10.

<sup>10</sup> Duran, s. 643.

<sup>11</sup> Büyük keleklerin 6-8 ton ağırlığında taşıma kapasitesine sahip oldukları bilinmektedir. Ömer İşbilir, "Yük", *DİA*, İstanbul 2013, C. 44, s. 48. Özellikle hayvanların taşıma kapasitelerinden oldukça fazla miktarda yükü tek seferde taşıyabilmeleri nehir taşımacılığının tercih edilmesinde önemli bir faktör olmuştur.

eşya ve yolcu taşımacılığı yapılan Fırat ve Dicle’de, bu tarihten sonra buharlı gemiler hizmet vermeye başlamıştır.<sup>12</sup> Dicle nehrinin debisi her mevsim taşımacılığa izin verirken, Fırat nehrinin debisindeki değişkenlik ve nehir yatağındaki taşların vasıtalara zarar verdiği bilinmektedir.<sup>13</sup>

Osmanlı Devleti’nde taşımacılık uzun mesafelerde yük gemileriyle, kısa mesafelerde kayıklarla gerçekleştirilmiştir. Kayıklar, belirli bölgeler arasında tarifeli seferler yapmanın yanı sıra büyük gemilerin yanaşabileceği iskelelerin olmaması ve karaya oturma riskleri sebebiyle açıkta bekleyen gemilerden kıyıya transferlere de aracılık etmişlerdir.<sup>14</sup> Ulaşımında temel araçlar olan gemi ve kayıklar, kapasite ve özelliklerine göre farklı isimlerle anılmışlardır. Gemi yapım tekniğindeki ilerlemelere göre kürekli gemiler, yelkenli gemiler ve buharlı gemiler dönemi olmak üzere üç döneme ayrılan Osmanlı denizciliği<sup>15</sup>, ulaşımında da bu ilerlemeye paralel bir seyir izlemiştir.<sup>16</sup>

Osmanlı yolcu taşımacılığında kullanılan taşıtlar incelendiğinde sandal, piyade, pazar kayığı ve pereme gibi kayık türlerine rastlanmaktadır.<sup>17</sup> Güvertesi olmayan ve kürekli bir kayık türü olan sandallar, Şirket-i Hayriye vapurlarına kadar İstanbul’un iki yakası arasında ulaşımı sağlamışlardır.<sup>18</sup> Yolcu taşıma amacına hizmet eden ve kürek gücü ile hareket eden piyadeler, Boğaz ve Haliç kıyılarında etkin kullanılmışlardır.<sup>19</sup> Yelken takılması yasak olan pazar kayıkları ise elli ila altmış kişilik kapasitelerle yolcu taşımacılığında kullanılmış; şahıslar veya vakıflar tarafından çalıştırılmıştır.<sup>20</sup> XVI. ve XVII. yüzyıllarda daha çok tercih edilen ulaşım araçlarından olan peremeler, deniz taşıtlarında makine kullanımının başlaması ile kürek ve yelken dona-

<sup>12</sup> Ögün/Başı, s. 87; Duran, s. 642.

<sup>13</sup> Ögün/Başı, s. 84.

<sup>14</sup> Eser Tutel, Seyr-i Sefain Öncesi ve Sonrası, İletişim Yayınları, İstanbul 1997, s. 200; Türk Denizcilik Tarihi, Ed. İdris Bostan/Salih Özbaran/Zeki Arıkan, Lütfü Sancar, Deniz Kuvvetleri Komutanlığı, İstanbul 2009, C. 1, s. 334.

<sup>15</sup> Türk Denizcilik Tarihi, C. 1, s. 269.

<sup>16</sup> Duran, s. 636.

<sup>17</sup> Donanma, taşımacılık ve ulaşımında kullanılan tüm kayık ve gemi türleri için bkz. Beydiz, s. 44.

<sup>18</sup> Duran, s. 641; Beydiz, s. 47.

<sup>19</sup> Duran, s. 641; Beydiz, s. 49.

<sup>20</sup> Duran, s. 641; Beydiz, s. 51.

nımlarını kaybetmişlerdir.<sup>21</sup> Kürekli ve yelkenli gemi dönemini izleyen üçüncü dönemde ise makine gücü devreye girmiştir. Osmanlı denizciliğinde yolcu taşımada kullanılan makine aksamı gemiler ise istimbotlar ve vapurlardır.<sup>22</sup> İlk başlarda buhar gücü ile çalışmalarından dolayı buğ gemisi olarak da anılan gemiler, daha sonra kömür ve motorin ile işlemişlerdir.<sup>23</sup>

Ulaşımın sağlanmasında etkin rol oynayan kayıkçılar, denetime tabi tutulmanın yanı sıra, düzen içerisinde çalışmışlardır. Bir esnaf teşkilatı şeklinde örgütlenen kayıkçıların başında kayıkçılar kethüdası yer almış ve düzenin sağlanmasında önemli görevler üstlenmiştir.<sup>24</sup> İskelelerdeki esnaf ve kayıklar kayıt altında tutulmuştur.<sup>25</sup> Her bir kayıkçı, kendi bölgesinde ve önceden belirlenmiş olan nöbet usulüne göre görev yapmıştır. Kayıkların cinsine göre alabilecekleri yolcu sayısı ve yolculardan alınacak ücretlere ilişkin düzenlemeler yapıldığı da yine dönemin mahkeme kayıtlarında yer alan fermanlardan anlaşılmaktadır.<sup>26</sup> Buharlı gemilerin Osmanlı sularında kullanılmaya başlanması ile birlikte kısa zamanda hareketlilik kazanan ve yabancı şirketler tarafından verilen ulaşım hizmetleri Karadeniz, Marmara ve Ege hatları üzerinden gerçekleştirilmeye başlanmıştır.<sup>27</sup> Artan yolcu sayısı ile

<sup>21</sup> Beydiz, s. 58.

<sup>22</sup> Beydiz, s. 72.

<sup>23</sup> Osman Nuri, "İstanbul'da Vesait-i Nakliye Şirket ve İdareleri", *Şehremaneti Mecmuası*, İstanbul 1341, S. 1, s. 275; Mehmet Zeki Pakalın, *Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü*, İstanbul 1993, C. 1, s. 245.

<sup>24</sup> Kumkapı- Samatya iskelesi kayıkçılarının taşıyabilecekleri azami yolcu sayısının on iki olarak belirlenmiş olmasına rağmen bu sayıya uymayan esnafın bulunduğu ve kayıkların fazla yolcu sebebiyle batma tehlikelerinin bulunduğuna ilişkin ilgili iskele kethüdaların beyanlarına dair ilam hakkında bkz., İstanbul Kadı Sicilleri: İstanbul Mahkemesi 24 Numaralı Sicil, Ed. Coşkun Yılmaz, TDV Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, İstanbul 2010, C. 21, s. 99.

<sup>25</sup> İstanbul iskelelerindeki toplam kayık sayısı ile bu kayıklarda çalışan kişilerin ve kayık sahiplerinin isimlerinin kaydedilmesi gerektiğine dair buyruldu için bkz. İstanbul Kadı Sicilleri: İstanbul Mahkemesi 24 Numaralı Sicil, s. 429, Buyruldu hükmü gereği Langa Yenikapısı, Samatya, Bahçekapısı, Balıkpazarı, Balat iskelelerinde kayıtlı kayıkçıların listesi için bkz. İstanbul Kadı Sicilleri: İstanbul Mahkemesi 24 Numaralı Sicil, s. 230-236.

<sup>26</sup> Beşiktaş ve Ortaköy iskelelerinde kayıtlı kayıkçı esnafının alabileceği yolcu sayısı ve ücrete ilişkin bkz. İstanbul Kadı Sicilleri: İstanbul Mahkemesi 24 Numaralı Sicil, s. 140; İstanbul ve Üsküdar arasındaki yolcu nakline ilişkin ücret tarifesi için bkz. İstanbul Kadı Sicilleri: Üsküdar Mahkemesi 26 Numaralı Sicil, Ed. Coşkun Yılmaz, TDV Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, İstanbul 2010, C. 7, s. 450.

<sup>27</sup> Duran, s. 637. Şirket tarifeleri ve ücretler için ayrıca bkz. Osman Nuri, s. 278 vd.

birlikte yerli şirketlerin kurulması yoluna gidilmiştir.<sup>28</sup> İlk yerli şirket olan Şirket-i Osmaniye, Boğaziçi, Eminönü-Üsküdar hattında hizmet vermek üzere 1857’de kurulmuş; 1883’te kurulan İzmir merkezli Hamidiye şirketi ise İzmir körfezindeki iskeleler arasında ulaşımı sağlamıştır.<sup>29</sup>

XIX. ve XX. yüzyıl içerisinde ulaşım hizmeti amaçlı pek çok şirket kurulmasının yanı sıra, verilen hizmetlerin aksamaması için yeni birtakım düzenlemeler yapılmıştır. Bunlar arasında yeni iskeleler açılması, iskele girişlerinde bilet satışı, bazı nehirlerin birleştirilerek gemi işletilmeye uygun hale getirilmesi gibi ulaşım ağının daha etkin ve verimli kullanılmasına yönelik girişimler dikkat çekmektedir. Ayrıca kadınlara da vapura binme hakkı tanınmış; vapurların kapasitelerine göre yolcu almasına ve izdihamın engellenmesine yönelik uyarılar sık sık yönetim tarafından tekrarlanmıştır.<sup>30</sup> Bunlara ek olarak sisli havalarda denizde işaret kullanma, sis işaret düdüklelerinin kullanımı, belirli rotalarda projektör yakma mecburiyeti gibi esaslar getirilerek hem deniz trafiğinin düzenlenmesi hem de kazalara sebebiyet verilmemesi adına idari önlemler alınmaya çalışılmıştır.<sup>31</sup> 1863 tarihli Ticaret-i Bahriye Kanunnâme-i Hümayûn’un yürürlüğe girmesi ile birlikte yük ve yolcu taşımacılığı kanuni bir temele oturtulmuş ve bu konulardaki uyuşmazlıklar ilgili yargı mercileri tarafından çözümlenmiştir.

## II. TİCARET-İ BAHİRİYE KANUNNÂME HUMÂÛUNU VE YOLCU TAŞIMACILIĞINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Osmanlı Devleti’nin pek çok alanda yeni girişimlerde bulunduğu Tanzimat döneminde, yabancı kumpanyalara ek olarak yerli kumpanyalar da kurulmuş, ulaşım ve taşımacılık bir sektör haline gelmiştir. Yapılan hukuki düzenlemelerle değişen şartlara ve gelişen sektöre yön vermeye çalışılmıştır. Bu kapsamda Tanzimat dönemi Osmanlı hukukunda deniz ticaretine ilişkin yapılan kanuni düzenleme, Ticaret-i Bahriye Kanunnâme-i Hümayûn adı altında yürürlüğe girmiştir.<sup>32</sup>

<sup>28</sup> Duran, s. 637 vd.

<sup>29</sup> Söz konusu şirketlere dair ayrıntılı bilgi için bkz. Duran, s. 637.

<sup>30</sup> Duran, s. 642, 643.

<sup>31</sup> Duran, s. 642, 643.

<sup>32</sup> 1807 tarihli Code de Commerce’in II. kısmından çevrilen Kanun on dört fasıldan oluşmaktadır.

Ticaret-i Bahriye Kanunnâme-i Hümayûn'un büyük bir kısmı Fransız Kanunu'ndan çeviri suretiyle alınmış olmasına rağmen, yolculara ilişkin fasıl Hollanda Kanunu'ndan çevrilmek suretiyle ilgili bölüme eklenmiştir.<sup>33</sup> Ticaret-i Bahriye Kanunnâme-i Hümayûn'da yolcular hakkındaki hükümlere dokuzuncu fasıl altında, 135-150. maddeleri arasında yer verilmiştir. "Yolcular hakkındadır" başlığıyla ele alınan bu bölümde, yolcu taşıma sözleşmelerinin kapsamı ve çeşitli sorumluluk hükümlerine ilişkin hususlar düzenlenmiş ve bu sözleşmeler gemi kirasının bir türü olarak değerlendirilmiştir.<sup>34</sup> Kanun'da özel bir düzenlemeye gidilmeyen durumlarda ise tamamlayıcı kanun olarak Mecelle hükümlerine başvurulmuştur.

### III. DENİZ YOLU İLE YOLCU TAŞIMA SÖZLEŞMESİNİN TARAPLARI, UNSURLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Ticaret-i Bahriye Kanunnâme-i Hümayûn'da deniz yolu ile yolcu taşıma sözleşmelerinin tanımına yer verilmemiştir. Sözleşmelerin içeriğinde bulunması gereken unsurlar ve tarafların sorumluluğuna ilişkin şartlar ise ilgili maddelerde dağınık olarak yer bulmuştur.

Taşıma sözleşmeleri, iki veya daha fazla tarafın dahil olduğu, taraflara karşılıklı edimlerin yüklendiği sözleşmeler olmakla birlikte; Kanun'da bu hususa dair açık bir tanımlama yer almamıştır. Ancak deniz yolu ile yolcu taşıma sözleşmelerinde tarafların yolcu ve taşıyan olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır.<sup>35</sup> Söz konusu maddelerde yolcu, kaptan ve kumpanya kavramları kullanılmıştır. Taşıma sözleşmesinde taşınan sıfatı yolcuyu, taşıyan sıfatı ise taşıma işi yapan tarafı ifade etmektedir. Kaptan gemi sahibi, donatan veya kumpanya sahibi olmadığı sürece vekil veya memur sıfatıyla taşıyan sayılmıştır. Bu sıfatlar, sorumluluk esaslarında tarafların yükümlülüklerinin belirlenmesinde önem arz etmektedir. Yolcunun, yanında taşıdığı eşya açısından ise taşıtan sıfatını yüklediği görülmektedir.<sup>36</sup>

<sup>33</sup> Kostaki Vayani, Mücmel Ticaret-i Bahriye Kanunu Şerhi, Mahmut Bey Matbaası, İstanbul 1313/1896, s. 266.

<sup>34</sup> Mekki Hikmet, Hukuk-ı Ticaret-i Bahriye, Evkâf-ı İslamiye Matbaası, İstanbul 1926, s. 19.

<sup>35</sup> Demiryolu, vapur gibi vasıtalarda seyahat eden kişiler yolcu olarak tanımlanmıştır. Bkz. Şemsettin Sami, Kamus-i Türki, İkdâm Matbaası, İstanbul 1317/1901, C. 2, s. 1568.

<sup>36</sup> Nakliye komisyoncularının (siparişçi ve emanetçi) deniz yolu ile yük taşıma

Deniz yolu ile yolcu taşıma sözleşmelerinin kurulabilmesi için öncelikle navlun sözleşmelerinde olduğu gibi tarafların birbirine uygun karşılıklı irade beyanlarını sunmaları gerekmektedir. Bu husus, Mecelle'nin kira sözleşmeleri başlığı altında "Bey' gibi icare dahi icab ve kabul ile mün'akid olur." ifadesiyle yer bulmuştur.<sup>37</sup> Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarına ek olarak ücret üzerinde mutabakata varmaları, sözleşmenin tamamlanması için aranan ikinci şarttır.<sup>38</sup> Ücretin nama veya hamiline yazılı bir bilet veya kontrato üzerinde belirtilmesi gerektiği Kanun'un 137. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre sözleşme uyarınca bir bilet veya kontrato düzenlenmekle beraber, ücret de bu bilet veya kontratoda belirtilmelidir. Ücret belirlenmeden yolcunun vasıtaya bindiği durumlarda çıkan uyuşmazlıkların ise bilirkişi aracılığıyla belirlenen ücret mukabilinde çözümleneceği düzenlenmiştir.<sup>39</sup> Bu hükme göre bilet veya kontrato düzenlenmesi şartının bir ispat vasıtası olarak arandığı anlaşılmaktadır. Nama yazılı düzenlenen bilet ve kontratoların devredilebilmesi durumunda sözleşmenin tarafında değişiklik olacağından, bu durum kaptanın rızasına bağlanmıştır.<sup>40</sup>

### A. Denizde Yolcu Taşıma Sözleşmesinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri

Yolcu taşıma sözleşmeleri taraflara çeşitli haklar tanımakla birlikte bazı yükümlülükleri de beraberinde getirmiştir. Kanun'da tarafların haklarına ve yükümlülüklerine dair hususlar, birden fazla maddede dağınık olarak yer almıştır.

Yolcuların yükümlülükleri ücret ödeme, kaptanın talimatlarına uyma, yolculuk zamanında gemide bulunma ve beraberindeki eşyayı ilgili memura teslim etme olarak sayılmış; taşıyanın yükümlülükleri

sözleşmelerinde yaptıkları işlemlerdeki hak ve yükümlülükleri Ticaret-i Berriye Kanunnâmesi'nin 56-69. maddelerinde belirtilmiştir. Düstur, Birinci Tertip, C. 1, s. 385 vd.

<sup>37</sup> Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l Ahkâm, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, İstanbul 2020, C. 1, s. 644.

<sup>38</sup> Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, C. 1, s. 643.

<sup>39</sup> Düstur, Birinci Tertip, C. 1, s. 503.

<sup>40</sup> Madde 138: Kontrato veya bilet yolcunun nâmına tanzim ve itâ olunduğu halde kapudanın rıza ve muvafakati olmadıkça yolcu hakkını şahs-ı diğere devredemez, Düstur, Birinci Tertip, C. 1, s. 503.



ise gemiyi sefere hazır tutmak ve yolculuk sona erece kadar yolcunun ve usulünce kendisine teslim edilmiş bagajların belirlenen yere kadar güvenle ulaşımını sağlamak olarak belirlenmiştir.

### 1. Yolculara İlişkin Haklar ve Yükümlülükler

Yolcu, alacağı taşıma hizmeti karşılığında ücret ödemekle yükümlüdür. Gemiye alınacak her yolcunun ücret ödemesi ve buna mukabil düzenlenmesi gereken belgeler 137. maddede kontrato ve bilet olarak sayılmıştır.<sup>41</sup> Navlun miktarı, bir diğer ifade ile taşıma bedeli, yolcunun kendi adına veya açık olarak hamiline verilmek üzere düzenlenmiş olan bir kontrato veya bilet ile belirlenir. Ancak yolcu, bu iki yöntemden biriyle navlun belirlenmeden seyahat etmiş olabilir. Böyle bir durumda ise taraflar aralarında bedel konusunda anlaşma yoluna giderler; bedel üzerinde bir uyuşmazlık ortaya çıkması halinde ise bilirkişi tarafından ecr-i misil belirlenmesi gerekir.<sup>42</sup> Ecr-i misil, Mecelle'de icare başlığı altında 414. maddede açıklanmıştır. Buna göre ecr-i misil, konusunda uzman kişiler tarafından ilgili mal, zaman ve yer unsurları temelinde benzer durumları gözeterek belirlenen ücrettir.<sup>43</sup>

Bilet veya kontrato düzenlemek, kaptanın bir yükümlülüğü olarak karşımıza çıkmakla beraber; düzenlenen bilet ve kontratoyu isteme hakkı da dolaylı olarak yolcuya tanınmıştır. Ancak Kanun'un 138. maddesinde, düzenlenen bu belgelerin devrine ilişkin nama ve hamiline olanlar için ayrıma gidildiği ve nama yazılı olanlar için özel bir düzenleme yapıldığı görülmektedir. Buna göre kontrato veya bilet, yolcunun adına düzenlenip verilmiş ise kaptanın rıza ve izni olmadıkça, yolcu seyahat hakkını başka birine devredemez.<sup>44</sup> Çünkü bu kontratolar, adi senet hükmünde sayılmış ve havale ile devrinin

<sup>41</sup> Madde 137: Navlun miktarı yolcunun kendi namına veya açık olarak hamiline verilmek üzere tanzim olunmuş olan bir kontrato veya bilet ile tayin eder. Eğer yolcu bedeli navl-ı mukaveleye rapt olunmaksızın sefineye binip gitmiş ise navl misl-i i'tası lazım gelip bu dahi tarafeyn uyuşamadıkları halde mahkeme tarafından ehl-i hibre marifetiyle tayin kılınır, Düstur, Birinci Tertip, C. 1, s. 503.

<sup>42</sup> Kostaki Vayani, s. 268.

<sup>43</sup> Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, C. 1, s. 613.

<sup>44</sup> Madde 138: Kontrato veya bilet yolcunun nâmına tanzim ve i'tâ olduğu halde kapudanın rıza ve muvafakatı olmadıkça yolcu hakkını şahs-ı diğere devredemez, Düstur, Birinci Tertip, C. 1, s. 503.

gerçekleştirileceği kabul edilmiştir.<sup>45</sup> Mecelle’de havalenin unsurlarına yer veren 682. maddesine göre; borçlu ile alacaklı arasında yapılan havalenin yasal ve geçerli olabilmesi için borcu kabul eden kişiye havalenin bildirilmesi ve onun da kabulü gereklidir.<sup>46</sup> Seyahat hakkının devredilmesinde kaptanın rıza ve izninin aranması, Mecelle hükmü ile bağdaşır bir düzenlemenin yapıldığını göstermektedir. Nama yazılı olmayan biletler ise açık bilet olarak anılmış ve bunların kaptanın rızası olmaksızın başka birine devredilebilmesi hususunda engelleyici bir hükme yer verilmemiştir. İdare-i Mahsusa ve Şirket-i Hayriye vapurlarının biletleri, bu tür biletlerden sayılmıştır.<sup>47</sup>

139. madde içeriğine bakıldığında, yolcunun hazır olma borcunun düzenlendiği görülmektedir.<sup>48</sup> Geminin kalkış ve hareketi için belirlenen zaman ve saatte yolcu seferin başlamasından önce gemiye gelmez ve yolculuk esnasında güzergâh üzerinde herhangi bir iskeleden gemiye binmezse kaptan beklemeye mecbur değildir. Böylece yolculara yolculuk için belirlenen yerde ve zamanda bulunma borcu, Kanun tarafından yüklenmiştir.

Eşya taşımadaki istarya süresi, yolcu taşımada geçerli değildir.<sup>49</sup> Yolcunun, geminin kalkış zamanında hazır olması gerekir. Eğer yolcu, yoldaki herhangi bir iskeleden de binmemişse, kaptanın yolcu almada gerekliyle sorumlu tutulması mümkün değildir; çünkü yolcunun taksirinden kaynaklanan bir durum söz konusudur.<sup>50</sup> Ancak bu durum, yolcuyla navlun ödeme borcundan kurtarmaz.<sup>51</sup>

<sup>45</sup> Nusret Hilmi, Şerhli Kanunnâme-i Ticaret-i Bahriye, Karabet ve Kasbar Matbaası, İstanbul 1303/1886, s. 130.

<sup>46</sup> Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, C. 2, s. 1054.

<sup>47</sup> Kostaki Vayani, s. 269.

<sup>48</sup> Madde 139: Sefinenin kıyam ve hareketi için tayin olunan vakit ve saatte yolcu seferin bida`ından evvel sefineye gelmez ve esnay-ı râhda dahi taşraya çıkıp avdet etmez ise kapudan beklemeye mecbur olmayarak hareket edebilir ve yolcu dahi navl bedelini tamamıyla te`diyeye mecburdur, Düstur, Birinci Tertip, C. 1, s. 503.

<sup>49</sup> İstarya/istariye, kelime olarak duraklama günleri demektir, Türkzâde Hafız Mehmed Ziyaeddin Efendi, Osmanlı Hukuk Sözlüğü, Haz. Fethi Gedikli/İbrahim Enes Onat, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s. 116. Kanun’un 108. Maddesinde yüklemenin veya yüklü olan gemiden tahliyenin yapılacağı günler olarak açıklanan istarya günlerinde navlun bedeli işlemez, Düstur, Birinci Tertip, C. 1, s. 495.

<sup>50</sup> Nusret Hilmi, s. 131.

<sup>51</sup> Kostaki Vayani, s. 270.

Yolcunun sözleşmenin feshi talebine ilişkin hüküm ise 140. maddede düzenlenmiştir.<sup>52</sup> Buna göre yolcu seferin başlamasından önce kontratosunun feshi talebinde bulunduğunu beyan etmişse ya da bunu beyan etmeyip de vefat, hastalık yahut şahsına ait diğer bir geçerli özrün ortaya çıkmasıyla gemiye gelemediği bildirilmişse, navlun bedelinin yeniden belirlenmesi gerekir.<sup>53</sup> Ancak bu hususlar yolculuk sırasında meydana gelirse, yolcu navlun bedelinin tamamını ifaya borçludur. Mücbir sebepten kaynaklı bir engelin ortaya çıkması halinde hareket öncesinde taşıma sözleşmesi feshedilirse, vapur sahibi veya acente, feshi gerçekleştiren yolcu yerine başka bir yolcuyu almaya hak kazanır. Bu durumda navlunun yarısının ifası yeterli kabul edilmiştir. Ancak yolculuk sırasında sözleşme feshedilirse ilgili yolcuya ayrılan kısım başkasına tahsis edilemeyeceği için navlunun tamamının ödenmesi gerekir.<sup>54</sup>

Yolcunun kontratosu gereğince beraberinde eşya götürebilmesi bir hak olarak, bu eşya için belirlenen durumlar dahilinde navlun ödemesi ise bir yükümlülük olarak 146. maddede düzenlenmiştir.<sup>55</sup> Yolcunun yanında taşıdığı eşya bagaj olarak tanımlanmakla birlikte<sup>56</sup>, Kanun'da bagaj kavramı kullanılmamıştır. İlgili hükümde yolcunun ihtiyacı kadar olan eşyayı taşıyabileceği ve bunun ücret gerektirmeyeceği düzenlenmiştir.<sup>57</sup> Fakat aksine yapılan bir sözleşme varsa veya yolcunun yanında bulunan bagajı vapurun tarifesinde gösterilen miktardan fazla ise navlun ödenmesi gerekecektir.<sup>58</sup> Ayrıca her durumda bagajın yolcunun sefer esnasındaki ihtiyacından fazla olmaması şartı aranmıştır.<sup>59</sup>

<sup>52</sup> Madde 140: Yolcu seferin bida`ından evvel kontratosunun feshi muradında bulunduğunu beyan ettiği yahut bunu beyan etmeyip de vefatı veya hastalığı cihetle yahut şahsına ait diğer bir özrü meşru' zuhuruyla sefineye gelmediği tebeyyün eylediği halde bedel-i navlun yalnız nısfını tediye mecbur olur ve eğer bu hususlar esnay-ı râhda vaki' olur ise navl bedelini tamamıyla ifaya borçludur, Düstur, Birinci Tertip, C. 1, s. 503.

<sup>53</sup> Nusret Hilmi, s. 131.

<sup>54</sup> Kostaki Vayani, s. 270-271; Mişon Efendi, Hukuk-ı Ticariye-i Bahriye, Kanaat Matbaası, İstanbul 1330/1914, s. 139.

<sup>55</sup> Madde 146: Yolcunun kontratosu mucibince beraberce gemide götürmeye me'zun olduğu eşya için navlun vermeye mecbur değildir. Meğer ki bunun için navlun i'tâsı hakkında başkaca bir mukavele ola, Düstur, Birinci Tertip, C. 1, s. 504-505.

<sup>56</sup> Dönem kaynaklarında bagaj kelimesi seyahat veya harb eşyası olarak yer almaktadır, Kostaki Vayani, s. 276; Mehmed Bahâeddin Toven, Yeni Türkçe Lugat, Evkâf-ı İslâmiye Matbaası, İstanbul 1346/ 1927, s. 141.

<sup>57</sup> Kostaki Vayani, s. 276.

<sup>58</sup> Kostaki Vayani, s. 276.

<sup>59</sup> Nusret Hilmi, s. 135.

Bu kapsamda yolcunun birkaç çuval kahve ve pirinç, üç fıçı yağ ve pekmez ya da iki yüz binden fazla mecediye veya metelik gibi madeni parayı yanında taşıması, örf ve adete göre bagajdan sayılmamış ve ecr-i misil uyarınca ek navlun ödenmesi gerekli görülmüştür.<sup>60</sup>

Gemiye alınmış tüm yolcuların, geminin güvenliğine ilişkin kaptan tarafından verilen emir ve talimatlara uyması gereklidir.<sup>61</sup> Geminin bağlı olduğu kumpanyanın müdürü dahi bu emir ve talimatları dikkate almak ve uygulamakla mükelleftir.<sup>62</sup> Seferi yöneten kişi kaptandır. Böylece olası bir itaatsizliğin doğuracağı sonuçların engellenmesi amaçlanmış, gemide ortaya çıkabilecek zarar ve kayıpların önüne geçilmeye çalışılmıştır. Buna ek olarak yolcunun yolculuk esnasında ihtiyaç duyacak kadar yiyecek taşıma yükümlülüğü de Kanun'da yer alan diğer bir düzenlemedir.

## 2. Taşıyana İlişkin Haklar ve Yükümlülükler

Kanun, yolcu taşıma sözleşmesinde taşıyan sıfatına sahip kişileri doğrudan saymamıştır. Gemi sahibi, donatan ve ortaklar gemi taşıma sözleşmelerinde ilgili şahıslar olarak nitelendirilmekle birlikte<sup>63</sup> yolcu taşıma sözleşmelerinin sorumluluk hükümlerinde kumpanyalar da eklenmiştir.<sup>64</sup> Her ne kadar seferi yönetme ve sorumluluk alma yetkisi kaptanda olsa da kaptan tacir değildir; geminin sevk ve idaresi için yaptığı tüm işlemlerde taşıyan ad ve hesabına ya memur ya da vekil sıfatıyla işlem yapar.<sup>65</sup>

Taşıma sözleşmesinde taşıyan, gemiyi hizmete hazır tutmakla yükümlüdür.<sup>66</sup> Bu yükümlülük, Kanun'da dolaylı olarak zikredilmiş ve sefere hazır olduğunun ispatlanamaması halinde mürur tezkeresi verilmeyeceği belirtilmiştir.<sup>67</sup>

<sup>60</sup> Kostaki Vayani, s. 276.

<sup>61</sup> Madde 136: Derûn-u sefineye kabul olunmuş olan yolcu, sefinenin umûru zabıtasına dair kapudanı canibinden vâkî' olan emir ve tembihlere tabî' olmak lazımdendir, Düstur, Birinci Tertip, C. 1, s. 502-503.

<sup>62</sup> Kostaki Vayani, s. 267.

<sup>63</sup> Mekki Hikmet, s. 18.

<sup>64</sup> Bkz. Madde 142, Düstur, Birinci Tertip, C. 1, s. 503.

<sup>65</sup> Mekki Hikmet, s. 108.

<sup>66</sup> Mekki Hikmet, s. 116.

<sup>67</sup> Madde 40: Sefinenin seyr-ü seferine lazım olan mühimmatın hazır olup olmadığı ve seyr-ü sefer edebilecek halde bulunup bulunmadığı bilinmek için tahmilinden

Kanun'da yer alan bir diğer yükümlülük ise yolcu kabulüne ilişkindir. 135. maddeye göre posta vapuru gibi yolcu taşımaya tahsis edilmemiş vapurlarda, kaptan yolcu kabul etmeye mecbur edilemez.<sup>68</sup> Söz konusu maddeden yükleten gibi yükü doğrudan bağlantılı ya da sigortacı gibi yükü dolaylı bağlantısı olan kişilerin gemiye her durumda alınabileceği anlaşılmaktadır. Ayrıca maddenin lafzından yolcu taşımaya mahsus gemilerin her durumda yolcu kabul etme yükümlülüklerinin olduğu sonucuna varılsa da kaptan, gemi kapasitesini aşılması ya da yolcunun sarhoş olması gibi sebeplerle yolcuları gemiye almama hakkına sahiptir.<sup>69</sup> Eğer kaptanın rızası varsa, buna da engel olunamaz.<sup>70</sup>

Kanun'un 149. maddesinde taşıyana, navlun bedelinin kendisine ödenmemesi halinde yolcuların eşyaları üzerinde imtiyaz hakkı tanıdır.<sup>71</sup> İmtiyaz hakkının temeli ise kiraya verenin, geminin yaptığı sefer üzerinden alacaklı olmasına dayanmaktadır. Bu kapsamda taşıyan, taşınan yolcunun eşyası üzerinde de imtiyaz sahibidir. Navlun bedeli için öngörülmüş imtiyaz hakkı, sefer esnasında verilen yemek bedeli için de geçerli sayılmıştır. Fakat bu hakkın kullanılabilmesi için eşyanın gemiden ya da kaptan tarafından emaneten bırakıldığı yerden çıkarılmaması şartı aranmıştır.<sup>72</sup>

## B. Yolcu Taşıma Sözleşmelerinde Taşıyanın Sorumluluğu

Kaptanın sorumluluğu, gemi sahibi ile kaptan arasındaki sorumluk ve kaptanın tayfasının hatalarından doğan sorumluluk hükümleri;

---

evvel kapudan ticaret mahkemesi ve olmadığı yerlerde ticaret kaçırlarıyası\* ve bu dahi bulunmadığı mahallerde meclis-i belde tarafından, mahsusan tayin olunacak ehl-i hibre marifetiyle gemisini keşif ve muayene ettirmek mecbur olacaktır, Düstur, Birinci Tertip, C. 1, s. 478.

<sup>68</sup> Madde 135: Posta vapuru gibi yolcu taşımaya mahsus olmayan sefine hamulede hiçbir alakası olmayan yolcuların kabulüne kapudan icbar olunamaz, Düstur, Birinci Tertip, C. 1, s. 502.

<sup>69</sup> Kostaki Vayani, s. 267.

<sup>70</sup> Nusret Hilmi, s. 129.

<sup>71</sup> Madde 149: Henüz te`diye olunmamış olan navl ve nafaka bedelinin istihsali için yolcunun sefine derûnunda olan eşyası üzerinde kapudanın hak tevkifi ve imtiyaz olup fakat bu hak ve imtiyaz yalnız eşyâyı mezkûre sefinede tevkif veya kapudan tarafından bir mahale emaneten vâz' ile hıfz olunduğu müddetçe bâkî olup bir takrib ile sahibi tarafından ahz ve ihraç olunduğu gibi bu hak ve imtiyaz sâkit olur, Birinci Tertip, C. 1, s. 505.

<sup>72</sup> Nusret Hilmi, s. 136.

yolculara ilişkin kısımda yer almamıştır. Kaptan, gemi sahibi ve kaptanın memuriyetinde olan kişiler açısından Kanun'un diğer kısımlarında düzenlenen sorumluluk hükümleri yol gösterici olmuştur.

Seferin yönetimi ve sıhhatinden doğan sorumluluk, doğrudan kaptana yüklenmiştir.<sup>73</sup> 35. maddedeki hükme göre zararın kaptana yüklenebilmesi için kaptanın kusuru aranmıştır. Kaptanın yaptığı eylem ve işlemlerden dolayı gemi sahibinin sorumluluğu ise ayrıca belirtilmiştir.<sup>74</sup> Gemi kirası, tamiri, sigorta gibi işlemler, vekil sıfatıyla kaptanın görevi kapsamındaki işlemlerden sayılmış; görev kapsamını aşan ve başkalarını zarara uğratan işlemlerde ise ortaya çıkan zararda bizzat kaptanın sorumluluğunun yanı sıra, gemi sahibinin de hukuken sorumlu olacağı Kanun'da yer bulmuştur.<sup>75</sup> Mücbir sebep ise kaptanın sorumluluğunu kaldıran durum olarak 45. maddede belirtilmiştir.<sup>76</sup>

Yolculara ilişkin kısımda düzenlenen sorumluluk hükümlerine bakıldığında, taşıyanın sorumluluğu yolculuk süresinin uzaması ve yolculuğun tamamlanamaması durumları olmak üzere iki ana başlık olarak ele alınabilir.

### 1. Yolculuk Süresinin Uzaması

Yolculuk süresinin uzamasını gerektiren haller, geminin bir kazaya uğraması veya tamir gerektiren bir arızanın ortaya çıkması olarak

<sup>73</sup> Madde 35: Bir sefine veya sair her nev'i teknenin süvarisi olup kumandası uhdesine havale olunan her bir kapudan veya reis, esnayı memuriyetinde eylediği hataların en hafiflerinden dolayı dahi mesul ve zarar ve ziyanının tazminine mecbur olacaktır, Düstur, Birinci Tertip, C. 1, s. 477.

<sup>74</sup> Madde 30: Her bir sefine sahibi kapudanının hareket ve muamelatından hukukça mes'uldür. Yani kapudanın hareket ve muamelatından neş'et eden zarar ve ziyanların tazminine ve sefineye ve seyr-ü sefere dair ettiği mukavelat ve taahhüdâtın ifasına mecburdur. Lakin eğer işbu taahhüdât kendisinin emr-i mahsusuyla vaki' olmamış ise sahibi sefine, geminin ve navlunun terkiyle ol taahhüdattan herhalde halas olabilir. Ancak sefinenin kapudanı müstakilen ol sefinenin sahibi olduğu takdirde ber-minval muharrer gemi ve navlunun terkiyle aslen kurtulamayacağı gibi hissedaran saire ile müştereken, ol sefinenin sahibi olduğu takdirde dahi sefineye seyr-ü sefere dair akdettiği mukavelat ve taahhüdâtından dolayı yalnız kendi hissesine isabet edecek miktara kadar şahsen mes'ul olur, Düstur, Birinci Tertip, C. 1, s. 476.

<sup>75</sup> Kostaki Vayani, s. 115-116.

<sup>76</sup> Madde 45: Kapudan bir sebep-i mücbirin mâni olduğunu ispat etmedikçe mesuliyetten halas olamaz, Düstur, Birinci Tertip, C. 1, s. 480.

sayılmıştır. Bunun yanı sıra kaptanın yolcunun talebine istinaden yolculuk rotasında olmayan bir limana giriş yapması neticesinde ortaya çıkan zarardan sorumlu olacağı hususu düzenlenmiştir.

144. maddede yer alan düzenlemeye göre<sup>77</sup> sefer esnasında geminin tamire muhtaç olması bir kaza sebebiyle ya da kaptanın tedbirsizliğinden kaynaklanabilir.<sup>78</sup> Böyle bir durumda yolcu tamirin sonlanmasına kadar beklemek istemezse bile navlunu tamamen ödemeye mecburdur. Fakat tamirin sona ermesini beklemeye razı olur ise kaptan, tekrar sefere çıkıncaya kadar kendisine karşılıksız kalacak yer belirlenmesine ve kontratoda yahut bilette yiyip içme taahhüt olunmuş ise tamamının ifasına mecburdur. Fakat bu da yolcunun aldığı biletin derecesine göre takdir edilir. Örneğin birinci sınıf bilet alan yolcunun, kaptan tarafından birinci sınıf otelde kalmasını sağlamalıdır.<sup>79</sup> Bunun yanında kaptan yolcuyu söz konusu gemi gibi bir gemiyle şart olunmuş yere ulaştırmayı ve diğer sözleşme ve taahhütleri yerine getirmeyi teklif edip de yolcu bunu kabul etmezse, tekrar sefere çıkana kadar, yolcunun ikamet yeri ve yeme içme talebine hakkı kalmaz.

Kanun'da yolculuk süresinin uzaması neticesinde kaptana yüklenen bir diğer sorumluluk olarak yolcuların yaşayabilmesi için gereken ölçüde yiyecek tedarikinin düzenlendiği görülmektedir.<sup>80</sup> 145. maddede yer alan düzenlemeye göre yolcular, yiyecek hakkında bir sözleşme ve taahhüt olmadığı durumda vapurun hareketinden önce, yolculuğun bitimine kadar gereken yiyecek ve içecek ihtiyacının tedarikine

<sup>77</sup> Madde 144: Esnâyı seferde sefine tamire muhtaç olduğu halde yolcu tamirin hitamına kadar beklemek istemese bile navlın tamamen ifasına mecburdur. Fakat tamirin hitamını beklemeye razı olur ise kapudan tekrar sefere kıyâm edinceye kadar kendisine meccanen bir mahal-i ikamet i'tâsına ve kontratoda yahud bilette yiyip içmek taahhüd olunmuş ise cümleten ifasına mecburdur. Mamâfih kapudan bu yolcuyu o misilli diğer bir sefine ile meşrû olan mahale naklettirmeyi ve sair mukavelat ve taahhüdâtı icra eylemeyi teklif edip de bunu yolcu kabul etmediği surette tekrâren sefere kıyâm olununcaya değin, yolcunun mahal-i ikamet ve me'kûlat talebine hakkı kalmaz, Düstur, Birinci Tertip, C. 1, s. 504.

<sup>78</sup> Nusret Hilmi, s. 134.

<sup>79</sup> Kostaki Vayani, s. 274.

<sup>80</sup> Madde 145: Me'kûlat hakkında bir gûna mukavele ve taahhüd olmadığı takdirce yolcu kendi ta'ayyüşü için muhtaç olduğu şeylerin tedarikine mecburdur. Fakat evvelce hiss olunamamış bir kazadan veyahud seferin uzatılmasından dolayı yolcunun nafakası kalmadığı halde altmış dördüncü madde mucibince kendi nafakasının fazlasını gemiye terk etmeye yolcu mecbur olduğu gibi kapudan dahi bir bedel-i münasibe ile lüzum-u miktarı ona nafaka vermeye mecburdur, Düstur, Birinci Tertip, C. 1, s. 504.

mecburdur. Bu durumda yolcular, kaptan ve gemideki diğer memurları söz konusu ihtiyaçlarının teminine mecbur tutamaz.<sup>81</sup> Ancak önceden bilinmeyen veya öngörülemeyen bir durum ya da seferin uzaması gibi zaruri bir durum ortaya çıkması halinde kaptan yolcuların yiyecek tedarikine mecburdur.

Kanun'un gönderme yaptığı 64. maddede ise geminin kumanyasının dökülmesi durumu düzenlenmiştir. Buna göre kumanya dışında haricen yiyeceği olanların yiyeceklerini ortaya koymaları ve kaptanın da buna karşılık gelen bedeli vermesi şart edilmiştir. İşbu madde hükmüne kıyasla yolcu, kendi nafakasının fazlasını gemiye bırakmaya mecbur olduğu gibi kaptan da uygun bir bedel ile gerekli miktarı yolcuya nafaka olarak vermeye mecburdur. Bu mecburiyet esasen Mecelle'nin 22. maddesinin bir uygulaması niteliğindedir.<sup>82</sup>

Yolculara ilişkin bölümün son maddesinde ise kaptanın rota dışında hareket etmesini gerektiren durumlar sayılmış ve bu sayılan durumlar dışında rotadan çıkması neticesinde doğacak sorumluluğu düzenlenmiştir.<sup>83</sup> Bu hükme göre yolcunun isteği veya kendi menfaati doğrultusunda kaptanın sefer esnasında şart olunmamış bir limana girmeye veya girilen limanda gereğinden fazla süre beklemeye mecburiyeti yoktur. Çünkü geminin sefer sırasında uğrayacağı yerler ve rotası bellidir. Yolcuların tamamı ittifakla karar vermiş olsa bile kaptan, bu rota dışında ilerlemeye ve başka duraklarda durmaya mecbur bırakılmaz.<sup>84</sup> Mücbir sebep dışında bir sebeple kaptanın bu türlü bir taleple bağlılığı yoktur. Çünkü kaptan, yolcuların ve gemide taşınan mal ve eşyaların sorumluluğunu taşır ve söz konusu rota dışında ortaya çıkacak bir zararda gerek yolcuların gerekse eşyaların zararından sorumlu olacaktır.<sup>85</sup>

Mücbir sebebin ortaya çıkması halinde ise kaptanın mümkün olan ilk limana giriş yapması gerekir. Bu durumda kaptanın sorumluluğu tersine dönmüş; yolcuyu taşraya çıkarmaya yetkili ve görevli sayılmıştır.

<sup>81</sup> Kostaki Vayani, s. 275.

<sup>82</sup> Nusret Hilmi, s. 135; Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, C. 1, s. 81.

<sup>83</sup> Madde 150: Yolcunun talebine yahud menafi' zâtiyesine mebni kapudanın esnâyı seferde meşrût olmayan bir limana girmeye veya ziyade müddet beklemeye mecburiyeti yoktur. Fakat illet-i sâriyeye düçâr olmuş olan yolcuyu en evvel yanaşması mümkün ve meskûn olan limana duhulü ile taşraya ihraca me`zun ve muktedirdir, Düstur, Birinci Tertip, C. 1, s. 505.

<sup>84</sup> Nusret Hilmi, s. 137.

<sup>85</sup> Kostaki Vayani, s. 280-281.



## 2. Yolculuğun Tamamlanamaması

Kanun'da yolculuğun tamamlanamaması durumu kaza, savaş ve mücbir sebep olmak üzere üç durumda değerlendirilmiştir.

Geminin kazaya uğraması neticesinde telef olması sebebiyle yolculuğun tamamlanamaması 141. maddede düzenlenmiştir. Gemi bir deniz kazasından dolayı zayi ve telef olursa, yolcu kontratosunun tamamen feshedileceği belirtilmiştir.<sup>86</sup> "Fesih olunur" ifadesinden anlaşılması gereken bir tarafın diğerine tazminat ödemesine mecbur olmadan sözleşmenin münfesihi olacaktır. Çünkü gemi kazasında tarafların kusuru yoktur ve mücbir sebep söz konusudur. Kanun'un 124. maddesinde taşınan mal ve eşyaların bir kaza sonucunda telef olması halinde navlun ödenmeyeceği ve eğer peşin ödenen bir navlun söz konusu ise kaptanın bu navlunu geri vereceği düzenlenmiştir. Böylece 141. maddeye göre yolcu ile yapılan taşıma sözleşmesi münfesihi olmakla birlikte 124. maddeye kıyasla yolcunun peşin ödemiş olduğu navlun bedelini kaptandan geri istemeye hakkı olacaktır.<sup>87</sup>

Savaş sebebiyle geminin alıkonulması ve kumpanyanın sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğunu bertaraf edecek bir mücbir sebebin gerçekleşmesi durumu ise 142. maddede belirtilmiştir.<sup>88</sup> Buna göre bir savaş çıkması neticesinde gemi zapt edilme tehlikesine maruz kalmış ve deniz ticareti serbestisi ortadan kalkmışsa yolcu, kontratosunu feshedebilir. Fesih hakkı veren bir diğer durum ise seferin iptali veya ertelenmesidir. Kaptanın bağlı olduğu kumpanyanın sorumluluğunu bertaraf edecek nitelikte bir mücbir sebepten dolayı geminin seyir ve hareketi tamamen tatil edilmiş veya ertelenmiş ise yolcu kontratosunu feshedebilir. Çünkü savaş halinde bulunulan devletlerden birinin

<sup>86</sup> Madde 141: Sefine bir kazây-ı bahrîden dolayı zâyî' ve telef olduğu halde yolcu kontratosu tamamıyla fesh olunur, Düstur, Birinci Tertip, C. 1, s. 503.

<sup>87</sup> Kostaki Vayani, s. 271; Nusret Hilmi, s. 132.

<sup>88</sup> Madde 142: Bir muharebe vukû' ile sefine zapt olunmak tehlikesine dûçar olarak serbest nazarıyla bakılamaz olduğu veyahud kapudanın ya tabî' olduğu kumpanyanın uhde-i iktidarından hariç olan esbab-ı mücbireden nâşi seferin bida'ından evvel veya sonra seyir ve hareketi bütün bütün mu'attal kalmış veya te`hir olunmuş olduğu halde yolcu kontratosunu feshetmeye me`zundur. Kezalik kapudan ya tâbî' olduğu kumpanya zikr olunan hallerin biri vukû'unda seferi terk eylemeye mecbur olduğu veyahud sefine hassaten emtia nakline münhasır olup da kendisinin hatâ ve tekâsülü olmaksızın emtianın nakli mümkün olamadığından dolayı seferin terkine lüzûm görüldüğü halde ol dahî kontratosunun feshine me`zun olur, Düstur, Birinci Tertip, C. 1, s. 503-504.

sancağını taşıyan gemi, gasp ve zapt olunma tehdidi ile karşı karşıya kalır.<sup>89</sup> Gerek savaş durumunun gerekse mücbir sebepten kaynaklı seferin ertelenmesi durumunun seferin başlamasından önce veya sefer başladıktan sonra ortaya çıkması, feshin hakkının kullanılmasını etkilemez.

Kumpanya tarafından belirlenmiş ve seferin bırakılmasını gerektiren hallerden birinin gerçekleşmesi halinde veya geminin özellikle emtia taşımaya özgü olduğu durumlarda kaptanın hatası ve ihmali olmaksızın nakliyenin gerçekleşmesinin mümkün olmaması durumunda sefer iptal edilebilir. Bu sebeplerin gerçekleşmesi halinde de kaptan, kontratonun feshini talep edebilir.<sup>90</sup>

141. ve 142. maddede belirlenen durumların gerçekleşmesi neticesinde sözleşmenin feshi gerçekleştiğinde sorumluluğun kimler üzerinde paylaşılacağı meselesi 143. maddede ele alınmıştır.<sup>91</sup> 143. madde uyarınca önceki iki maddede belirtilen hallerden birinin gerçekleşmesi sebebiyle kontrato feshedilmişse, taraflardan hiçbiri, diğerine zarar ve ziyana vermeye/ödemeye mecbur olmaz. Bu husus, Mecelle'nin 91. maddesinde düzenlenen "Cevâz-ı şer'i zamâna münafi olur" esasıyla örtüşmektedir.<sup>92</sup> Bununla beraber kontratonun feshi, seferin başlamasından sonra gerçekleşirse yolcu navlunu gelinen mesafeye göre ödemeye mecbur olup, bunun miktarı da 118. maddede gösterildiği şekilde hesaplanarak belirlenir. Buna göre navlunun hesaplanmasında aşılacak mesafe ile kalan mesafenin bir diğerine oranlanmasının yanı sıra, masraf miktarı, zaman, tehlike ve sıradan zorlukların da hesaplamada göz önünde bulundurulması gerekir. Söz konusu hesaplamada sayılan esasların dikkate alınması, Kanun'da Mecelle'nin 22. maddesindeki "Zaruretlere kendi miktarlarıncı takdir olunur" hükmü ile uyumlu bir düzenlemeye yer verildiğini göstermektedir.<sup>93</sup> Zira genel

<sup>89</sup> Kostaki Vayani, s. 272-273.

<sup>90</sup> Nusret Hilmi, s. 132.

<sup>91</sup> Madde 143: Ânif ez-zikr iki maddede beyan olunan hallerden biri vukuıyla kontrato fesholunmuş olduğu halde tarafeynden hiçbiri diğerine zarar ve ziyana mecbur değildir. Mamâfih kontratonun feshi, seferin bidandan sonra vâkî olur ise yolcu navlunu kat' ettiği mesafeye göre vermeye mecbur olup, bunun miktarı dahî yüz on sekizinci maddenin zirinde gösterildiği vech ile hesap ve tayin olunur, Düstur, Birinci Tertip, C. 1, s. 504.

<sup>92</sup> Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, C. 1, s. 180.

<sup>93</sup> Nusret Hilmi, s. 135; Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, C. 1, s. 81.

hükümlerde yer alan bu maddeye göre zorunlulukların kendi ölçüleri içerisinde değerlendirilmesi esastır.<sup>94</sup>

### 3. Yolcunun Eşyasının Korunması ve Uğradığı Zarar Açısından Taşıyanın Sorumluluğu

Yolcunun eşyasına ilişkin navlun sözleşmelerindeki hükümlere yapılan atıflar dışında iki maddede konunun ele alındığı görülmektedir. 147. maddede eşyanın teslimi ve bu kapsamda tarafların yükümlülük ve sorumlulukları; 148. maddede ise sefer esnasında hayatını kaybeden kişinin eşyalarının muhafazası ve ilgililere teslimi düzenlenmiştir.

Yolcunun beraberinde götürdüğü eşya açısından bagaj ifadesine yer vermeyen Kanun'un 147. maddesinde bu eşyalar açısından yolcu-yu yükleyen sayılmıştır.<sup>95</sup> Böylece Kanun'un yükletene ilişkin hak ve yükümlülüklerin düzenlediği diğer maddelerin uygulanacağı anlaşılmaktadır.<sup>96</sup> Bundan dolayı yolcu eşyayı kaptana teslim ettiği zaman, kaptan da teslim aldığı gösterir bir makbuz senedini yolcuya vermeye mecburdur. Gemide kaptan dışında kamarot ya da yazıcı gibi memurların bu işle görevlendirilebileceği belirtilmiştir.<sup>97</sup> Fakat yolcu, şahsi eşyasını kaptana veya teslim almaya yetkili olan kişiye teslim etmeyip de kendi yanında alıkoyduğu takdirde; zayi ve telefinden veya hasara uğramasından dolayı kaptandan hiçbir zarar ve ziyan tazmini talebinde bulunamaz. Muhafazası için kaptan veya ilgili memurlara

<sup>94</sup> Nusret Hilmi, s. 133; Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, C. 1, s. 81-82.

<sup>95</sup> Madde 147: Yolcu gemide beraber götürdüğü eşya hakkında muhammil nazarıyla bakılır. Binâberin ol eşyayı kapudana teslim ettiğinde kapudan ahzını meş'ur ona bir makbuz senedi i' tāsına mecbur ve işbu kanunnamede muhammiller hakkında beyan olunan mevâdın hâvi olduğu hukuk ve mecburiyet ol yolcu ve eşya hakkında dahi cari olur. Fakat eşya-yı mezkûreyi kapudana veya kendisi için teslim memur olan diğer kimesneye teslim etmeyip de kendi nezdinde alıkoyduğu takdirde zâyi' ve telefinden veya hasârdide olmasından dolayı kapudandan hiçbir zarar ve ziyan tazmini iddiasına hakkı olmaz. Meğer işbu telef ve hasar kapudanın veya taifesinin sebebiyet ve hatalarından nâşi vâki' olmuş ola, Düstur, Birinci Tertip, C. 1, s. 505.

<sup>96</sup> Yükletenin hak ve yükümlülüklerine ilişkin maddeler Ticaret-i Bahriye Kanunnâme Humâyûnu'nda dağınık olarak yer almaktadır (m. 40, 44, 49, 72, 96, 97, 99, 102, 104, 112, 113, 114, 115, 116, 118, 122, 127, 130, 133, 134, 147, 197, 267, 281). Altıncı ve yedinci fasıl hükümlerinin bu hususta uygulanması gerektiği yönünde ayrıca bkz. Nusret Hilmi, s. 136.

<sup>97</sup> Kostaki Vayani, s. 277-278.

teslim edilmiş olan eşyanın deniz hasarlarından başka bir sebeple zarar görmesi halinde tazmini kaptan veya bağlı olduğu kumpanya tarafından gerçekleştirilir.<sup>98</sup>

Sefer esnasında gemide bulunan yolcuların ve usulünce teslim edilmiş eşyaların emniyetinden kaptan sorumlu tutulmuş olsa da yolculuk esnasında kaptanın tedbir sınırlarını aşan durumlar meydana gelebilir. Yolcunun vefatı tedbir sınırlarını aşan durum olarak sayılmış ve kaptanın sorumluluğu 148. maddede düzenlenmiştir.<sup>99</sup> Vefat eden yolcunun gemideki mal ve eşyalarının deftere kaydedilerek muhafazasının sağlanması, varislerine teslim edilmesi ve buna ilişkin kayıtların tutulması da kaptana yüklenen görevlerden olmuştur.<sup>100</sup> Bu kapsamda kaptanın yapması gereken işler ise Sicill-i Nüfus Nizamnâmesi'nin 29. maddesinde açıklanmıştır. İlgili hükme göre seyahat esnasında gemi ve vapurda gerçekleşen vefat üzerine kaptan, iki kişinin şahitliğinde iki nüshalık ilmühaber düzenleyecek ve bu ilmühaberler, gemi ya da vapurun ilk uğrayacağı iskele Osmanlı sınırlarında ise Liman İdaresi'ne, Osmanlı sınırları dışında ise şehbenderhaneye teslim edilecektir. Liman İdaresi ve şehbenderhane ise bir nüshasını alıkoarak, diğer nüshasını bulunduğu yere göre Bahriye veya Hariciye Nezareti aracılığı ile Dahiliye Nezaretine gönderecektir. Dahiliye Nezareti de işbu ilmühaberi Nüfus-u Umumiye İdaresi vasıtasıyla vefat edenin kayıtlı bulunduğu yer nüfus memurluğuna gönderip nüfus siciline kaydettirecektir.<sup>101</sup>

Kaptan, vefat eden yolcunun varislerinin kimler olduğunu bilmesinin mümkün olmadığı durumlarda, emanetlerin gaspa uğramaması için terekeyi hükümete teslim eder.<sup>102</sup>

Yolculara ilişkin bölümde bulunan eşyaya ilişkin hükümlere ek olarak Kanun'un 44. maddesindeki düzenleme sorumluluk açısından önemli bir istisna getirmektedir. Özellikle kısa mesafe taşımacılığı yapan kayık ve sandallarda taşınan yük ve eşyalara ilişkin olan bu düzen-

<sup>98</sup> Kostaki Vayani, s. 277-278.

<sup>99</sup> Madde 148: Yolcunun esnâyı seferde vefatı vukû'nda derûn-u sefinede bulunan eşyasının muhafazasıyla veresesine i'tâsı için kapudan vakit ve hâle göre tedâbir-i lâzîmenin ittihâzına mecburdur, Düstur, Birinci Tertip, C. 1, s. 505.

<sup>100</sup> Nusret Hilmi, s. 136; Mekki Hikmet, s. 108.

<sup>101</sup> Sicill-i Nüfus Nizamnamesi, BOA, A.) DVN.MKL. 20/36, 15.11.1298/ 09.10.1881.

<sup>102</sup> Kostaki Vayani, s. 278-279.

lemeye göre kayık ve sandal gibi küçük deniz araçlarının güvertesinde taşınan eşyaların zarara uğraması halinde kaptanın sorumluluğuna gidilemeyecektir.<sup>103</sup> Bu istisnanın sebebi ise kayık ve sandalların yük taşıma ambarlarının küçük olması ve güvertede bulunan eşyanın gerek hava gerekse deniz koşullarından etkilenmesinin kolay olması olarak açıklanmıştır.<sup>104</sup>

#### IV. YOLCU TAŞIMA SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ

Yargılama hükümleri, Ticaret-i Bahriye Kanunnâme-i Hümayûn kapsamında zamanaşımı ve dinlenmeyecek davalar olmak üzere son iki fasılda düzenlenmiştir. Ancak bu hükümlerde deniz ticaretinden sayılan işlere yer verilmemiş; bu konu, Zeyl-i Kanun-ı Ticaret'in 28, 29 ve 30. maddelerinde ilgili işlerin sayılması suretiyle açıklığa kavuşmuştur.<sup>105</sup> Her ne kadar Kanun'un "bahren emvali ve eşya nakli ve irsali" ifadesini kullanması sebebiyle çeşitli tartışmalara sebep olsa da nihayetinde yolcu naklinin de deniz ticaretine ilişkin işlerden sayıldığı kanaati hasıl olmuştur.<sup>106</sup>

Zamanaşımının taşınanın teslimine ilişkin davalarda bir yıl, yolculuk süresinin uzaması sebebiyle zarar gören eşyalara ilişkin davalarda ise on beş yıl olduğu belirtilmiştir.<sup>107</sup> Bununla beraber yolcunun ölümü ve bu sebeple yolculuğun tamamlanamamasına ilişkin özel bir düzenleme yolculara ilişkin bölümde yer almamıştır.

#### Sonuç

Buharlı gemilerin icadı ile birlikte gelişen ticari yük ve yolcu taşımacılığı daha da önem kazanmıştır. Klasik dönemde örfi ve şer'i temelli uygulamalarla yürütülen deniz ticareti; Tanzimat sonrasında kanuni temellere oturtulmuştur. Ticaret-i Bahriye Kanunnâme-i

<sup>103</sup> Madde 44: Kezalik geminin güvertesi üzerine muhammilin tahriren rızası olmayarak kapudan tahmil etmiş bulunacağı emval ve emtiaya isabet eden her nevi hasarattan dolayı mes'uldür. Fakat işbu maddenin hükmü seyahat-i sahiliye-i kasiyr namıyla yakın mahallere kadar âmed-ü şüd eden ufak sefine ve kayıklar hakkında cari olmayacaktır, Düstur, Birinci Tertip, C. 1, s. 479-480.

<sup>104</sup> Kostaki Vayani, s. 142.

<sup>105</sup> Düstur, Birinci Tertip, C. 1, s. 451.

<sup>106</sup> Kostaki Vayani, s. 44.

<sup>107</sup> Mişon Efendi, s. 147.

Hümayûn dönemin ihtiyaçlarına cevap vermeyi amaçlamış, aynı zamanda Cumhuriyet sonrasında yapılacak olan yeni düzenlemelere bir temel vazifesi üstlenmiştir.

“Yolcular Hakkındadır” başlığı altında ele alınan ve Ticaret-i Bahriye Kanunnâme-i Hümayûn’un 135. ve 150. maddeleri arasında düzenlenen deniz yolu yolcu taşımacılığı, Hollanda kanunundan iktibas suretiyle Türk hukuk tarihinde uygulama alanı bulmuştur. Düzenlemenin Kanun’daki ilgili bölümünde yolcu ve taşıyanın karşılıklı hak ve yükümlülüklerine ilişkin hükümlerin yanı sıra, kısıtlı da olsa sorumluluk hükümlerine yer verilmiştir. Bu kapsamda özellikle taşıyanın bir vekili sayılan kaptan için doğrudan sorumluluk doğuran veya onu sorumluluktan kurtaran unsurlar belirtilmekle birlikte, kumpanyalara ve gemi sahiplerine de temas edilmiştir.

Yolculara dair bölümde eşyanın zarar görmesine ilişkin tazmin sınırlarını çizen Kanun, yolcunun bedenine gelecek zararlara dair bir hükme yer vermemiştir. Deniz yolculuğunda ölen kişinin eşyalarının korunması ve hak sahiplerine ulaştırılması hususunda ise ilgili kanuna gönderme yapmıştır.

Kanun’da kapsamı net olarak açıklanmayan deniz ticaretine dair konuların neler olduğu meselesi daha sonra Kanunname-i Ticaret’e yapılan ekle çözüme kavuşturulmuş ve tartışmalara son verilmiştir. Böylece yolcu taşımacılığı da deniz ticaretine dair işlerden sayılmış ve genel yargılamadan çıkarılarak uyuşmazlıkların özel yetkili mahkemelerde çözümlenmesine imkân sağlanmıştır.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Beydiz, Mustafa Gürbüz: Osmanlı Gemi Tasvirleri, Kabalcı Yayıncılık, İstanbul 2013.
- Bostan, İdris: Osmanlı Deniz Ticareti, Küre Yayınları, İstanbul 2019.
- Duran, Tülay: Türk Denizciliği ve Deniz Ticareti Kaynakları, Vapur Donatanları ve Acenteleri Derneği, Aydoğan Matbaası, İstanbul 2002.
- Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, Dürerü’l-Hükkâm Şerhu Mecelleti’l Ahkâm, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, İstanbul 2020.
- Mekki Hikmet, Hukuk-ı Ticaret-i Bahriye, Evkâf-ı İslamiye Matbaası, İstanbul 1926.
- Mişon Efendi, Hukuk-ı Ticariye-i Bahriye, Kanaat Matbaası, İstanbul 1330/1914.

Nusret Hilmi, Şerhli Kanunnâme-i Ticaret-i Bahriye, Karabet ve Kasbar Matbaası, İstanbul 1303/1886.

Tutel, Eser: Seyr-i Sefain Öncesi ve Sonrası, İletişim Yayınları, İstanbul 1997.

Türk Denizcilik Tarihi, Ed. İdris Bostan/Salih Özbaran/Zeki Arıkan/Lütfü Sancar, Deniz Kuvvetleri Komutanlığı, İstanbul 2009, C. 1.

### Makaleler

Kılıç, Orhan: "Orta ve Yeniçağ'da Van Gölü'nde Gemi Yapımı, Taşımacılık ve Ticaret", *Tarih ve Coğrafya Araştırmaları Dergisi*, S. 5/2, Aralık 2019, ss. 1-24.

Osman Nuri, "İstanbul'da Vesait-i Nakliye Şirket ve İdareleri", *Şehremaneti Mecmuası*, İstanbul 1341, S. 1.

Öğün, Tuncay/Başı, Halit: "Dicle-Fırat'ta Geleneksel Nehir Taşımacılığı ve I. Dünya Savaşı'nda Irak Cephesinde Kullanımı", *History Studies*, Volume 8, Issue 3, September 2016, ss. 83-109.

### Kararlar

İstanbul Kadı Sicilleri: İstanbul Mahkemesi 24 Numaralı Sicil, Ed. Coşkun Yılmaz, TDV Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, İstanbul 2010.

İstanbul Kadı Sicilleri: Üsküdar Mahkemesi 26 Numaralı Sicil, Ed. Coşkun Yılmaz, TDV Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, İstanbul 2010.

### Diğer Kaynaklar

İşbilir, Ömer: "Yük", DİA, İstanbul 2013, C. 44. ss. 46-48.

Pakalın, Mehmet Zeki: Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü, İstanbul 1993, C. 1.

Şemsettin Sami, Kamus-i Türki, İkdam Matbaası, İstanbul 1317/1901, C. 2.

Toven, Mehmed Bahâeddin: Yeni Türkçe Lugat, Evkâf-ı İslâmiye Matbaası, İstanbul 1346/1927.

Türközâde Hafız Mehmed Ziyaeddin Efendi, Osmanlı Hukuk Sözlüğü, Haz. Fethi Gedikli- İbrahim Enes Onat, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2017.

### Mevzuat

Ticaret-i Bahriye Kanunnâme-i Hümayûn, Düstur, Birinci Tertip, C. 1.

Sicill-i Nüfus Nizamnamesi, BOA, A.} DVN.MKL. 20/36, 15.11.1298/ 09.10.1881.

# ÇALIŞMA KOŞULLARINDA DEĞİŞİKLİK

## CHANGE IN WORKING CONDITIONS

E. Tuncay SENYEN KAPLAN\*

**Özet:** Tarafların birbirine uygun irade beyanları ile oluşan ve süreklilik arz eden iş sözleşmesinin esaslı unsurlarında zaman içinde bazı değişikliklerin yapılması gereği ortaya çıkabilir. Taraflar anlaşmak suretiyle sözleşmede her zaman değişiklik yapabilir. İş Kanunu'nun 22. maddesinde, çalışma koşullarında işverence tek taraflı esaslı değişiklik yapılmasının koşulları düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin amacı, çalışma koşullarında bazı değişiklikler yapılarak iş ilişkisinin devamının sağlanması ve işverenin keyfi davranışlarına karşı işçinin korunmasıdır. İş Hukukunun en önemli konularından olan çalışma koşullarında değişiklik uygulamada sık karşılaşılan bir konudur.

Bu çalışmamızda, işverence yapılacak çalışma koşullarında değişiklik, işverenin yönetim yetkisi ile ilişkisi, değişiklik feshi Yargıtay kararlarına da yer verilerek incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Çalışma Koşulları, Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik, İşverenin Yönetim Hakkı, Değişiklik Feshi

**Abstract:** In time, it may be necessary to make some changes in the essential elements of the permanent employment contract, which is formed by the declarations of both of the parties. By agreement of the parties, they can always make changes to the contract. Article 22 of the Labor Law regulates the conditions for unilateral fundamental changes in working conditions by the employer. The purpose of this regulation is to ensure the continuation of the employment relationship by making some changes in the working conditions and to protect the employee against the arbitrary behavior of the employer. Change in working conditions that is one of the most important issues of Labor Law, is a common subject in practice.

In this study, the change in the working conditions to be made by the employer, the relationship of the employer with the management authority, the termination of the change were examined by including the Supreme Court decisions.

**Keywords:** Working Conditions, Fundamental Changes in Working Conditions, Employer's Management Right, Termination of Amendment

\* Prof. Dr., Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, ekaplan@baskent.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0656-3651, Makalenin Gönderim Tarihi: 15.11.2021, Kabul Tarihi: 15.11.2021



## Giriş

İş sözleşmesi taraflar arasında kişisel ilişki kuran her iki tarafa yükümlülükler getiren, süreklilik arz eden bir borç ilişkisi doğuran bir özel hukuk aktidir. İş sözleşmesi tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulur. "Ahde vefa ilkesi" gereğince sözleşme taraflarının tek taraflı olarak sözleşme içeriğini değiştirmesi mümkün değildir. Ancak, ekonomik sosyal ve teknolojik gelişmeler, işverenlerin iş ilişkisinin dayandığı iş sözleşmesinde işyerlerinde işlerin yürütümünde çalışma şartlarında değişikliklerin yapılmasını gerektirebilir.

Taraflar anlaşarak çalışma koşullarında her zaman değişiklik yapabilirler. Çalışma koşullarında işverenin tek taraflı olarak yapacağı değişikliklere karşı işçiyi korumak ve iş sözleşmesinin devamını sağlamak amacıyla İş Kanunu'nun 22. maddesinde özel bir düzenleme getirilerek, çalışma koşullarının değiştirilmesi ve iş sözleşmesinin feshi düzenlenmiştir. Getirilen düzenleme ile iş ilişkisini devam ettirme imkânı sağlanmıştır.

Çalışma koşullarında değişikliğe ilişkin düzenleme İş Kanunu'nda, iş güvencesine yönelik 18 ve devamı maddelerinden sonra 22. maddede getirilmiştir. Madde bütünüyle incelendiğinde, esas olarak işçinin işveren tarafından çalışma koşullarında yapılacak değişikliklere karşı korunması amacıyla düzenlendiğini söylemek mümkündür. Bu bağlamda işçinin iş sözleşmesinin feshi yerine çalışma koşullarında değişiklikler yapılarak iş ilişkisinin devam ettirilmesi amacıyla maddenin getirildiği görülmektedir.

Nitekim m.22/1 hükmünde, işverenin çalışma koşullarında değişiklik önerisinin yazılı olarak yapılmaması, bu önerinin işçi tarafından altı iş günü içinde yazılı olarak kabul edilmemesi durumunda önerinin işçiyi bağlamayacağı açıkça öngörülmüştür. Görüldüğü üzere, maddede işçinin korunması amacıyla işveren tarafından yapılmak istenilen değişiklikler ancak işçinin onayı ile hüküm hasıl edebilecektir. Maddenin ikinci fıkrasında, işverenin esaslı değişiklik önerisinin işçi tarafından kabul edilmemesi halinde işverenin iş sözleşmesini feshedebileceği ifade edilmiştir.

Bu çalışmada, çalışma koşullarında işveren tarafından yapılan değişikliğin koşulları, çalışma koşullarının değiştirilmesi ile işverenin yönetim yetkisi ilişkisi ve değişiklik feshi yeni Yargıtay kararlarına da yer verilerek incelenmiştir.

## I. Çalışma Koşullarında Değişiklik

### 1- Genel Olarak

İş Kanunu'nun 22. maddesinde getirilen düzenlemeye göre işveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekilde uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı iş günü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiye bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21. madde hükümlerine göre dava açabilir (m.22/I). Taraflar anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilir. Çalışma koşullarında değişiklik geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamaz (m.22/II).

Görüldüğü üzere maddede işveren tarafından çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapılabilmesinin usulü ve hukuki niteliği düzenlenmiş, taraflara anlaşarak çalışma koşullarında her zaman değişiklik yapma imkânı da tanınmıştır.

Getirilen bu düzenleme ile çalışma koşullarında değişiklikler iş sözleşmesinin feshi ile bağlantılı olarak yeni koşullara bağlanmıştır.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Çalışma Koşullarında değişiklik hakkında bkz., Münir Ekonomi, İş Hukuku, Ferdi İş Hukuku, İstanbul, 1987, s.200, 201; Sarper Süzek, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2020, s. 670 vd.; Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2020, s. 611 vd.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/ Başkan, İş Hukuku, İstanbul 2020, s.224 vd.; Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal, İş Hukuku, Ankara 2014, s. 388 vd.; Ünal Narmanlioğlu, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, İstanbul 1947, s.469 vd.; Ali Güzel, Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Formu, İstanbul 2014, s.282-284; Ersun Civan, Genel İş Koşulları, Ankara 2015, s.84 vd.; Aydın Başbuğ, İş Sözleşmesinin Değişen Şartlara Uyarlanması, İstanbul 2007, s. 62-104; Ali Güzel/Deniz Ugan Çatalkaya, "İş Sözleşmesinin Uygulanması ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlandırılmasında Dürüstlük Kuralının İşlevi Üzerine" Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, *Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, 2014, C.20, S.1, s.53, 65; Murat Demircioğlu, "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi", İş Dünyası ve Hukuku, İstanbul 2011, s.121, Tankut Centel'e Armağan, İstanbul 2011, s.121-140; Murat Şen, İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik, Ankara 2005, s.107 vd.; Murat Engin, "Ücretlerin Düşürülmesi Amacıyla Fasıllı Çalışma Uygulaması ve Değişiklik Sözleşmesi", Prof.

Madde gerekçesinde, maddenin amacının belirli olumsuz koşulların varlığı halinde işçinin iş sözleşmesinin doğrudan feshedilmesi yerine, çalışma koşullarında belirli değişiklikler yapılarak iş ilişkisinin sürdürülmesinin sağlanması olduğu ifade edilmiştir. Getirilen düzenleme ile işçinin işveren tarafından tek taraflı olarak çalışma koşullarında yapılacak esaslı değişikliklere karşı korunması sağlanmak istenmiştir.

Bu düzenlemeden önce 1475 sayılı Kanun'un 16. maddesinde iş şartlarını esaslı bir tarzda değiştirilmesi başkalaştırılması ve uygulanmaması halinde işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebileceği öngörülmüştü (m.16.II.e). Hükmün uygulanabilmesi için işçinin değişikliğe muvafakat etmemiş olması gerekiyordu. İşçinin değişikliğe açık veya örtülü olarak muvafakat etmesi halinde işçi bildirimsiz fesih yapamıyordu. İşçinin süresi içinde fesih yetkisini kullanabilmesi halinde işveren işçiyi önerdiği koşullarda çalıştırma imkanına sahip olabiliyordu. Ayrıca işçinin yapılan değişikliğin esaslı olması halinde iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı vardı.<sup>2</sup>

Belirtmek gerekir ki, 1475 sayılı Kanun'un m. 16/11 (e) de getirilen düzenlemede yer alan çalışma şartlarının uygulanmaması durumu halinde işçiye haklı nedenle fesih hakkı, 4857 sayılı Kanun'un m. 24/II'e hükmünde muhafaza edilmiş ancak 22. maddede getirilen düzenleme ile iş ilişkisini devam ettirme imkânı sağlanmıştır.<sup>3</sup>

## 2. Maddenin Uygulanma Alanı

İş Kanunu'nun 22. maddesinin birinci fıkrasında getirilen düzenlemede işverene, maddede belirtilen usul kurallarına uyulmak koşuluyla iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapma yetkisi tanınmıştır (m. 22/1).

---

Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.I, (873-907), s.887; Doğan Yenisey Kübra, "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi", *Çalışma ve Toplum*, 2010/3, s.9; Fatih Usan, "4857 sayılı İş Yasasının 22. maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi" *Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik Uygulamaları; Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.9, Özel Sayı, 2007, s.211, 271; Sarper Süzek, *Değişiklik Feshi*, TİSK Akademi, 2006/1, s.6-31 (Değişiklik Feshi).

<sup>2</sup> Narmanlıoğlu, *İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri*, İstanbul 2012 s.470.

<sup>3</sup> Narmanlıoğlu, s.470.

İş sözleşmesinde, işçi ve işverenin uyacakları çalışma koşulları belirlenir. Ancak çalışma koşullarına ayrıntılı olarak iş sözleşmelerinde yer verilmesi mümkün olmadığı için veya iş sözleşmesinde belirlenen çalışma koşulları zamanla değişikliğe uğradığı için, çalışma koşulları personel yönetmeliği veya iç yönetmelik yahut işyeri uygulamaları ile oluşabilir. Nitekim, maddede sadece “iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı değişiklik” belirtilmiş, toplu iş sözleşmeleri sayılmamıştır. Toplu iş sözleşmelerinden doğan çalışma koşulları değişikliği 22. maddenin kapsamına girmez. Zira Toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan çalışma koşulları, bu sözleşmeyi bağtlayan taraflarca değiştirilebilir. Dolayısıyla, toplu iş sözleşmesi ile belirlenen çalışma koşullarının değiştirilmesi İş K. m.22’de düzenlenen usule bağlı değildir.

Diğer taraftan, belirli süreli iş sözleşmelerinde değişiklik yapılması konusunda da 22. madde hükümleri uygulanmaz.<sup>4</sup> İş Kanunu Tasarısında yer alan “belirli süreli iş sözleşmesinde, yukarıdaki hükümler uygulanmaz” şeklindeki düzenleme Tasarının Meclis’te görüşülmesi esnasında kaldırılmıştır.

Belirli süreli iş sözleşmelerinde 22. madde hükümleri uygulanmayacağı için, işveren esaslı değişiklik önerisini kabul etmeyen işçinin iş sözleşmesini bildirim sürelerine uyarak feshedemeyecektir.<sup>5</sup>

İş K. m. 22 hükmünde, iş güvencesi kapsamında olan veya olmayan işçilere uygulanacağı yolunda açık bir düzenlemenin olmaması, doktrinde değişik görüşlere neden olmuştur. Çalışma koşullarında esaslı değişikliğin iş güvencesi kapsamında olsun olmasın bütün işçilere uygulanacağı görüşünü benimseyen öğreti görüşünün hâkim olduğu söylenebilir.<sup>6</sup> Ancak 22. maddede, değişiklik önerisinin işve-

<sup>4</sup> Narmanlıoğlu, s.470, 471.

<sup>5</sup> Süzek, s.672; Ali Güzel, “İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları (Eleştirel Bir Yaklaşım)”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Formu (15-18 Ekim, Antalya), İstanbul 2014, s.237-314 (s.285); Taşkent (Eyrenci/Taşkent/Uluçan/Baskan) s.226.

<sup>6</sup> Süzek, s.671; Alp, s.60; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.506; Doğan Yenisey, “Çalışma Koşullarında Değişiklik”, s.110-111; Aydın, Değişiklik Feshi, s.23; Alpagut, İş Kanunu’nun 22. maddesinin Uygulama Alanı, s.54-55; Başbuğ, Yönetim Hakkı, s.65; Hakkaniyet açısından kapsam dışında kalan işçilere uygulanacağı görüşü hakkında bkz. Mustafa Kılıçoğlu/Ada Kılıçoğlu, Şerhli İş Kanunu Yorumu, An-

ren tarafından kabul edilmemesi durumunda işverenin değişikliğin geçerli nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli neden bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim sürelerine uymak suretiyle feshedebileceği öngörülmüştür. İşçi ise, “bu durumda 17 ile 21. madde hükümlerine göre dava açabilir”. Bu düzenleme gereği, işveren tarafından çalışma koşullarında esaslı değişikliğin iş güvencesi kapsamındaki işçiler için sınırlı olduğu söylenebilir.<sup>7</sup> Bu düzenlemeye göre, iş güvencesi kapsamı dışındaki belirsiz süreli iş sözleşmelerinde esaslı değişiklik m.22/f.2’deki gibi tarafların anlaşması ile mümkün olabilecektir.

Ancak bu işçiler, koşulları varsa ihbar, kıdem tazminatı ve kötüniyet tazminatı talep edebilirler.<sup>8</sup>

İş güvencesi kapsamı dışında kalan belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin, iş sözleşmelerinde esaslı bir değişiklik m. 22/f/2 de yer alan düzenlemeye göre tarafların anlaşması ile mümkün olabilecektir.<sup>9</sup>

Basın İş Kanunu’nun 6. maddesinin son fıkrasına göre “İş Kanunu’nun 18, 19, 20, 21 ve 29’ncü maddesi hükümleri kıyas yoluyla uygulanır.” Bu hükme göre, İş Kanunu’nun değişiklik feshine ilişkin 22. madde hükümleri Basın İş Kanunu’na tabi ilişkilerde uygulanmayacaktır. Ancak basın işçileri iş güvencesi hükümlerinden yararlanacaklardır.<sup>10</sup>

### 3. Çalışma Koşulları Kavramı ve Esaslı Değişiklik

#### 3.1. Çalışma Koşulları Kavramı

Çalışma koşullarında esaslı değişikliğin yapıp yapılmadığının tespiti için önce çalışma koşullarının somut olarak tespiti gereklidir. Çalışma koşulları iş ilişkisinden kaynaklanan ve işin yerine getirilmesinde söz konusu olan hak ve borçların tamamını ifade eder.<sup>11</sup> İş

7 kara 2019, s.589.  
Mollamahmutoglu/Astarlı /Baysal, s.395; Taşkent Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s.226; Şen, s.186-187.

8 Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s.395.

9 Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s.395.

10 Süzek, s.672.

11 Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 389; Taşkent (Eyrenci/Taşkent/Ulucan/

sözleşmesinin esaslı unsurları olan işçinin iş görme borcu ile bunun karşılığında işverenin ücret ödeme borcu çalışma koşullarının en önemlileridir. Çalışma koşulları işin ifasına yönelik olarak işin görüleceği yer, zaman, işçiye ödenecek ücret, çalışma süreleri ve yıllık ücretli izine ilişkin olabileceği gibi doğrudan işin ifasına ilişkin olmamakla birlikte işçinin çalıştığı işyerinde tabi olduğu güvenlik, sağlık, ısınma, havalandırma, sigara odası gibi konulara yönelik olabilir.<sup>12</sup> Yargıtay bir kararında, iş sözleşmesinin esaslı unsurları olan “işçinin iş görme, işverenin ücret ödeme borcunun çalışma koşullarının en önemlileri olduğunu belirterek” bundan başka işin nerede ve ne zaman görüleceği, işyerindeki çalışma süreleri, yıllık izin süreleri, ödenecek ücretin ekleri, ara dinlenmesi, evlenme, doğum, öğretim, gıda, maluliyet ve ölüm yardımı gibi sosyal yardımların da çalışma koşulları arasında yer aldığını işçiye özel sağlık sigortası yapılması ya da işverence primleri ödemek kaydıyla bireysel emeklilik sistemine dahil edilmesinin de çalışma koşulları kapsamına dahil olduğunu” ifade etmiştir.<sup>13</sup>

Doktrinde çalışma koşulları kavramının iş sözleşmesinde taraflarca belirlenen sözleşme koşullarından daha kapsamlı olduğu; sözleşme koşulları kavramının taraflar arasındaki iş sözleşmesi ile bunun eki niteliğinde olan personel yönetmeliği ve işyeri uygulaması ile belirlenen koşulları, çalışma koşulları kavramının ise, sözleşme ile kararlaştırılanlara ek olarak yasa, tüzük ve yönetmeliklerde belirlenen koşullar ile toplu iş sözleşmesi, talimatlarla belirlenen koşulları da kapsadığı ifade edilmektedir.<sup>14</sup>

İş Kanunu’nun 22. maddesinde ise, sadece bireysel iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşulla-

Baskan) s. 225, 226; Şen, s.23, 24; İzmir BAM9HD. 10.11.2020 gün, 2018/1308. E. 2020/1123 K. Şahin Çil, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2019-2021 Yılları) Ankara 2021, s.477.

<sup>12</sup> Civan, s. 87, 88; Şen, s. 24, 25.

<sup>13</sup> Y9.HD. 27.10.2008, 2008/29715 E. 2008/28944, K. Şahin Çil, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2013-2014 Yılları), Ankara 2014 s.567; Y.22 HD. 15.11.2018, 2017/14541-2018/24497; Gerekçeli İçtihatlı, İş Kanunu ve Yargıtay Uygulaması I, Ankara 2019, s.848-854.

<sup>14</sup> Ekonomi, “Çalışma Şartlarının Belirlenmesi ve Değişen İlişkilere Uyumu”, *Kamu İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, C.4, S.2, Ankara 1997 (Çalışma Şartları), s.159, 160; Gaye Burcu Yıldız, *İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar*, Ankara 2014, s.77; Doğan Yenisey, s.125; Şen, s.26.

rında esaslı değişiklik öngörülmüştür. Bu düzenlemeye göre sadece iş sözleşmesi ile değil, iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ile işyeri uygulaması ile oluşan çalışma uygulamalarının değiştirilmesinde de İş K. m. 22 uygulanacaktır.

### 3.2. Çalışma Koşullarında Değişikliğin Esaslı Olması

İşveren tarafından tek taraflı olarak çalışma koşullarında değişiklik yapılmasının koşulları İş K. m.22 de belirtilmiştir. Bu düzenlemeye göre işveren tarafından yapılmak istenilen her değişiklik değil, sadece "esaslı değişiklik" madde kapsamındadır (m. 22/1). Zira, işverenin yönetim hakkı içinde kalan değişiklikler esaslı değişiklik sayılmaz. Maddede getirilen en önemli koşul bu değişikliğin esaslı olması gereğidir. Bu nedenle önce "esaslı değişiklik" kavramı üzerinde durularak, işverenin yönetim hakkı ile ilişkisinin değerlendirilmesi gerekir.

Çalışma koşullarında esaslı değişiklik, işçinin içinde bulunduğu durum, koşul ve konumda yapılan değişikliklerdir.<sup>15</sup> Başka bir tanıma göre, iş sözleşmesinin objektif esaslı unsurlarına müdahale, oluşturan bu sözleşme ile kurulan denge ve düzen ilişkisini belirli ölçüde bozan değişiklikler aleyhe esaslı değişikliktir.<sup>16</sup> Bir başka görüşe göre, işçinin sözleşmeye devamını çekilmez hale getirecek derecede ağırlaştırıcı ve işçinin aleyhine sonuç doğuran çalışma koşullarında her türlü değişikliktir.<sup>17</sup> Diğer bir görüşe göre, çalışma koşullarından esaslı değişiklik, işçinin durumunu ağırlaştırıcı, dürüstlük kurallarında işçiden kabul etmesi beklenemeyecek değişikliklerdir.<sup>18</sup> Çalışma koşullarında yapılacak değişiklik iş sözleşmesi ile kurulan denge ve düzeni bozacak nitelikte ise, esaslı değişiklik olarak kabul edilir.<sup>19</sup>

Bu tanımlar dikkate alınır, çalışma koşullarında yapılacak esaslı değişiklik, iş sözleşmesinin objektif esaslı unsurlarına müdahale oluşturan, sözleşme ile oluşturulan denge ve düzeni bozan, işçi aleyhine sonuçlar doğuran, dürüstlük kuralına aykırı olan değişikliktir. Esaslı değişikliğin tespitinde somut olayın özelliğine göre hareket edilmesi

<sup>15</sup> Şen, s.66; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.389.

<sup>16</sup> Süzek, s.679; Bkz. Başbuğ, s.87

<sup>17</sup> Şen, s.200.

<sup>18</sup> Güzel/Ugan/Çatalkaya, s.65; Yenisey Doğan, s.95.

<sup>19</sup> Taşkent (Eyrenci/Ulucan/Taşkent/Baskan), s.225.

gerekir. Maddede esaslı olan esaslı olmayan şekilde bir ayrıma gidilerek, işverene esaslı olmayan çalışma koşullarında tek taraflı olarak değişiklik yapma imkânı tanınmıştır.<sup>20</sup>

Esaslı olmayan, değişiklik, işçinin ifası ile doğrudan ilgisi bulunmayan, iş sözleşmesiyle amaçlanan işin görülmesi açısından çok önemli olmayan koşullar olarak tanımlanmıştır.<sup>21</sup>

Yargıtay çalışma koşullarındaki değişikliklerin esaslı değişiklik olup olmadığının tespitinde işçinin durumunun ağırlaştırılmış olup olmamasına göre karar vermektedir.

Yargıtay'a göre, işçiye diğer işçilere göre daha fazla gece vardiyası yaptırılarak çalışma şartlarının ağırlaştırılması<sup>22</sup> işyerinde ikramiye, giyim ve yakacak yardımı ödenmesi uygulaması bulunduğu dosya içeriği ile sabit olmasına rağmen, işverence davacının yazılı muvafakati alınmadan tek taraflı olarak kaldırılması,<sup>23</sup> yönetici pozisyonundan, uzman pozisyonuna düşürülmesi çalışma şartlarında esaslı değişiklik mahiyetindedir.<sup>24</sup> Yine Yargıtay'ın bir kararına göre, işçinin görevi içerisinde olmayan temizlik işlerinde çalıştırılmak istenmesi çalışma koşullarının aleyhe değiştirilmesi niteliğindedir.<sup>25</sup>

Ancak, işverence yapılan ve işçinin durumunun ağırlaştırıldığı düşünülen bir değişikliğin işçiye sağlanan ikame değerlerle dengeleme yapılması durumunda esaslı olmadığı sonucuna ulaşılabilir.<sup>26</sup> Bu durumda önemli olan işveren tarafından sağlanan ikame değer işçinin ortadan kaldırılan menfaati ile dengelenip, dengelenmediğidir. Yargıtay'ın bu konuda verdiği bir karara göre, "işçiye yapılan yemek ve servis gibi aynı yardımın kaldırılıp yerine ikamesi nakdi ödeme yapılması ya da tam tersi nakdi servis ve yemek ücretinin kaldırılıp ikame olarak işyerinde yemek verilmesi yahut otobüs bileti verilmesi,

<sup>20</sup> Ali Güzel, İş Hukukunda "Yetki" ve "Sözleşme", Prof. Dr. Fevzi Demir'e Armağan, *Legal İHD*, Özel Sayı, 2016, s.70; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.612.

<sup>21</sup> Ali Güzel/Deniz Ugan Çatalkaya, s.53; Ali Güzel, "İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi ve Son Çare İlkesi", Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ankara 2017, s.552; (Sözleşmenin Değiştirilmesi) Uşan, 220.

<sup>22</sup> Y22.HD. 22.12.2014, 2014/34052, 2014/36256, Yargıtay Uygulaması, s.880.

<sup>23</sup> Y22.HD. 10.05.2016, 2015/8211, 2016/14178, Yargıtay Uygulamaları, s.878.

<sup>24</sup> Y9.HD. 09.10.2017, 2016/23489, 2017/1514, Yargıtay Uygulaması, 892.

<sup>25</sup> Y9.HD. 31.05.2018, 2015/18711 E.2018/12266 K, Şahin Çil, İlke Kararları (2019-2021) s. 471-472.

<sup>26</sup> Süzek, s.631; Yıldız, s. 86;



işverenin yönetim hakkı kapsamında olup, bu tür uygulamalar Medeni Kanun'un 2. maddesine aykırı olmamak koşuluyla esaslı değişiklik sayılmaz. Ancak, yapılan sosyal yardımın işverenin tek taraflı kararı ile niteliği değiştirilmeden miktarının düşürülmesi veya ödenmemesi, esaslı değişiklik sayılacağından buna onay vermeyen işçiye talep hakkı verecektir".<sup>27</sup>

Yargıtay'a göre "çalışma koşullarının değiştirilmesi, işçiye hiç iş verilmemesi ya da daha az iş verilmesi şeklinde de ortaya çıkabilir. İşçinin parça başı ücret usulüne göre çalıştığı durumlarda bu durumun işçi aleyhine olduğu tartışmasızdır. Ancak işçiden iş görmesi istenmekle birlikte, ücret ve diğer aynî veya sosyal hakların aynen devam ettirilmesi de çalışma koşullarında değişiklik anlamına gelebilir. Gerçekten işçinin çalıştığı sürece kendisini geliştirme imkanının olduğu kabul edilmelidir".<sup>28</sup>

#### 4. Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İşverenin Yönetim Hakkı

İş K. m. 22/f.1 hükmünde işverenin çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapmasının koşulları belirtilmiştir. Esaslı olmayan değişiklik bu madde kapsamı dışında kalmaktadır. İş sözleşmesi ile belirlenen esaslı koşullar sözleşmenin birinci derecede asli unsurlarını oluşturur.<sup>29</sup> Çalışma koşullarında esaslı değişiklik, genel olarak iş sözleşmesinin esaslı kurucu unsurlarını ilgilendiren değişikliklerdir.<sup>30</sup> Bu anlamda, ücrette azalmaya neden olan değişiklikler, iş ve işyeri değişiklikleri, ücret değişiklikleri<sup>31</sup> ve çalışma sürelerindeki değişiklik ve zorunlu ücretsiz izne çıkarılmadır. Esaslı olmayan çalışma koşulları ise, iş sözleşmesinin esaslı olmayan, ikinci (tali) nitelikte olan koşullardır.

<sup>27</sup> Y9.HD. 25.01.2018, 2017/19890-2018/1228 İş Kanunu ve Yargıtay Uygulaması, s.888.

<sup>28</sup> Y9.HD. 24.03.2014, 2012/5432, 2014/9770 K, Şahin Çil, İlke Kararları (2013-2014), s. 569.

<sup>29</sup> Murat Engin, "Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Yeni İş Kanunu Tasarısı", *İÜMF*, 2013, C.61, 51-6, s. 315.

<sup>30</sup> Centel, s.248.

<sup>31</sup> Münir Ekonomi, *İş Hukuku*, s. 202, 349-346; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.389; Alpagut, *Esaslı Değişiklik*, s. 256; Eda Manav, "İşyeri Değişikli Kayıtlarının Geçerliliği Sorunu", *Sicil İHD*, Mart 2012, S.25, s. 140.

Çalışma koşullarında esaslı olmayan, ikinci nitelikteki değişiklikleri işveren tek yanlı olarak yönetim hakkına dayanarak yapabilir.<sup>32</sup> Diğer bir ifade ile işverenin yönetim hakkı çerçevesinde kalan değişiklikler esaslı değişiklik sayılmaz.<sup>33</sup> Ancak işverenin bu yetkisini MK. m.2 gereğince kötüye kullanmaması gerekir.<sup>34</sup>

İşverenin yönetim hakkı, mevzuat, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi, iş yönetmelik gibi kaynaklar tarafından düzenleme yapılmayan alanlarda söz konusudur.

İş sözleşmesinde genellikle sözleşmenin esaslı unsurlarına ilişkin düzenlemeler yer alır. İş sözleşmesi yapılırken işverenin iş görme borcu ana hatları ile belirlenir, yapılacak işin ayrıntılarına inilmez. İşin ifa tarzı yani, yeri, zamanı, türü, yürütüm şekli daha sonra ayrıntılı ve somut olarak işveren tarafından belirlenir. İşveren yönetim hakkı (idare hakkı, sevk gücü) gereği, işin ifasına ilişkin şartları belirler ve somutlaştırır. İşverenin talimat verme-yönetim hakkı iş sözleşmesinden doğar.<sup>35</sup> İşletme rizikosunu taşıyan işveren işyerinin verimliliği için iş görme ediminin ifasına ilişkin talimatlar verebilir. İşverenin bu hakkı taraflar arasındaki iş sözleşmesinden doğan bağımlılık ilişkisi gereğidir. İş ilişkisinin bu şekilde somutlaştırılması, iş sözleşmesinin temelinde olmayıp, bilakis işverence tek taraflı olarak karşı tarafa yöneltilen bir icaptır.<sup>36</sup>

Yukarıda da belirtildiği üzere işveren yönetim (talimat verme) hakkı çerçevesinde vereceği talimatlarla işin ifasına ilişkin şartları belirler ve işçinin iş görme borcunu somutlaştırır. İşçi işverenin verdiği

<sup>32</sup> Taşkent, İş Güvencesi, s.247; Süzek, s.673;

<sup>33</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.390, 391.

<sup>34</sup> Centel, İş Güvencesi, s.247; Murat Demircioğlu, "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi", İş Dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İÜHF Yay. İstanbul 2011, s.125

<sup>35</sup> Manfred Rehbinder/Jean-Fritz Stöckli, Berner Kommentar, Die einzelnen Vertragverhältnisse. Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, Einleitung und Kommentar zu den 319-330b OR, Verlag AG Bern, 2010, s. 160 N.1, 2, s. 171. N.17; Frank, Vischer, Der Arbeitsvertrag, Helbing-Lichtenhahn, Basel 2005, s.138;

<sup>36</sup> Münir Ekonomi, İş Hukuku C.1, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1987, s.32; Çelik/Canniklioğlu/Canbolat, s.177; Süzek, Sarper, "İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları" Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan, Ankara 1998, s.225 vd. (Yönetim Hakkı) Mollamahmutoğlu/Astarlı/Ulaş, s.91; Aydın Başbuğ, İşverenin Yönetim Hakkı ve Çalışma Şartlarında Değişiklik, Ankara 2008, 5 vd; Gaye Baycık, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2011, S.101 vd.; Gaye Burcu Yıldız, İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar, Ankara 2014, s.82, 83.

talimatlara iş görme borcu gereği dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymakla yükümlüdür. Bu nedenle yönetim hakkının işçinin iş görme, talimatlara uyma yükümlülüğü ile yakın ilişkisi vardır. Ancak, işverenin işçinin sadakat borcunun kapsamının bazı objektif etkenlere göre belirlenmesi nedeniyle sadakat borcunu somutlaştıran talimat verebilmesi mümkün değildir. Sadece dikkatini çekebilir, bu borcunu yerine getirmesine ilişkin uyarıda bulunabilir.<sup>37</sup>

İşverenin yönetim hakkı işçinin işyerindeki davranışlarına, işin güvenliğine ve düzenine ilişkin düzenlemeleri kapsar. Nitekim TBK'nun, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 321 d. maddesi (Art. 321d OR) dikkate alınarak düzenlenen 399. maddesinde de işverenin işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili olarak genel düzenlemeler yapabileceği ve özel talimat verebileceği öngörülmüştür (m. 399/I). İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymakla yükümlüdür (m. 399/II).

Getirilen düzenlemeye göre, maddede işverenin verebileceği talimatlar genel ve özel olarak ayrılmıştır. Genel talimatlar münferit işçilere değil, işyerinin belirli bir bölümünde veya türünde çalışan işçilere işveren tarafından verilen talimatlardır. Genel talimatlar, genel –soyuttur. Örneğin, güvenlik, sigara içme yasağı, özel amaçlı telefon veya E-mail kullanma yasağı gibi. Bunların geçerli olabilmesi için, işçilerin önceden bilgilendirilmesi gerekir. Özel talimatlar ise, belli pozisyonlarda olan işçilere verilen talimatlar olup, sadece onları bağlar.<sup>38</sup> İşverene, işyerindeki çalışma koşullarını tek taraflı irade beyanı ile belirleme yetkisi veren yönetim hakkına sınırlamalar getirilmiştir.<sup>39</sup> İşverenin talimatları, yönetim hakkının amacına, Anayasaya, mevzuatın emredici nitelikteki hükümlerine toplu iş sözleşmesine, iş sözleşmesine, dürüstlük kurallarına, kişilik haklarına aykırı olamaz. İşveren kanuna uygun talimatları verebilir, geri alabilir veya değiştirebilir. Bu nedenle işverenin yönetim hakkı yenilik doğuran hak olarak nitelendirilemeyecektir.

<sup>37</sup> Taşkent, s.55, 56; Süzek, Yönetim Hakkı, s.227; Bkz. Berna Öztürk, İşçinin Talimatlara Uyma Borcu, Ankara, 2021, s. 165 vd.

<sup>38</sup> Rehbinder/Stöckli Fritz, s. 161 N.3.; Ekonomi, s.33; Taşkent (Yönetim), s. 69;

<sup>39</sup> Vischer, s.142; Rehbinder/Stöckli, Art. 321 d; No.32; Ekonomi, s.200; Taşkent, s.81 vd.; Süzek, Yönetim Hakkı, s.229-231; Kadir Arıcı, "İşverenin Yönetim Hakkının Muhtevası", *Yargıtay Dergisi*, Ocak-Nisan 1983, s. 162-166.

İş sözleşmesi ve iş sözleşmesinin eklerinde işçinin işgörme borcu ne kadar ayrıntılı ve somut olarak belirlenirse, yönetim hakkı da o kadar daraltılmış olur.<sup>40</sup> Taraflar işgörme borcunu sözleşmede ayrıntılı bir şekilde belirlemezlerse yönetim hakkı genişlemiş olur.<sup>41</sup> Örneğin, işin tanımı “işverence bildirilecek işler” şeklinde belirtilirse, yönetim hakkı genişletilmiş olur.<sup>42</sup>

Yargıtay’a göre, yönetim yetkisinin iyiniyet kurallarına uygun olarak kullanıldığını işveren kanıtlamak durumundadır.<sup>43</sup>

## II. Esaslı Değişiklik Halleri

İş Kanununun 22. maddesinde çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapılabilmesinin koşulları öngörülmüştür. Öğreti ve Yargıtay kararlarında ücrette işçi aleyhine değişiklikler, işin niteliğinde ve işyeri değişiklikleri esaslı değişiklik olarak kabul edilmiştir.

### 1. Ücrette Değişiklik

İş sözleşmesinin esaslı unsurlarından olan ve iş görme ediminin karşılığı olan ücrette işçi aleyhine her türlü değişiklik esaslı değişikliklerdir.<sup>44</sup> İşçinin ücretinde onun aleyhine değişiklik işveren tarafından tek taraflı olarak yapılamaz, 22. maddede getirilen koşullara uyulması gerekir. Sözleşme değişikliği olarak ücret indirimi tarafların karşılıklı birbirlerine uygun irade beyanlarını gerektirir. İşçinin onayı olmadan ücretinin azaltılması, işverenin ücret yükümlülüğünü değiştirmez.

Ayrıca işçinin onayı olmaksızın ücrette azaltılma yapılması, örneğin işçinin yetersizliğine bağlı olsa bile, geçersizdir.<sup>45</sup> Ücretin tek taraflı olarak indirilmesi, sadakat borcu ile de ilişkilendirilemez.<sup>46</sup> Yani sadakat borcu gereği ücret indirimine katlanması işçiden beklenemez.

<sup>40</sup> Baycık, s. 90 dipn.245.

<sup>41</sup> Vischer, s. 139; Ekonomi, 32; Demircioğlu, s.123. Alp, s.108; Baycık, s.250.

<sup>42</sup> Demircioğlu s.123.

<sup>43</sup> Y9.HD. 24.03.2014, 2012/4972, E. 2014/9780 K.; Çil, İlke Kararları (2013-2014 Yılları) s.581.

<sup>44</sup> Taşkent, 13; Süzek, Değişiklik Feshi, s.11; Doğan Yenisey, s.122; Baycık, s. 175; Yıldız, s.89 vd.

<sup>45</sup> Rehbinder/Fritz Stöckli, Art. 222. N.19; BGE 97 11 142.

<sup>46</sup> Rehbinder Fritz Stöckli, Art. 222, N. 19.

Diğer taraftan işletmenin ekonomik riski işverene aittir. Bu nedenle işveren işletme riskini onayı olmadan işçiye yükleyemez.<sup>47</sup> İşveren ekonomik güçlük içinde olduğunu ileri sürerek işçi ücretinde indirim gidemez.<sup>48</sup> Ekonomik güçlükler nedenine dayanarak yapılacak değişiklik tekliflerinde de geçerli neden oluşturamaz.<sup>49</sup> İş ilişkisinin esas unsurları olan iş görme ve ücret edimlerini değiştiren, iş ilişkisinde düzen ve denge unsuruna müdahale oluşturan kayıtların da MK. m. 2'ye aykırı olduğunun kabulü gerekir.<sup>50</sup>

Yargıtay bir kararında, "Ücretteki düşme ise bu değişikliğin iş görme ediminin niteliğinde meydana gelen değişikliğin doğal sonucu olup, davacı işçi tarafından verilen değişiklik yetkisinin bu değişikliğin doğal sonucu olan ücretin indirilmesini de kapsadığı açıktır" ifadesine yer vermiştir.<sup>51</sup> İşçinin iş görme ve ücret edimlerini değiştirmek isteyen işverenin İş K. m. 22'ye göre hareket etmesi gerekir.

Yine işçinin performans değerlendirmesinde düşük puan alması nedenine dayanılarak ücrette indirim yapılması esaslı değişiklik olduğu için 22. maddesinde düzenlenen usule uyulması gerekir.<sup>52</sup>

Belirtmek gerekir ki, sadece nakdi ödemelerde değil, her türlü aynı ek ücret ödemelerinin (öğle yemeği verilmesi, servis sağlanması vb.) kaldırılması, azaltılması da işçi aleyhinde esaslı değişikliktir.<sup>53</sup>

Yargıtay'a göre, yukarıda da belirtildiği üzere, işçiye yapılan yemek ve servis gibi aynı ödemelerin kaldırılıp yerine ikame nakdi ödeme yapılması ya da ikame bir değer verilmesi şeklindeki uygulamalar MK. m. 2 hükmüne aykırı olmamak koşulu ile esaslı değişiklik sayılmaz. Ancak, yapılan sosyal yardımın, işverenin tek taraflı kararı

<sup>47</sup> Yıldız, s.90

<sup>48</sup> Yıldız, s.90; Alp, s.88, 89.

<sup>49</sup> Yıldız, s. 91.

<sup>50</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 39; Bazı koşullarda, özellikle ekonomik kriz döneminde işveren tek taraflı olarak ücrette indirim yetkisi veren kayıtların geçerli kabul edilmesi görüşü hakkında bkz. Mustafa Alp, "İşverene Tek Taraflı Değişiklik Yetkisi Veren Sözleşme Kayıtlarının Geçerliliği ve Denetim Ölçütleri" *Legal/HSGD*, 2009/21, 13 vd.

<sup>51</sup> Y22.HD. 12.02.2013, 1704/2825, www.kazanci.com, Orhan Ersan Civan, Genel İş Koşullarında Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği ve Denetimi, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, İstanbul Kültür Üniversitesi, *Hukuk Fak. Dergisi*, Özel Sayısı, Ocak 2016, C.15, S.1, s.803 dipn.91; Süzek, 676.

<sup>52</sup> Yıldız, s.90; Karş. Baycık, s.221.

<sup>53</sup> Süzek, Değişiklik Feshi, s.11; Taşkent, s.13; Doğan Yenisey, s.122; Baycık, s.175.

ile niteliği değiştirilmeden miktarının düşürülmesi veya ödenmemesi esaslı değişiklik sayılacağından buna yazılı onay vermeyen işçiye talep hakkı verecektir.<sup>54</sup> Belirtmek gerekir ki, işveren tarafından işçiye sağlanan ikame değer, işçi açısından ortadan kaldırılan menfaat ile dengelelenebiliyorsa esaslı değişiklik olmadığı kabul edilebilecektir. Örneğin, işverence işçilere sağlanan servisin kaldırılıp, servis yerine bir ulaşım zammı ödeniyorsa esaslı değişiklik sayılmaz.<sup>55</sup>

Diğer işçilik alacaklarının kaldırılması ve uygulanmaması da işçi aleyhine değişikliktir.<sup>56</sup> İşçinin haklarında azaltmaya gidecek düzenlemeler 22. madde kapsamında yazılı olarak yapılmalıdır.<sup>57</sup>

Yargıtay'a göre, "işçinin ücretinin asgari ücretteki artış oranına bağlı olarak artmakla birlikte oranın düşürülmesi nedeni ile ücrette azalma olması ücrette aleyhe değişiklik olup, işçinin rızasının alınması gerekir".<sup>58</sup>

İkramiyelerin işveren tarafından tek taraflı olarak kaldırılması veya azaltılmasına ilişkin olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun verdiği bir karara göre "ikramiye bireysel ya da toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılmamış olsa dahi işverence tek taraflı olarak düzenli şekilde yapılan ikramiye ödemesinin işyeri koşulu olduğu kabul edilmelidir. Her durumda ikramiyelerin tek taraflı olarak işverence ortadan kaldırılması veya azaltılması mümkün olmaz. İkramiyeler yönünden işçi aleyhine çalışma koşullarında değişiklik 4857 sayılı Kanunun 22. maddesi kapsamında gerçekleştirilmelidir. İkramiyenin tek taraflı kaldırılması işçi yönünden bağlayıcı nitelikte olmayıp işyeri koşulu haline gelmez ve işçinin sessiz kalmasının bu aleyhe değişikliği zımnen kabul ettiği anlamına gelmez".<sup>59</sup>

İşveren tarafından işçinin ücretsiz izne çıkarılmasında ise, iş sözleşmesi askıda kalır. Bu sürede işçiye ücreti ve diğer parasal hakları ödenmeyeceği için çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı bir değişiklik söz konusu olur. Bu durumda işverenin 22. maddede öngörülen

<sup>54</sup> Y9.HD. 25.01.2018, 2017/19890- 2018/1228, Yargıtay Uygulaması I, s.887.

<sup>55</sup> Centel, İş Güvencesi, s.192; Yıldız, s. 86; Alp, s.117, 118; Ayrıca kaldırılan hakla, ikame edilen hakkın aynı konuda aynı nitelikte haklar olması gerektiği de ileri sürülmüştür. Bu konuda bkz. Alp, s.117; Yıldız, s.89

<sup>56</sup> Aynı yönde, Yıldız, s.90.

<sup>57</sup> Süzek, s.675.

<sup>58</sup> YHGK. 15.03.2017, 2015/22-3609-2017/501, Yargıtay Uygulaması, 1, s.825.

<sup>59</sup> YHGK. 15.02.2017, E.2015/7-1567, K.2017/267 (Özel arşiv)

koşullara uygun hareket etmesi gerekir.<sup>60</sup> Nitekim Yargıtay bir kararında, iş şartlarında esaslı değişiklik niteliğinde ücretsiz izin uygulamasının yazılı olarak işçiye bildirilmemesi nedeniyle geçerli nedene dayanmadığına karar vermiştir.<sup>61</sup> Ayrıca toplu iş sözleşmesinde yer alan hükme dayanarak işverenin tek taraflı olarak işçiye izne çıkarması da kabul edilemez.<sup>62</sup>

Kısa çalışma da çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik meydana getirir. Ancak kısa çalışma, kanunda belirtilen koşullara göre gerçekleşir (4447 sa.K.Ek.m.1). İşveren kanunda öngörülen koşullara uyarak kısa çalışma uygulamasına başvurabilir. İşveren bu konuda yasal bir hakkını kullandığı için işçinin rızasının alınması gerekli değildir.<sup>63</sup>

## 2. İşin Niteliğinde Değişiklik

İşçinin ifa etmekle yükümlü olduğu iş esas olarak iş sözleşmeleri ve toplu iş sözleşmeleri ile belirlenir. İş sözleşmesinde işçi belirli bir iş için, örneğin şoför gibi, alınmışsa işçinin iş görme borcu somut olarak belirlenen bu iş türünü kapsar. Görülecek iş bir meslek veya meslek dalı olarak belirlenmişse işveren kararlaştırılan meslek veya dalın içine giren bütün işlerin yapılmasını talep edebilir. İş somut olarak belirlense bile bütün ayrıntılar belirlenemeyeceği için, işveren yönetim hakkı gereği sözleşme sınırları içinde durumu işe göre belirler.<sup>64</sup> Eğer iş sözleşmesinde yapılacak iş genel olarak belirlenmişse, örneğin yardımcı işçi gibi, işveren doğruluk dürüstlük kuralına aykırı olmayacak her işin yapılmasını işçiden isteyebilir. İşveren işçinin durumuna uygun olan işlerin yapılmasını isteyebilir. Vasıflı işte çalışan bir işçinin, vasıfsız işte çalıştırılması esaslı değişiklik olarak kabul edilebilir. Nitekim Yargıtay verdiği bir kararında, büro personeli olarak çalışan bir işçinin çöp işlerinde görevlendirilmesinin iş sözleşmesinin esaslı unsurlarında değişiklik anlamına geldiği, bu nedenle işçi tarafından m.24/II.f kapsamında iş sözleşmesinin haklı nedenle sona erdirildiği şeklinde değerlendirmiştir.<sup>65</sup>

<sup>60</sup> Süzek, s.676.

<sup>61</sup> Y9.HD. 09.11.2009, 32050/310 83; Baskan, s.232, dipn. 952

<sup>62</sup> Baskan, s.251.

<sup>63</sup> Başterzi, s. 136; Süzek, Değişiklik Feshi, s.15, Baycık, s.178; Baskan, s. 234, Ayrıca bkz. Y9.HD. 08.07.2013, 26183/20766, Baskan, s.234. dipn. 962.

<sup>64</sup> Ekonomi, 161;

<sup>65</sup> Y22.HD. 12.02.2018, 2017/5158/2018/2827, Yargıtay Uygulaması I, 864.

İş sözleşmesinde, iş değişikliğine yer verilmediği durumlarda, işveren yönetim hakkının sınırları içinde kalmak koşuluyla iş değişikliği yapabilir. Yargıtay, işçinin işinin değiştirilmesinde, işin ağırlaşmış ve ağırlaşmadığı, statü hak ve yetkilerde değişiklik olup olmadığı konuları üzerinde durmaktadır. Yargıtay iş değişikliğine ilişkin olarak verdiği bir kararda, yapılacak işin davacının yeni görevlendirildiği cips departmanındaki iş şartlarının dondurma departmanına göre ağırlaştırılıp ağırlaştırılmadığının, ücretinde azalma olup olmadığının, iş akdinin davalı işverence haklı nedenle feshedilip edilmediğinin belirlenip ihbar ve kıdem tazminatı hakkında çıkacak sonuca göre karar vermek olduğunu ifade ederek, mahkemenin kararını bozmuştur.<sup>66</sup>

Görev tanımı dışında işler verilmesi, verilen iş hafif olsa bile, esaslı değişikliktir. Yargıtay'ın bu konuya ilişkin olarak verdiği bir kararına göre, "işçinin görev tanımı içinde olan işler dışında iş verilmesi, iş hafif olsa bile esaslı değişikliktir. Burada yapılan işin niteliği önemlidir. Yazılı yapılmadığı sürece geçerli değildir ve daha önceki yıllarda işçinin aynı işi yapmış olması, esaslı değişikliği ortadan kaldırmaz. Somut uyuşmazlıkta makineci olan davacıya görev tanımı dışında temizlik, yükleme ve sevkiyat yaptırılmak istenmiştir. Esaslı değişiklik olduğundan davacı bunu kabul etmek zorunda değildir".<sup>67</sup>

İşçinin işinde yapılan değişikliğin esaslı değişiklik olup olmadığının tespitinde, yeni işin iş sözleşmesi ile belirlenen iş ile benzer ve eşit değerde bir iş olup olmadığı<sup>68</sup> çalışma koşullarının ağırlaştırıp ağırlaştırmadığının araştırılması gerekir. Yargıtay'a göre "yeni görev, statü hak ve yetkiler yönünden davacının aleyhine çalışma koşulları oluşturuyorsa bu durum davacı yönünden iş şartlarının esaslı değişikliğe uğradığını gösterir".<sup>69</sup>

Zorlayıcı nedenlerin örneğin deprem, sel, yangın gibi hallerin ortaya çıkması veya işi yapan işçinin hastalanması halinde işçiden ken-

<sup>66</sup> Y7.HD. 25.09.2013, 2013/7954 E, 2013/15427 K.; Çil, Yargıtay Kararları (2013-2014), s.581

<sup>67</sup> Y9.HD. 12.10.2017, 2015/13375-2017/15659, Yargıtay Uygulaması I, s.890.

<sup>68</sup> Yargıtay'a göre "Yeni görevlendirilen işin daha niteliksiz olması çalışma koşullarında esaslı değişikliktir" Y7.HD. 24.03.2016, 2015/45214-2016/7028, Yargıtay Uygulaması I, s.902.

<sup>69</sup> Y9.HD. 11.02.2010, 14835/3178, *Legal İHSGHD*, 2010, S.25, 195-203, Yıldız, s. 93 dipn. 263.



di işinin dışında bazı işleri yapması istenebilir. Bu durumda işçinin istenen işleri yapması sadakat borcu gereğidir. Ancak, bu durumda dahi “işçiden beklenen” işin, halin özelliği gereği işçinin durumuna da uygun olması gerekir.<sup>70</sup> Ancak işverenin karşılaşıcağı ekonomik güçlükler, belirtilen olağanüstü duruma girmez.<sup>71</sup>

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu cam işçisi olarak çalışan davacının, işyerinde inşa edilen bekçi kulübesinin yapımında, tuğla taşınması ve ustaya tuğla ve harç verilmesi konusunda talep edilen yardımı kabul etmeyerek işyerini terk etmesine ilişkin olan olayda, işverenin yardım talebini işçiden istenilen işin geçici ve basit bir iş olması ve o tarihlerde yapılan başka bir iş bulunmaması nedenleriyle haklı görerek, çalışma koşullarının işçi aleyhine ağırlaştırılmış sayılmayacağına karar vermiştir.<sup>72</sup> Bozma kararına konu olan uyuşmazlığa ilişkin Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise kararında isabetli olarak, “davacı işçinin bekçi kulübesinin yapımında çalıştırılmak istenmesi nedeniyle iş şartlarının ağırlaştırıldığına kuşkusuz” olduğu ifade edilmiştir.

İşçinin kendi işi ile çalışması istenilen iş arasında nitelik farkının bulunması veya sonraki işin ağır olması veya o işi yapmak istememesinde haklı bir neden varsa, işçi diğer işte çalışmak istemeyebilir.<sup>73</sup>

İşçinin geçici olarak başka işte görevlendirilmesi durumunda da olayın özelliğine göre, sadakat borcu aksini gerektirmedikçe, işçinin daha ağır koşulları olan bu işte çalışmaya zorlanması mümkün olmalıdır.<sup>74</sup> Geçici olarak başka işte görevlendirme durumunda da çalışma koşullarının işçi aleyhine ağırlaştırılıp ağırlaştırmadığının değerlendirilmesi gerekir.

YHGK'nın çalışma (iş) şartlarında işçi aleyhine esaslı değişiklik olup olmadığına ilişkin olarak verdiği karara göre,<sup>75</sup> “davacının çalıştığı işyerinin macahane bölümündeki çalışma koşullarının, görevlen-

<sup>70</sup> YHGK. 16.03.2005-E.9.88/K. 157 *Legal İHSGHD*, s.7, 2005, s. 1240, E. Tuncay Kaplan Senyen, Bireysel İş Hukuku, Ankara 2020, s. 159, dipn. 159. Çalışma Toplum, S. 6, 2005/3, s. 175-176

<sup>71</sup> Tankut Centel, İş Hukuku C.I, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1992, s. 123.

<sup>72</sup> Ekonomi, s. 117

<sup>73</sup> Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2003, s.94

<sup>74</sup> Süzek, Değişiklik Feshi, s.14.

<sup>75</sup> YHGK. 04.12.2018, 2015/22-2359, 2018/1832 Ömer Emekçi/Esra Yiğit, Bireysel İş Hukuku Dersleri, İstanbul Nisan 2020, s.79.

dirilmek istendiği kaynakhane bölümüne nazaran daha hafif olduğu anlaşılmaktadır. Davalı tanık anlatımlarından, davacının kaynakhane bölümünde emeklilik nedeni ile oluşan işgücü eksikliğinin giderilmesi amacı ile görevlendirilmek istendiği anlaşılmaktadır. Ancak davalı yan, geçici olan bu görevlendirmeyi yazılı yapmadığı gibi, bu görevlendirmenin zorunlu ve gerekli olduğuna ve ortaya çıkan iş gücü ihtiyacına ilişkin tanık anlatımı dışında delil sunmamıştır. Ayrıca emeklilik nedeniyle ortaya çıkan iş gücü ihtiyacının iki günlük süre içinde giderilebileceğine ilişkin dosyada somut veri de bulunmamaktadır. Bu hali ile davalının iş şartlarında işçi aleyhine esaslı değişiklik niteliğindeki bu görevlendirmenin geçici olduğu konusunda ispat külfetini yerine getirmediğini kabule imkân yoktur... Hukuk Genel Kurulunca benimsenen Özel Daire Bozma kararına uyulmak gerekirken kararda direnilmesi yerinde olmamıştır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır". Kararda adı geçen Yargıtay 9. Dairesi, "Dinlenen tanık anlatımlarından, davacının görevlendirildiği yeni çalışma şartlarının daha ağır olduğunu, davacının bu değişikliği kabul etmeyerek, iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiğini ifade ederek, davacının çalışma koşullarında esaslı değişiklik içeren teklifi kabul etmeyerek iş sözleşmesini haklı nedenle feshinin kabulüyle kıdem tazminatı talebinin hüküm altına alınmasına ve hükmün bozulmasına" karar vermiştir.

Diğer taraftan, işçiden işveren tarafından iş sözleşmesinde belirtilen işten daha yüksek değerde bir işi yapması istenebilir. İşçi yararına olan bu işin dürüstlük kuralı gereği kabulü düşünülebilir. Ancak, önerilen işin önceki işe nazaran iş koşullarında ağırlaşma getirmesi mümkündür. Zira yüksek değerdeki işin, önceki işe oranla daha fazla bilgi, yetenek, deneyim, sorumluluk ve çaba getirmesi söz konusu olabilir.<sup>76</sup> Bu durum iş şartlarında esaslı bir değişikliktir.

İşçiye mevcut işinin yanında işveren tarafından ek bir iş verilmesi de çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik olup, işçiden bu değişikliği onaylaması beklenemez.<sup>77</sup>Bu durumda, iş değişikliğinin çalışma koşullarında ağırlaştırma getirip getirilmediğinin araştırılması gerekir.<sup>78</sup>

<sup>76</sup> Ekonomi, s. 118-119, Centel, s.125.

<sup>77</sup> Centel, s.125.

<sup>78</sup> Ekonomi, s. 119; Centel, s. 125.

Yargıtay, işverenin çaycı olarak çalışan işçiden ek iş olarak temizlik işini de görmesini talep etmesi, işçinin ise bu görevi kabul etmeyecek işe gelmemesinin çalışma koşullarında esaslı değişiklik olduğuna, işçinin haklı nedenle derhal fesih hakkının doğduğuna ve kıdem tazminatına hak kazandığına karar vermiştir.<sup>79</sup>

Aynı işyeri sınırları içinde işçinin işinde değişiklik yapılması durumunda da yeni iş ile önceki işi arasında değerlendirme yapılarak değişikliğin çalışma koşullarında bir değişiklik niteliği taşıyıp taşımadığının belirlenmesi gerekir. Yeni işin cezalandırıcı nitelikte olup olmadığı, işçinin onurunu zedeleyip zedelediğinin de dikkate alınması gerekir.<sup>80</sup>

Büro işleri yapan işçinin, daha sonra bina temizlik işinde görevlendirilmesine ilişkin uyuşmazlığa ilişkin olarak Yargıtay, değişikliğin esaslı nitelikte olduğuna ve davacının iş şartları sağlanmadığından yapılan feshin haklı olup, kıdem tazminatının kabulüne karar verilmesi gerekçesi ile bozma kararı vermiştir.<sup>81</sup>

İşçinin performans verimlilik sonuçlarının geçerli bir neden olarak kabul edilebilmesi için objektif ölçütlerinin daha önceden belirlenmesi zorunludur. Performans ve verimlilik kriterlerinin işyerine özgü olması gerekir.

Performans değerlendirilmesi neticesinde işçinin işinin değiştirilerek aynı işyerinde başka bir birime verilmesi durumunun çalışma koşullarında değişiklik olup olmadığına ilişkin olarak Yargıtay'ın verdiği bir karara göre,<sup>82</sup> "...somut olayda söz konusu işyerinde performans değerlendirme sistemi performans ölçüm kriterlerinin olup olmadığı, davalı tarafından yönetim hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığı, performans kriterlerinin iş değişikliğini gerekli kılıp kılmadığı somut olarak araştırılmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir." Bir başka kararında da<sup>83</sup> Yargıtay "...işverenin yönetim hakkı kapsamında kalan

<sup>79</sup> Y22.HD. 03.10.2013, E. 2013/2665, K. 2013/20677, *Çalışma ve Toplum*. 2014/1, 591, 592; Karar incelemesi için bkz. Alp Mustafa, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul, 2013, s.213, 214, (Değerlendirme),

<sup>80</sup> Süzek, Değişiklik Feshi, s. Doğan Yenisey, s.123, Baycık, s.238.

<sup>81</sup> Y22.HD. 10.03.2016, 2015/764, 2016/7457, Yargıtay Uygulaması I, s. 879.

<sup>82</sup> Y22.HD. 14.06.2012, 16050/13518, Yıldız, s. 95 dipn. 270.

<sup>83</sup> Y9.HD. 14.05.2014, 2012/10473 E, 2014/15663 K. Çil, İlke Kararları (2013-2014) 566.

yada geçerli nedene dayanan değişiklikler, çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak nitelendirilemez... örneğin işçinin çalıştığı bölümde objektif olarak ortaya konulan performans kriterlerine göre verimsizliğin saptanması ve hatta işverence bu yönde verilen eğitime rağmen sonuç alınamaması durumunda, işçinin başka bir işte görevlendirilmesi mümkündür. İşçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenlerle de çalışma koşullarının değiştirilmesi mümkün görülmelidir. Şoför olarak istihdam edilen işçinin sık sık trafik kazası olarak işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi ya da sürücü belgesine mahkeme kararıyla geçici olarak el konulması gibi durumlarda, işverenin işçiyi geçici ya da sürekli olarak başka işte görevlendirebileceği kabul edilmelidir.” ifadesine yer vermiştir.” İşçi objektif olarak performans değerlendirilmesi sonucunda yapılan iş değişikliğini kabul etmeyebilir. Bu durumda işveren, iş sözleşmesini geçerli nedenleri varsa feshedebilir.<sup>84</sup>

Yargıtay’ın yukarıda belirtilen kararına göre, “işverenin yönetim hakkı kapsamında kalan ya da geçerli nedene dayanan değişiklikler, çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak nitelendirilemez”. Yargıtay kararında geçerli nedene dayanan değişikliklerin esaslı değişiklik olmadığını ifade etmiştir. Karardan, geçerli nedene sahip işverenin tek taraflı olarak çalışma koşullarında değişiklik yapabileceği anlamı çıkmaktadır. Bu karara katılmamız mümkün değildir. Zira geçerli nedene dayanarak çalışma koşullarında esaslı değişiklik ile işverenin iş sözleşmesinin feshi için geçerli nedene dayanması ayrı konulardır. Aksi düşünüldüğünde geçerli nedenin olması durumunda işverenin işçinin rızasına gerek olmadan çalışma koşullarında tek taraflı değişiklik yapabileceği sonucu çıkar. Bu durum 22. maddede belirtilen çalışma koşullarında değişiklik düzenlemesi ile bağdaşmaz.<sup>85</sup> Zira maddede getirilen düzenlemeye göre işverenin değişiklik önerisinin işçi tarafından kabul edilmemesi halinde değişiklik işçi için hüküm ifade etmez.

### 3. İşyeri Değişikliği

İş sözleşmesinde işçinin çalışacağı yer taraflarca belirlenmişse, işçinin onayı olmadan işveren işyerini değiştiremez (m. 22/1). İş sözleş-

<sup>84</sup> Yıldız, s.95.

<sup>85</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı /Baysal, s.397; Baskan, s.226; Doğan Yenisey, s.104. vd.

mesinde bu konuda hüküm yoksa işveren yönetim yetkisine dayanarak işin yapılacağı yeri belirler. İşverenin yönetim hakkı sınırları içinde kalan değişiklikler esaslı değişiklik sayılmaz.<sup>86</sup> İşyerinin sözleşmede açık bir şekilde belirlenmemesi durumunda, işçinin durumunu ağırlaştırmamak koşuluyla aynı il sınırları içinde işyerinin değiştirilmesi işçi aleyhine değişiklik sayılmaz.<sup>87</sup> Ancak işçinin yeni işyerine gidiş ve gelişinde harcadığı süre çok daha fazla ise, dinlenme süreleri çok azalıyorsa işyeri değişikliği işçi aleyhine esaslı değişikliktir.<sup>88</sup>

Yargıtay'ın aynı büyükşehir belediye sınırları içinde kalan işyeri değişikliğinin çalışma koşullarında işçi için esaslı değişiklik olup olmadığına tespitinde dikkate alınması gereken kriterlere yer verdiği isabetli bir kararında, "davacının işyerinin bulunduğu Gaziemir' deki işyerinden tahmini 20-25 km mesafedeki yeni işyerine gidebilmesi için asgari 2-3 toplu taşıma aracına binmesi gerekeceği, toplu taşıma araçlarında geçen zamanın iş süresinden sayılacağı davalı tarafından kabul edilmediğine göre, davacının kendine ait zamanından veya dinlenme haklarını kullandığı zamandan iş için ayırması gerekeceği, iş çıkışı ve eve dönüş için zaman harcaması yapacağı sabittir. İşveren yeni iş yerine nakil için servis koymadığı gibi yol parası vermediği veya işçinin bu ilave yol harcamalarını karşılayacak şekilde ek ödeme yapmadığı, yapacağına dair taahhütte bulunmadığı, tüm bu değişiklikleri açıkça kabul etmediği, etmesi gerektiğine ilişkin bir düzenlemenin de bulunmadığı, iş yeri adres değişikliğinin büyükşehir belediye sınırları içinde kalmasının bu durumu değiştirmeyeceği, eski işyerinde eski koşullarda hazır bekleyen davacıya iş verilmemesi ve dolayısıyla karşılığı ücretinin ödenmemesi sebebiyle iş sözleşmesinin eylemli olarak feshedildiği, eylemli feshin haklı nedene dayanmayacağı, devamsızlıktan söz edilemeyeceği, devamsızlığa dayalı işverenin sonraki ikinci fesih işleminin de hukuken sonuç doğurmayacağı, feshin haklı sebebe dayanmaması nedeniyle davacının kıdem ve ihbar tazminatı alacaklı olduğu, ihbar tazminatı talebinin de kabulüne karar verilmesi gerekirken hatalı değerlendirmeye bu talebin reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir."<sup>89</sup> Yargıtay kararında, aynı il sınırları içinde kalsa

<sup>86</sup> Süzek, 677; Centel, s. 247.

<sup>87</sup> Süzek, s.677.

<sup>88</sup> Süzek, s. 678; Burcu Yıldız, s. 96; Başbuğ, 42, 43.

<sup>89</sup> Y9.HD. 07.03.2013, E.2011/39644, 2013/8037, Alp, Değerlendirme, s. 210-211.

bile işyeri değişikliğinin esaslı değişiklik olarak sayılmasının tespitinde işçinin işyerine ulaşımında işçi için yaşanabilecek ve çalışma koşullarını ağırlaştırıran her türlü değişikliğin esaslı değişiklik olduğunun dikkate alınması gereğinden hareketle sonuca ulaşmıştır.

İş sözleşmesinde ve toplu iş sözleşmesinde işverene personeli nakil yetkisi tanınmış olsa da bu yetkinin objektif olarak ve dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılması gerekir. İşverenin, işçinin ailevi durumunu da dikkate alması ve önce çalışılan işyerine yakın işyeri olup olmadığının da araştırılması gerekir. Nitekim, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin verdiği bir karara göre<sup>90</sup> "davacı doğum sonrası, önceki işinden 100 km uzaklıktaki başka bir şubeye nakledilmiştir. Halbuki önceki işyerine çok yakın şubelerin olduğu açıktır. Mahkemece her ne kadar servis hizmetinden söz edilmişse de aralıklı olarak bebeğin emzirme ihtiyacı sebebi ile süt izni kullanması söz konusu olabilecek davacı bakımından bu naklin 4857 sayılı Kanun'un 22. maddesi kapsamında esaslı değişiklik olduğu ve yukarıdaki ilkelere uygun davranılmadığı açıktır. Hal böyle olunca iş sözleşmesinin davacı işçi tarafından 24. maddesine göre haklı sebeple feshedildiği kabul edilmelidir."

İşveren işyerini il sınırları içinde daha uzak bir yere veya il sınırları dışında başka bir yere naklederse, işçinin ikamet ettiği yer ile ilişkisi kesileceği için, işçi çalışmaya zorlanamaz.<sup>91</sup> İşçiden onayı olmadan, oturmakta olduğu yeri ve oradaki tüm ilişkilerini birlikte bırakması beklenemez. İşçi iş sözleşmesini derhal feshedebilir (İş K. m.24/2).<sup>92</sup>

Ancak işçi, işyeri il sınırları içinde başka bir yere nakledilirse, çalışma koşullarında aleyhe bir değişiklik yoksa, örneğin ikamet ettiği yer açısından bir güçlük yaratmıyorsa, işçi yeni işyerinde çalışmakla yükümlüdür. Ancak, servis olmamasından veya yol masrafının artmasından kaynaklanan bir güçlük varsa işverenin bu masrafları karşılaması durumunda, işçinin yeni işyerinde iş görme edimini ifa etmesi gerekir.

İşveren yönetim hakkı çerçevesi kapsamında nakil yetkisine dayanarak işçinin görev yerini değiştirirken bu hakkını MK. m. 2 gereğince

<sup>90</sup> Y22.HD. 15.12.2014, 2014/31412-2014/35559, Yargıtay Uygulaması I, s.880.

<sup>91</sup> Ekonomi, s.121;

<sup>92</sup> Tunçomağ/Centel, s. 95.

dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılmalı keyfi davranmamalı, cezalandırma kastıyla kullanmamalıdır<sup>93</sup>. Yargıtay'a göre,<sup>94</sup> işçinin çalıştığı kadronun kapatılması nedeniyle başka bir işte görevlendirilmesi durumunda da işverenin yönetim hakkını kötüye kullanılıp kullanılmadığının, çalışma koşullarının ağırlaştırılıp ağırlaştırılmadığının tespiti gerekir.

Yargıtay bir başka kararında da, "davacının daha önce çalıştığı fabrika ile görevlendirildiği fabrikanın aynı alan içinde bulunduğu, mali ve sosyal haklar bakımından bir azalma olmadığı, her iki fabrikada da vardiya usulü çalışma uygulandığı, çalışan sayılarının birbirine yakın olduğu, aynı tehlike sınıfında yer aldıkları, görev değişikliğinin iş şartlarında esaslı değişiklik oluşturmadığı ve işverenin yönetim hakkı kapsamında kaldığını, görev değişikliğinin işçi tarafından kabul edilmemesi nedeniyle işverence hizmet aktinin feshinin geçerli nedene dayandığının anlaşıldığı" sonucuna ulaşmıştır.<sup>95</sup>

#### 4. Çalışma Sürelerinde Değişiklik

Çalışma süresi, diğer çalışma koşullarında olduğu gibi esas itibarıyla iş sözleşmesinde belirlenir. Ancak çalışma sürelerinin uzunluğu ve konusuna ilişkin belirgin düzenlemelere iş sözleşmelerinde fazla rastlanmaz. Zira çalışma sürelerine ilişkin olarak işçiyi koruma amaçlı sınırlamalar getirilmiştir.

Çalışma sürelerinin yasada ve sözleşmede öngörülen düzenlemelere aykırı bir şekilde işverence tek taraflı düzenlemelerle aşılması, özellikle fazla çalışma konusunda mümkün değildir. Normal fazla çalışmada işçinin onayının alınması gerekir (İş K.m.41). Bu konuda, işverenin yönetim hakkının sınırlarını aşan uygulamalara gitmesi işin görüleceği zamanda tek yanlı değişiklik yapması söz konusu olamaz. Ancak bu sınırlamalar dışında işveren çalışma saatlerinin düzenlenmesine ilişkin olarak yönetim hakkı gereğince değişiklik yapabilir. Örneğin, kural olarak işin bitiş ve başlama saatlerinin belirlenmesi işverenin yönetim hakkı içinde yer alır.<sup>96</sup>

<sup>93</sup> Y22.HD. 07.02.2018, 2018/290-2018/1994, Yargıtay Uygulaması I, s. 863.

<sup>94</sup> Y22.HD. 30.05.2018, 2016/26928/13565, Yargıtay Uygulaması I, s.867.

<sup>95</sup> Y22.HD. 13.11.2018, 2018/13492-2018/24329, Yargıtay Uygulaması I, 857.

<sup>96</sup> Süzek, s. 678; Süzek, Değişiklik Feshi, 15; Centel, İş Hukuku, s. 131; Doğan Yeni-

Ancak, çalışma saatlerinde değişiklik işçi aleyhine çalışma koşullarını ağırlaştırma getiriyorsa esaslı değişiklik olarak kabul edilmelidir. Çalışma sürelerinde değişiklik, ücrette de azalmaya yol açması nedeniyle, çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak kabul edilmektedir.<sup>97</sup> Örneğin, tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçiş işçinin parasal haklarında azalmaya neden olacağı için çalışma koşullarında esaslı değişikliktir.<sup>98</sup>

İşçinin çalışma hayatında ve yaşamında zorluk oluşturan değişiklikler esaslı değişiklik olarak kabul edilmelidir.

Vardiya değişikliğinin işyeri koşullarında esaslı değişiklik teşkil edip etmediği konusunda Yargıtay'ın verdiği bir karara göre, gece vardiyasında çalışan işçilerin üç saatlik istirahatlerinin işverence bir saate indirilmesi çalışma saatlerinde esaslı değişiklik ve çalışma saatlerinin ağırlaştırılmasıdır.<sup>99</sup>

Yargıtay, vardiya değişikliği yapılmadan işçilerin sürekli ya da uzun süre aynı vardiyada çalıştırılmasından sonra, çalışma koşullarında esaslı tarzda bir değişiklik mahiyetinde sadece bir veya birkaç işçi için vardiya değişikliğinin 22. maddede öngörülen prosedüre tabi tabi olduğuna karar vermiştir.<sup>100</sup>

Yargıtay bir başka kararında ise haftada dört gün çalışan davacı bakımından, haftalık çalışma saati sabit kalmakla birlikte bu sürenin üç vardiya sistemi ile altı güne çıkarılmış olmasını çalışma şartlarında esaslı değişiklik niteliğinde kabul edilmiştir.<sup>101</sup>

Ancak, "davalının elektrik kısıtlaması nedeniyle iş saatlerinde değişiklik yapmış olması iş şartlarını ağırlaştırıcı mahiyette değildir".<sup>102</sup>

Çalışma saatlerinin gündüzden geceye geçirilmesi de çalışma koşullarında esaslı değişikliktir.<sup>103</sup> İşverenin çalışma sürelerinde değişik-

sey, Değişiklik s. 126; Civan, Değişiklik Kayıtları, s. 813.

<sup>97</sup> Süzek, s.678.

<sup>98</sup> Y9.HD. 29.01.2004, 12158/1460 Legalbank. Bkz. Başkan, s.232, dipn. 952.

<sup>99</sup> Y9.HD. 30.06.1997, 10230/13245, A.Demircioğlu Murat/Doğan Korkmaz/A.Ali Kaplan, Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 sayılı İş Yasası, İstanbul 2018, s.257.

<sup>100</sup> Y22.HD. 17.09.2013, E.2012/26182, K.2013/19137, Alp, Değerlendirme, s.214-215.

<sup>101</sup> Y22.HD. 24.10.2016, 2016/23060-2016/23886, Yargıtay Uygulaması I, s. 876-877.

<sup>102</sup> Y9.HD. 19.10.1976-6729/19816-İHU, İş K. m. 16 N.4, Centel, s. 131, dipn. 90.

<sup>103</sup> Y22.HD. 16.04.2018, 2017/12052-2018/8667, Yargıtay Uygulaması I, s.863.



lik yaparken, işçinin aile durumunu, bekar, evli, çocuklu olmasını da dikkate alması gerekir.

### III. Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapılmasının Usulü

İş Kanunu'nun 22. maddesinin 1.fıkrasında getirilen düzenlemede işverenin iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik yapılabilmesinin koşulları öngörülmüştür.

#### 1. Değişikliğin Yazılı Olarak Yapılması

Bu düzenlemeye göre birinci koşul, işveren tarafından yapılacak değişiklik önerisinin işçiye yazılı olarak bildirilmesidir. İşverenin esaslı değişiklik önerisinin sözlü olarak yapılması işçi açısından hukuki sonuç doğurmaz. Zira maddede açıkça şekle uygun yapılmayan değişikliklerin işçiyi bağlamayacağı ifade edilmiştir (m.22/1).

Bu düzenlemeye göre, yazılılık şartı geçerlilik koşuludur.<sup>104</sup> Maddede yazılı olarak bildirim koşulu getirildiği için değişiklik önerisinin işçilere ilan şeklinde genel bir duyuru olarak değil, işçilere tek tek yazılı olarak bildirilmesi gerekir<sup>105</sup>. Yargıtay'da bir kararında, "Davalı işyerinde bir dönem ekonomik zorluklar nedeniyle ücretlerde indirim gidilmesi, bu yapılırken işçilerden İş Kanunu'nun 22. maddesinde öngörüldüğü şekilde yazılı muvafakat almak yerine genel bir duyuru ile yetinilmesi, davacı işçinin duyuru sonrasında sessiz kalıp çalışmaya devam etmesi 4857 sayılı Kanun'un 22. maddesinin uygulanmasını engellemez" sonucuna ulaşmıştır.<sup>106</sup> Yargıtay'a göre, "işveren tarafından yapılan ilan yazılılık şartı yerine geçmez"<sup>107</sup>. Ayrıca Yargıtay, değişikliğin e-posta yoluyla işçiye duyurulmuş olmasını da yeterli bulmamaktadır.<sup>108</sup>

<sup>104</sup> Süzek, s.680; Centel, İş Güvencesi, s. 247; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.616.

<sup>105</sup> Güzel, İş Güvencesi, s.120; Süzek, s.680; Ekmekçi, Doğan Yenisey, Değişiklik Koşulu, s.127; Bektaş Kar, İş Güvencesi ve Uygulaması, Ankara 2017.

<sup>106</sup> Y9.HD. 24.10.2018, 2015/22776 -2018/1920 8.Yargıtay Uygulaması I, 5883.

<sup>107</sup> Y9.HD. 30.03.2016, 2014/37052, 2016/7862 Bektaş Kar, İş Güvencesi ve Uygulaması, Ankara 2017, s. 263, dipn.518.

<sup>108</sup> Y9.HD. 24.06.2015, 16832/22947 Başkan, s.236, dipn. 974.

Hukuki niteliği itibariyle değişiklik önerisi icap niteliğinde olup işçi tarafından anlaşılabilir şekilde açık ve belirgin olması gerekir.<sup>109</sup> Bu icap ile iş akdini değiştiren ve kabulü halinde iş akdinin eki haline gelen bir değişiklik sözleşmesinin kurulması amaçlanmaktadır.<sup>110</sup> Maddede işverene de değişikliğin sebep ve sonuçlarını bildirme yükümlülüğünün getirilmemiş olmasının söz konusu düzenleme açısından eksiklik olduğu ifade edilmiştir.<sup>111</sup> Değişikliğin nedeninin belirtilmesi gerekir. Diğer taraftan işverenin değişiklik önerisinin emredici kurallara ve kişilik haklarına uygun olması, işçi tarafından da kabul edilebilir nitelikte olması gerekir.

## 2. Değişiklik Önerisinin Altı İşgünü İçinde Kabulü

Maddede işçi tarafından altı iş günü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişikliklerin işçiyi bağlamayacağı öngörülmüştür (m. 22/1). Düzenlemede işçiye işveren tarafından önerilen değişiklikleri kabul edip etmeme konusunda bir düşünme süresi verilmiştir. Bu şekilde işverenin tek taraflı olarak çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapması işçinin onayına bağlanmıştır. İşçi bu süre içinde önerilen değişikliğin kendi kişisel ve mesleki durumu açısından uygun olup olmadığını değerlendirerek serbest iradesi ile karar verme olanağına sahiptir. İşveren de değişiklik önerisinin kabul edilip edilmediği konusunda belirsiz bir süre beklemek zorunda kalmaz. İşçi tarafından bu süre içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. Altı iş günlük düşünme süresine ilişkin koşul nispi emredici bir düzenlemedir. İşçi lehine bu sürenin sözleşmelerle arttırılabileceği ancak kısaltılamayacağı ifade edilmektedir.<sup>112</sup>

İşçi belirtilen süre geçtikten sonra da değişiklik önerisini kabul ettiğini bildirebilir.<sup>113</sup> İşçinin altı iş günlük sürenin dolmasını beklemeden bu süre içinde kabul ettiğini yazılı olarak bildirmesi de mümkündür. Yazılı şekil şartı burada da geçerlilik koşuludur. Bu süre içinde işçi iş-

<sup>109</sup> Süzek, 680

<sup>110</sup> Y9.HD. 06.11.2006, 2021/29320 Kar, s.262, dipn.517.

<sup>111</sup> Murat Şen, "İşçinin Çalışma Koşullarında ki Değişikliği Altı İşgünü İçinde Yazılı Olarak Kabul Etmemesinin Sonuçları", *Sicil İHD*, S.5, Mart 2007, s. 79 (Kabul); Alp, s. 315.

<sup>112</sup> Süzek, s. 681; Baycık, 268; Alp, 65; Şen, Kabul, s.81; Yıldız, s.106.

<sup>113</sup> Centel, İş Güvencesi, s.245; Süzek, Değişiklik Feshi, s.23; (Kabul) s.81; Binnur Tulukçu, "Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.I, İstanbul 2011, s.1115.

veren tarafından yapılan değişiklik önerisini yazılı olarak kabul ettiğini bildirirse mevcut iş ilişkisi işverenin önerdiği yeni çalışma koşulları ile devam eder.<sup>114</sup> Böylece kanunda belirtilen usule uygun şekilde yazılı olarak ve belirtilen süre içinde işçinin kabul iradesi ile iş sözleşmesini değiştiren değişiklik sözleşmesi kurulmuş olur.<sup>115</sup> Değişiklik sözleşmesi, sözleşme tarihinde veya daha sonraki bir tarihte yürürlüğe girer.<sup>116</sup>

İşçinin değişikliği kabulü sadece bu işlem için geçerli olup, daha sonra işverenin çalışma koşullarında değişiklik önerileri için kullanılmaz. Maddede getirilen düzenlemeye göre yazılı olarak bildirilmeyen ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz (m. 22/1). O halde, usulüne uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçi için hüküm ifade etmez. Diğer bir ifadeyle yazılı kabul edilmediği için değişiklik sözleşmesi kurulmuş olmaz.<sup>117</sup>

### 3. Değişiklik Önerisinin İşçi Tarafından Kabul Edilmemesi

İşverenin değişiklik önerisini işçi kabul etmek istemezse altı iş günü içinde yazılı olarak kabul etmediğini işverene bildirebilir. Kanunda getirilen düzenlemede "...işçi tarafından altı iş günü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz" hükmü yer almıştır (m. 22/1). Düzenlemeye göre, usulüne göre yapılmayan değişiklikler işçi için hüküm ifade etmeyecektir.

Diğer taraftan işçi açıkça işverenin önerisini kabul etme beyanında bulunmayıp suskun da kalabilir.

Öğretide de ifade edildiği gibi, işçinin suskun kalması değişiklik önerisinin kabul edildiği şeklinde yorumlanamaz.<sup>118</sup> İşçinin suskun kalması işverenin önerisinin reddi anlamına gelir.<sup>119</sup> Yani, m.22/1 anlamında sükût ikrardan gelmez.<sup>120</sup>

<sup>114</sup> Süzek, s.681; Yıldız, s.106.

<sup>115</sup> Demircioğlu, s.128; Süzek, s.682.

<sup>116</sup> Demircioğlu, s. 128; Kar, s.263.

<sup>117</sup> Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s.393.

<sup>118</sup> Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s.394; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.615; Ekmekçi/Yiğit, s.32.

<sup>119</sup> Süzek, s.682; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, Şen (Değerlendirme) s.82; Levent Akın, İşçinin Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Fesih Hakkı, *Çimento İşveren Dergisi*, C.27, S.2, Mart 2013, s.47.

<sup>120</sup> Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s.394.

Bu konuda Yargıtay değişik kararlar vermiştir. Yargıtay 2005 tarihli bir kararında, işçinin işveren tarafından yapılan işyeri değişikliğine altı işgünü içinde yazılı olarak itiraz etmemesinin değişikliği kabul anlamına geldiği sonucuna ulaşmıştır.<sup>121</sup> Yargıtay diğer bazı kararlarında da işçinin sessiz kalarak itiraz etmemesinin kabul anlamına geldiğini ifade etmiştir.<sup>122</sup> Örneğin, Yargıtay 2013 yılında verdiği bir kararında, ikramiye uygulamasının işveren tarafından kaldırılmasına işçinin itiraz etmeyip çalışmasını sürdürmesi halinde "...bu durumda uzun süre ikramiye ödenmemesinin iş koşulu haline geldiğinin kabulü" gerekeceğini ifade ederek ikramiye isteğinin reddine karar vermiştir. Bu görüşe katılmamız mümkün değildir. Zira, işçinin kararda görüldüğü üzere, ikramiye uygulamasının kaldırılmasına itiraz etmeyip çalışmaya devam etmesi onun bu değişikliği kabul ettiği anlamına gelmez. Ayrıca bu durum işçi aleyhine olan ikramiye ödenmemesinin, olumsuz iş koşulu olarak kabulünü de gerektirmez.<sup>123</sup> Aynı şekilde işçinin yazılı onayı olmaksızın ekonomik krize dayanılarak ücret miktarının düşürülmesi de mümkün olmaz. İşçi ödenmeyen ücret alacaklarını ve ikramiyeleri alacağı zaman aşımı süresi içinde mevduata ödenen en yüksek faizi ile birlikte işverenden talep edebilir.<sup>124</sup>

Çalışma koşullarında, işveren tarafından tek taraflı olarak işçinin yazılı onayı alınmaksızın yapılan aleyhe değişiklikler işçiyi bağlamaz. 22. maddede öngörülen koşullara uyulması gerekir. Ancak, İş Kanunu'nun m.22'deki şekle uyulmadan yapılan değişikliklerde işçinin itiraz etmeden değiştirilen işyerinde uzun bir süre çalışması ve daha sonra şekle aykırılık nedeniyle değişikliğin kendisini bağlamayacağını ileri sürmesinin somut olayın özelliğine göre bir hakkın kötüye kullanılması olarak yorumlanabileceği görüşü de ifade edilmiştir.<sup>125</sup>

<sup>121</sup> Y9.HD.19.09.2005, 27701/30370, Kararın eleştirisi için bkz. Şen (Değerlendirme) Sicil İHD, S.5, 2007.

<sup>122</sup> Y22.HD. 11.02.2013, 12745/2608, *Legal İHSGHD*, 2013. S.38, 379 -381, Yıldız, s.107, dipn. 321.

<sup>123</sup> Süzek, s.682;

<sup>124</sup> Süzek, s.682; Yıldız, s.107.

<sup>125</sup> Süzek, Değişiklik Feshi, s. 24; Doğan Yenisey, Koşullarda Değişiklik, s.129; Alp, s.74; Duygu Çelebi Demir, "İşçinin İşyeri Değişikliğine Sonradan İtirazı", Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 24.06.2020 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi (Değerlendirme). Karar için bkz. s.24.

Yargıtay'ın iş değişikliğinin örtülü olarak kabul edilmesi konusunda verdiği bir kararına göre, "...yazılı olarak bir kabul olmamakla birlikte işçinin değişikliği kuşkuya vermeyecek biçimde kabul anlamına gelen davranışlar içine girmesi halinde ise, işçinin bu davranışının 2. maddenin 2. fıkrası anlamında çalışma koşullarında anlaşma yoluyla değişiklik olarak değerlendirilmelidir. İşyerinde müdür unvanı taşıyan bir işçinin daha alt göreve verilmesi ve işçinin bu görevini benimseyerek çalışması durumu buna örnek verilebilir."<sup>126</sup> Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2014 yılında isabetli olarak verdiği karara göre, "Davacının ikramiye uygulamasının kaldırılması ile ilgili değişikliği altı iş günü içinde yazılı olarak kabul ettiğini gösterir yazılı belge bulunduğundan, davacının ikramiyenin kaldırılmasına ilişkin yazılı bildirimle itiraz etmeyerek uzun süre sessiz kalıp, ücret bordolarını imzalamış olması nedeniyle ikramiye ödenmemesinin iş yeri uygulaması haline geldiğini kabul etmek mümkün değildir." sonucuna ulaşmıştır.<sup>127</sup> Hukuk Genel Kurulu Yargıtay'ın konuya ilişkin kararını onamıştır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2020 yılında işveren tarafından yapılan işyeri değişikliğine ilişkin verdiği kararda,<sup>128</sup> davacı işçinin bankanın genel müdürlük işyerinde çalışırken önce Levent Şubesinde görevlendirildiğini, üç ay geçtikten sonra Avcılar Şubesinde çalıştırılmak üzere görev değişikliği yaptığını, genel müdürlük işyerinde işyerine gidiş gelişlerde servis imkanı olduğu halde şube işyerlerinde servis sağlanmadığını ve yol parası ödenmediğini ifade ederek "...Böyle olunca çalışma koşullarının davacı aleyhine değiştirildiği anlaşılınca işçinin değişiklik sonrasında sekiz ay olarak devam etmesinin değişikliği zımni olarak kabul ettiği anlamına gelmediği kabul edilmeli ve işçinin iş sözleşmesini haklı olarak feshettiği" sonucuna ulaşarak, kıdem tazminatının hüküm altına alınmasına karar vermiştir. İşçinin açıkça yazılı kabul beyanında bulunmamasına rağmen, işyerinde çalışmaya devam etmesinin değişikliğin zımnen kabul edildiği şeklinde yorumlanamayacağı için isabetli bir karardır. Ayrıca karara konu olan olayda hem

<sup>126</sup> Y9.HD. 25.03.2010, E.22933, K.7945; Y7.HD. 26.05.2014, E. 4483, K.11162. Bkz. Savaş Taşkent, 4857 sayılı İş Kanunu, İstanbul, 2019, s.326-327.

<sup>127</sup> YHGK. 19.11.2014, 2014/9 -1567-2014/936 Yargıtay Uygulaması I, s.845.

<sup>128</sup> Y9.HD. 24.06.2020, E.2016/18207, K.2020/6369, Kararın eleştirisi için bkz., Çelebi Demir, Değerlendirme, s.185-186. *Sicil İHD*, 2020, S. 44.

işyeri değişikliği hem de servis olmaması veya ikame bir değerle bu mağduriyetin giderilmesi de söz konusu değildir.

İşçinin işverenin değişiklik önerisini reddi durumunda, sözleşme değişikliği gerçekleşemez. Taraflar arasındaki iş sözleşmesi aynen devam eder.

Değişiklik önerisi reddedilen işveren için iki seçenek vardır. İşveren değişiklikten vazgeçebilir. Bu durumda sözleşme eski koşullarda devam eder. İşçi değişiklik önerisini kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklayarak, bildirim süresine uyarak iş sözleşmesini feshedebilir.

Ancak iş güvencesi kapsamı dışında kalan belirsiz süreli iş sözleşmeleri ile belirli süreli iş sözleşmelerinde esaslı değişiklik, tarafların m. 22/2'deki düzenlemeye göre, anlaşması (değişiklik sözleşmesi) ise mümkün olabilecektir.<sup>129</sup>

#### 4. İşçinin Ret Etmesine Rağmen İşverenin Değişiklikte Israr Etmesi

İşveren, değişiklik önerisinin reddi durumunda iş sözleşmesini fesih yoluna gitmeyip uygulamada karşılaşıldığı gibi değişiklik önerisindeki değişikliği fiilen uygulamaya koyabilir. Örneğin, önerdiği daha düşük ücreti öder veya ikramiye ödemesini kaldırabilir veya değişiklik önerisinde belirttiği işyerine gitmesinde ısrar ederek işçiyi işyerine almayabilir. Bu durumda işverenin tek taraflı olarak çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapması söz konusu olur. İşveren bunun sonuçlarına katlanmak zorunda kalır. Ücret eksik ödenmişse ve ikramiye ödemesi kaldırılmışsa, işçi ücret farkının ödenmeyen ikramiye-nin mevduata uygulanan en yüksek faizle birlikte ödenmesini talep edebilir ve koşullar oluşmuşsa çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilir (İş K. m.34). İşçi ise, İş K. m. 24/11.e gereğince iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. Koşullar oluşmuşsa kıdem tazminatı alabilir, ancak ihbar tazminatına hak kazanamaz. İş güvencesi hükümlerinden

<sup>129</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.355; Şen, 186-187; Bkz. Süzek, s.671; Alpagut, s.54; Başbuğ, Yönetim Hakkı, s.65.

de yararlanamaz.<sup>130</sup> İş güvencesi hükümlerine göre dava açamaz. Bu sonuçlar dikkate alınır, işçinin iş sözleşmesini feshetmeyip, işverenin iş sözleşmesini feshetmesini beklemesi işçi yararına olur.<sup>131</sup>

Yargıtay, çalışma koşullarda tek taraflı değişiklik yapılarak işçinin feshe zorlandığı durumlarda iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmiş sayılacağına karar vermiştir.<sup>132</sup>

İşverenin işçiyi feshe zorlamak amacıyla çalışma koşullarında tek taraflı değişiklik yapması halinde işverence feshin yapıldığı kabul edilmeli ve işçi iş güvencesi hükümlerinden yararlandırılmalıdır. Ancak bu durumda işverenin feshe zorlama amacının olup olmadığının taraf iradeleri araştırılarak, belirlenmesi gerekir.<sup>133</sup>

İşverenin çalışma koşullarında değişiklik önerisinin işyerinin değiştirilmesine ilişik olarak Yargıtay verdiği bir kararda<sup>134</sup> çalışma koşullarında değişikliği kabul etmeyen işçinin eski görevinde çalıştırılmaması halinin haksız işveren feshi olacağını ifade etmiştir. Söz konusu karara ilişkin olayda "...Davacı, davalıya ait Kocayayla işletmesinde çalışmakta iken Yenice işletmesinde çalışması gerektiğinin söylendiği ve kabul etmemesi üzerine iş akdine son verildiğini iddia etmiştir. Davalı ise, davacının yeni görev yerinde işe başlamayarak işi bıraktığını savunmuştur". Yargıtay 22. Hukuk Dairesi kararında "davalı işverence yapılan değişikliğin esaslı olduğu, davacının bu esaslı değişikliği kabul etmeme hakkının olduğunu, işverence 4857 sayılı Kanun'un 22. maddesine göre koşulları oluşmuşsa geçerli olarak iş akdine son verme hakkının bulunduğunu ifade ederek "...şu halde davacı işçinin ihbar tazminatını yakacak şekilde işyerini terk etmesinin hayatın olağan akışına uygun bulunmadığı anlaşıldığından, mahkemece iş akdine işverence haklı bir neden olmadan son verildiği kabul edilerek ihbar tazminatı talebine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe reddi isabetli olmayıp bozma nedenidir." sonucuna ulaşmıştır.

<sup>130</sup> Süzek, s.685; Centel, İş Güvencesi, s.252.

<sup>131</sup> Süzek, s. 686; Yıldız, s.110.

<sup>132</sup> Y9.HD. 25.05.2009, E.2009/17729, K.2009/14144, Nurşen Caniklioğlu, "İşçinin Çalışma Koşullarında Tek Taraflı Değişiklik", Karar İncelemesi, *Sicil İHD*, Haziran 2010, S.18, s.110 (Değerlendirme).

<sup>133</sup> Nurşen Caniklioğlu, "İşçinin Çalışma Koşullarında Tek Taraflı Değişiklik" Karar incelemesi, *Sicil İHD*, Haziran 2010, S.18, s.110 (Değerlendirme).

<sup>134</sup> Y22.HD. 31.05.2018, 2018/7343-2018/13719. Yargıtay Uygulaması 1, s.860.

İşverenin başka bir işyerine naklettiği işçinin bu değişikliği kabul etmemesi üzerine, eski görevinde çalıştırmayarak yeni işyerinde çalışmaya zorlaması durumunda yapılan fesih haksız fesih niteliğini taşıyor ve işçi İş K. m. 17-21'e göre dava açabilir.<sup>135</sup>

Diğer taraftan işverenin, işçinin çalıştığı işin niteliğinde değişiklik yaparak işçiyi kabul etmediği bir işte çalışmaya zorlaması durumunda işverenin temerrüdü söz konusu olacaktır.<sup>136</sup> TBK.m.408'e göre "işveren iş görme edimini kabulde temerrüde düşerse işçiye ücretini ödemekle yükümlüdür."<sup>137</sup>

Yargıtay 9.HD. verdiği iş yerinin değişikliğine ilişkin bir kararda<sup>138</sup> ise "...eski işyerinde ve eski koşullarda çalışmaya hazır bekleyen davacıya iş verilmemesi ve dolayısıyla karşılığı ücretinin ödenmemesi sebebiyle iş sözleşmesinin tarihi itibarıyla eylemli olarak feshedildiği, eylemli feshin haklı nedene dayanmayacağı, davalı işveren tarafından fesih ile sözleşme ortadan kalktığından artık devamsızlıktan söz edilemeyeceği, devamsızlığa dayalı işverenin sonraki ikinci fesih işleminin de hukuken sonuç doğurmayacağı, feshin haklı nedene dayanmaması sebebiyle davalının kıdem ve ihbar tazminatı olduğu anlaşıldığından ihbar tazminatı talebinin de kabulüne karar verilmesi gerekirken hatalı değerlendirmeye bu talebin reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir."

#### IV. Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği

Değişiklik kayıtları işverene tek yanlı olarak çalışma koşullarında esaslı değişiklik yetkisi veren hükümlerdir.

İşverene toplu iş sözleşmesinde, iş sözleşmesinde veya sözleşmenin eki niteliğindeki personel yönetmeliğinde, çalışma koşullarında işverene tek yanlı esaslı değişiklik yapma yetkisi veren hükümlerin geçerliliği öğretisi ve uygulamada tartışma konusudur. Doktrinde hâkim görüş, bu tür sözleşme kayıtlarının hukuken geçerli olduğu görüşüdür.<sup>139</sup>

<sup>135</sup> Centel, İş Güvencesi, s.252.

<sup>136</sup> Süzek, s.684; Centel, İş Güvencesi, s.252

<sup>137</sup> E. Tuncay Kaplan, "İşçinin İşgörme Ediminin İfasını Engelleyen Nedenler ve Hukuki Sonuçları", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan I, İstanbul 2011, s.567-594 (İfa Engelleri).

<sup>138</sup> Y9.HD. 07.03.2013, E.2011/39644, 2013/8037, Alp, Değerlendirme, s. 210.

<sup>139</sup> Süzek, (Değişiklik Feshi), s.16; Gülsevil Alpagut, "Yargıtay Kararları Işığında İş



Doktrinde diğer görüş ise, sözleşmede işverenin çalışma şartlarında esaslı değişiklik yapabilme hakkını saklı tutan kayıtların bağlayıcı olmayacağı görüşüdür.<sup>140</sup>

Yargıtay'a göre, iş sözleşmesinde gerektiğinde çalışma koşullarında değişiklik yapılabileceğine dair düzenlemeler bulunması halinde işverenin genişletilmiş yönetim hakkından söz edilir. Bu halde işveren yönetim hakkını kötüye kullanmamak ve sözleşmedeki kayıtlara uyum kaydıyla işçinin çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkını sürekli kazanmış olur.<sup>141</sup>

Uygulamada değişiklik kayıtlarının en çok kullanıldığı konuların başında işyeri değişiklikleri yer almaktadır.<sup>142</sup> Bu tür kayıtlar kural kabul edilmekle birlikte işyeri değişikliklerinin işçinin çalışma koşullarını ağırlaştırmaması ve işçiye mali yük getirmemesi gerekir.<sup>143</sup> Böyle bir durumda işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir (m.24/II).

Ayrıca işçinin işyerinin değiştirilmesi yanında işinin, unvanının değiştirilmesi de çalışma koşullarında sıkça karşılaşılan değişikliklerdendir.<sup>144</sup>

---

Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik", Bankacılar Derneği, s.65, 2008, 69-119; Mustafa Alp, "İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtlarının İçerik Denetimi", *Sicil İHD*, Eylül 6, S.3, s.39 (İçerik Denetimi); Ufuk Aydın "Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikler ve Değişiklik Feshi" *Sicil İHD*, Mart 57.55, 57.69; Murat Şen, "İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik", Ankara 2005, 59; Eda Manav, "İşyeri Değişiklik Kayıtlarının Geçerlilik Sorunu", Y22.HD. 17.10.2011, E.2011/6599, K.2011, 2933 sayılı karar incelemesi, *Sicil İHD*, Mart 2012, S.25, s. 136-159; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.617; Yıldız, s.137; Görüşler hk. bkz., Civan, s.117 vd.

<sup>140</sup> Ünal Narmanlıoğlu, "İşverenin Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapma Hakkını Saklı Tutan Sözleşme Hükümleri Bağlayıcı mıdır?". *Sicil İHD*, Eylül 2006, S.3, s. 14-15; Narmanlıoğlu, s. 477-478; Taşkent (Eyrenci / Taşkent / Ulucan / Başkan, s.226) ; Centel Taşkent, İş Güvencesi, Ocak 2020, s.251; İş Kanunu Tasarısında yer alan işverenin çalışma koşullarının değiştirilmesi hakkını saklı tutulabileceğine ilişkin düzenlemenin 22. madde metnine alınmaması nedeniyle, işverenin çalışma koşullarında tek taraflı değişiklik yapma hakkını saklı tutmasının hukuken mümkün olamayacağı görüşü hakkında bkz. Ali Güzel, "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi", İş Güvencesi, Sendikalar Yasası Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İstanbul 2004-15-145; Süleyman Başterzi "Türkiye'de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri", *AÜHFD*. C.54, 2005, S.2'ten ayrı bası, s.60 vd.

<sup>141</sup> Demircioğlu, s.127.

<sup>142</sup> Demircioğlu, s.127.

<sup>143</sup> YHGK. 19.11.2014, 2014/9-1567-2014/936, Yargıtay Uygulaması I, s.845.

<sup>144</sup> Şahin Çil, İş Hukuku, İlke Kararları (2019-2021 Yılları), Ankara 2021, 461.

Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi kararlarında iş sözleşmesinde çalışma koşullarının değiştirilmesine ilişkin kayıtların işverene keyfi değişiklik yapma hakkı vermediği hükmüne rağmen değişikliğin gerçek bir ihtiyaç nedeniyle yapıldığının ve işçi açısından en az olumsuzluk doğuran değişikliğin yapıldığının işveren tarafından ortaya konulması gerekliliğine yer verilmiştir.<sup>145</sup>

Yargıtay bir kararında, boşluk doldurmalı olarak, genel işlem şartı teşkil edecek tarzda ve kapsamı çok geniş tutularak işçinin Türkiye'nin her yerinde çalışması gerektiği yönündeki sözleşme hükümlerinin yazılmamış sayılması sonucuna ulaşmıştır. Karar da bu sözleşmeler boşluk doldurmalı olarak, genel işlem şartı teşkil edecek şekilde ve kapsamı çok geniş tutularak düzenlendiğinden bu şartların yazılmamış sayılacağıın kabul edilmesine, bu durumda işverenin sözleşmenin esaslı unsurlarında değişiklik yaptığı ve aleyhe değişikliği kabul etmeyen davacının iş akdini haklı şekilde feshettiğinin anlaşıldığı, davacının kıdem tazminatına hak kazanacağını ifade etmiştir. İsbetli bir karardır.

Ayrıca Yargıtay, bir başka kararında da işçilerin yurdun her yerinde çalıştırılabileceğine ilişkin kayıtların işverene keyfi uygulama yetkisi vermediğine, aksi uygulamanın hakkın kötüye kullanımına yol açtığına karar vermiştir.<sup>146</sup>

İşverenin tek taraflı değişiklik yapma yetkisi kanunun emredici nitelikteki hükümlerine, hakkın kötüye kullanılması yasağına, kişilik haklarına<sup>147</sup>, eşitlik ilkesine ve ölçülülük ilkesine uygun kullanılmalıdır.<sup>148</sup>

Görüşümüze göre, işverene değişiklik yetkisi veren sözleşme kayıtlarının geçerliliği konusu sözleşme özgürlüğü açısından değerlendirildiğinde, bu tür hükümlerin, işçinin onayının alındığı ileri sürülerek geçerli olduğu söylenebilir. Ancak, işe girme çabasında olan bir işçinin

<sup>145</sup> Çil, İlke Kararları, 2019-2021, s. 469; Aynı yönde Ankara BAM 8.HD. 28.03.2019, 2019/3786, E.2019/843 K, Çil, İlke Kararları, 2019-2021, s.481.

<sup>146</sup> Y9.HD. 26.03.2012, E.2010/1395, K.2012/9918, www.kazanci.com. Güzel, s.287 dipn.134.

<sup>147</sup> Kübra Doğan Yenisey, "İşverene Hizmet Akdinde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümlerinin Denetlenmesi" Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan C.II, İstanbul 2001, s. 1184 vd.; Alp, Denetim, s. 149.

<sup>148</sup> Deniz Ugan Çatalkaya, İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi, İstanbul 2019, s.333-341.

onayı onun gerçek iradesini yansıtmaz. Bu nedenle işverene çalışma koşullarında genel olarak değişiklik yapma imkânı veren hükümlerin geçerli olduğu kabul edilemez. Zira işçi tarafından kapsamı bilinmeyen ve tamamen işverenin isteğine bırakılmış olması nedeniyle keyfi uygulamalara yol açabilecek nitelikteki bu hükümler işçi aleyhine uygulamalara neden olabileceği gibi dürüstlük kuralları ile de bağdaşmaz.

Ancak, iş sözleşmesi ve bunun eki niteliğindeki kaynaklarda iş koşullarında bazı değişiklikler yapılabileceği somut olarak belirtilmişse, örneğin, işverenin, işçiyi işverene ait değişik iş yerlerinde çalıştırma imkanı veren sözleşme hükümlerinin geçerli olabileceği kabul edilebilir.<sup>149</sup> Fakat nakil işleminin iş koşullarını ağırlaştırmaması ve işçinin ücretinde azalmaya neden olmaması<sup>150</sup> ve işverenin bu yetkisini dürüstlük kurallarına uygun olarak kullanması gerekir.<sup>151</sup> Ayrıca naklin hangi amaçla yapıldığının iş ilişkisi açısından gerekli olup olmadığının da dikkate alınması gerekir.

Bu bağlamda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun yeni tarihli bir kararının<sup>152</sup> incelenmesi gerekir. Kararda, mahkeme ile özel daire arasındaki ihtilafın iş sözleşmesinin 9. maddesinde düzenlenen ve işverene işyeri değişikliği yapma yetkisi veren kaydın geçerli olup olmadığı noktasında olduğu belirtilerek, "öncelikle işverenin tek yanlı değişiklik yapma hakkının saklı tuttuğu bu kayıtların işçinin rızası da bulunduğundan sözleşme özgürlüğüne dayandığının kabulü gerekir. Öte yandın İş Kanunu'nda çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkının saklı tutulabileceğine yönelik bir hükme yer verilmemiş ise de bunların yasaklandığına da açıkça belirtilmemiştir. O zaman Kanun'un amacı, iş yaşamının gerekleri karşısında işçinin işverene ait işyerlerinde çalıştırılabileceğini öngören bu kaydın hukuka aykırı olmadığı ancak geçerliliği için dürüstlük kuralına uygunluk bakımından denetime tabi tutulması gerekir... Öyle ise; ...davacıya gerçekten ihtiyaç olup olmadığı kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturulmalıdır. ...Yeterli sayıda işçi çalışmakta ise davacıya ihtiyaç bulunmadığı halde, tazminatlarını ödememek amacıyla gitmeme ihtimali bulunan işyerine nakledilmek istendiği sonucu ortaya çıkacaktır.

<sup>149</sup> Taşkent (Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan), s.226; Senyen-Kaplan, s.312.

<sup>150</sup> Senyen Kaplan, s.312.

<sup>151</sup> Taşkent Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s.227.

<sup>152</sup> YHGK, 18.03.2021, E.2021/9-112, K.2021/294, www.kazanci.com.

Bu durumda nakil yetkisinin dürüstlük kurallarına uygun kullanıldığı söylenemeyeceğinden, davalı işverence yapılan feshin haklı bir nedene dayanmadığı aksi halde feshin haklı nedene dayandığı kabul edilerek davacının ihbar ve kıdem tazminatı istemleri hakkında bir karar verilmesi gerekmektedir. ...Hal böyle olunca mahkemece nakil yetkisinin dürüstlük kuralına uygun kullanılıp kullanılmadığı araştırılarak sonucuna göre tazminat istemleri hakkında bir karar verilmesi gerekirken önceki kararda direnilmesi doğru olmamıştır.” Görüldüğü üzere Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında, davacının çalıştırılmak istendiği işyerinde ihtiyaç olup olmadığının araştırılarak, nakil yetkisinin dürüstlük kuralına uygun kullanılıp kullanılmadığının tespiti gerekliliği sonucuna ulaşmıştır. İsaletli bir karardır.

Toplu iş sözleşmeleri ile işverene tek taraflı esaslı değişiklik yapma yetkisi veren hükümlerin konulması mümkün değildir. Zira 6356 sayılı Kanun’un m.33/b.5 hükmüne göre “Toplu iş sözleşmeleri ve çerçeve sözleşmeler, Anayasa’ya ve kanunların emredici hükümlerine aykırı düzenlemeler içeremez”. İş K.m.22 hükmü mutlak emredici nitelikte olup, toplu iş sözleşmeleri bu hükme aykırı olamaz. Aykırı olan hükümler geçersizdir.<sup>153</sup>

## V. Değişiklik Feshi ve Sonuçları

### 1. Değişiklik Feshi Kavramı

Değişiklik feshi, işçiye fesih bildirimini ile çalışma koşullarında değişiklik önerisinin birlikte yapıldığı bir fesihtir. Kural olarak işveren tarafından yapılır. İşçi yeni sözleşme şartlarını kabul eder veya bildirim sürelerinin sonunda sözleşmenin sona ermesine katlanır.

İş Kanunu’nun 22. maddesine göre, işverenin çalışma koşullarında değişiklik önerisini işçinin altı işgünü içinde kabul etmemesi halinde işveren, iş sözleşmesini feshedebilir. Getirilen düzenlemeye göre, işçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir (İş K.m.22/1).

<sup>153</sup> Y9.HD. 01.11.2017, 6518/17134, Çalışma ve Toplum, 2018/2, s.950-956; Yıldız, s.139; Başkan, s.251.

Görüldüğü gibi işveren haklı nedenle iş sözleşmesini feshedemez. İş Kanunu'nun 17. maddesine göre işveren bildirim sürelerine uyarak ve geçerli nedene dayanarak iş sözleşmesini feshedebilecektir.

Değişiklik feshi, Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda da özel olarak düzenlenmiştir. (§ 2 KSchG). Bu düzenlemeye göre, işveren değişiklik önerisini fesih bildiriminde alternatif olarak işçiye sunmaktadır.<sup>154</sup>

İsviçre Hukukunda ise, değişiklik feshine ilişkin kanuni bir düzenleme olmayıp, mahkeme kararları ve öğretide görüşleri doğrultusunda uygulanmaktadır. İsviçre Hukukunda, öğretide değişiklik feshi gerçek anlamda ve gerçek anlamda olmayan fesih olarak yer almaktadır. Gerçek anlamda olarak adlandırılan değişiklik feshi, fesih bildiriminde birlikte çalışma koşullarında değişikliğin önerildiği bir fesih türüdür. Değişiklik önerisi kabul edilmezse fesih gerçekleşir.<sup>155</sup> İşçi bu durumda değişiklik önerisinin kabulü veya iş sözleşmesinin bildirim sürelerinin geçmesinden sonra sözleşmenin sona ereceğini kabul etmek olarak iki alternatifte sahiptir. Değişiklik feshinin amacı, iş ilişkisinin sona erdirilmesi değil sözleşme içeriğinin yeniden düzenlenerek yeni koşullarla devamıdır.

Yine öğretide gerçek anlamda olmayan değişiklik feshi ile gerçek anlamda değişiklik feshi<sup>156</sup> arasında fark olduğu ifade edilmektedir. Gerçek anlamda olmayan değişiklik feshinde bir taraf diğer tarafa fesih tehdidi altında sözleşme değişikliği için bir teklif sunmakta, sonucunda eğer teklif kabul edilmezse fesih söz konusu olmaktadır. Teklifin kabul edilmemesi durumunda karşı taraf fesih ile baskı altında tutulmaktadır. Buna karşılık gerçek anlamda değişiklik feshinde fesih ile sözleşme değişikliğine ilişkin teklif birlikte sunulmaktadır. Her iki fesih türünde de aynı tesirin söz konusu olduğu söylenebilir. Ancak, gerçek olmayan değişiklik feshinde işçi kısa zaman içinde öneriyi kabul veya red konusunda karar vermek açısından yüksek bir baskı altındadır.<sup>157</sup>

<sup>154</sup> Güzel, Sözleşmenin Sona Ermesi, 283; Ayrıca Alman Hukukundaki düzenlemeler için bkz. Alp; Değişiklik Feshi, 126-128; Doğan Yenisey, Çalışma Koşullarında Değişiklik, 107-112.

<sup>155</sup> Vischer, s. 231; Thomas Geiser, Die Änderungskündigung im Schweizerischen Arbeitsrecht, AJP /PJA 1/99.

<sup>156</sup> Vischer, s.231.

<sup>157</sup> Vischer, s.231.

İsviçre Federal Mahkemesinin ilke kararına göre, fesih ile bağlı teklif, sözleşmedeki kuralların kötüye kullanılması ise, karşı taraf için sözleşmeyi çekilmez kılıyorsa, özellikle değişiklik hem piyasa şartları hem de işletmesel sebepler açısından zaruri görülüyorsa fesih hakkının kötüye kullanılması söz konusu olur.<sup>158</sup>

Ancak piyasa şartlarına bağlı olmayan, işletme gereklerine bağlı işletmenin zorunlu kıldığı fesihleri hukuka uygun kabul etmek gerekir. Aksi tekdirden fesih yapma özgürlüğü tehlikeye girer.<sup>159</sup>

Yargıtay, değişiklik feshine ilişkin kararlarında<sup>160</sup> fesih bildirimının sonuç doğurmasının değişiklik önerisinin kabul ve reddi şartına bağlanmasının mümkün olduğunu, bu anlamda fesih bildiriminin geciktirici veya bozucu şarta bağlanarak yapılabileceğini ifade etmektedir. Yargıtay'a göre, geciktirici şarta bağlı fesih bildiriminde işveren fesih bildirimini, işçinin değişiklik önerisini reddetmesi veya zamanında kabul etmemesi durumunda hüküm ve sonuçlarını doğuracağını ifade ederek, değişiklik fesih bildiriminde bulunabilir. Feshin hüküm ve sonuçları değişiklik önerisinin işçi tarafından kabul edilmemesi durumunda doğan geciktirici şarta bağlı değişiklik feshinde değişikliğin yazılı olarak kabulü için altı iş gününden az süre tanınmaz.

Aynı zamanda değişikliğin dayanağı ile fesih için geçerli neden işverence yazılı olarak açıklanmalıdır. Yargıtay'a göre, "İşçinin değişiklik önerisini kabul etmesi halinde iş sözleşmesinin feshinin geçersiz olacağını açıkladığı durumlarda ise, bozucu şarta bağlı değişiklik feshi söz konusudur. Belirtilen uygulama biçiminde, işveren işçinin sözleşmesinin bildirim süresine uygun olarak feshedildiğini bildirmekle birlikte, çalışma koşullarında değişiklik önerisini getirmekte ve değişikliğin kabul edilmesi durumunda feshin geçersiz olacağını açıklamaktadır. Bu durumda da işçiye en az altı iş günü süre tanınmalı ve bozucu şarta bildirim yazılı olarak yapılmalıdır. İşçinin değişiklik teklifini kabul etmesi halinde fesih geçersiz olur ve iş ilişkisi yeni çalışma koşullarında devam eder. Aksi halde fesih bildirim işçiye tebliği ile birlikte geçerli olur ve bildirim önelinin geçmesiyle iş ilişkisi sona erer".

<sup>158</sup> BGE /23 III 246, E.4, Vischer, s. 232 dipn.36.

<sup>159</sup> Vischer, s.232.

<sup>160</sup> Y9.HD. 18.01.2012, 2009-37886/2012-812, Karara ilişkin inceleme için bkz. Levent Akın, *Çimento İşveren Dergisi*, C.27, 05 Mart 2013 s.38-50-47; Y22.HD. 15.11.2018, 2017/14541-2018/24497, Yargıtay Uygulaması I, 852.

Kural olarak, fesih niteliği itibariyle yenilik doğuran bir hak olduğundan şarta bağlı olarak yapılamaz<sup>161</sup>. Zira, şarta bağlı fesih karşı tarafın iş güvenliğini ortadan kaldırdığı ve onu belirsiz bir hukuki duruma soktuğu, iş ilişkisinin sona erip ermeyeceği konusunda hukuki bir güven vermediği için geçersiz sayılır. Ancak, istisnaen şartın gerçekleşmesinin muhatabın irade ve arzusuna bağlı tutulduğu ve onun derhal karşı beyanda bulunabileceği iradi şarta bağlı fesihler (Potestativbedingte Kündigung) doktrinde geçerli sayılmaktadır.<sup>162</sup> Söz konusu şartlar, şartın gerçekleşmesini fesih yapılan tarafın arzu ve iradesine bağlı tutan ve ona fesih bildirimini kendisine ulaşınca derhal fikrini bildirme imkânı tanıyan şartlardır. Şarttaki hususlara iradi olarak uyulmadığı taktirde yapılan fesih geçerli olup, fesih süreci hemen işlemeye başlar.<sup>163</sup> İşveren ve işçi şarta bağlı fesih yoluna başvurabilir.

Belirtmek gerekir ki, İş K. m. 22 hükmünde çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapılması ve koşulları belirtilmiştir. Düzenleme ile görüldüğü üzere, değişiklik teklifi ve fesih aşamaları birbirinden ayrılmıştır. Bu düzenleme Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda yer alan düzenlemeden ve iş güvencesine ilişkin düzenlemelerin yer almadığı İsviçre Hukukunda doktrinde ve mahkeme kararlarında yer alan değişiklik feshinden farklıdır. Daha ziyade Alman ve İsviçre Hukukunda yer alan söz konusu kuruma ilke kararlarında da yer verilmesi, 22. maddede yer alan düzenleme açısından karışıklığa yol açabilir.<sup>164</sup>

## 2. Değişiklik Feshi ve Geçerli Neden

Kanun'un 22. maddesinde, değişiklik önerisinin işçi tarafından kabul edilmemesi durumunda, işverenin değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşme-

<sup>161</sup> Guhl. T., Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1980, s.51; Ghul T./Merz H./Kummer M., Das Schweizerisches Obligationenrechts, B.II, Zurich 1980, 51; Manfred Rehbinder, Schweizerisches Arbeitsrecht, 6. Aufl. Bern. 1981; Kemal Oğuzman, İstanbul, 1955, s.127; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013, s.69; E.Tuncay Kaplan, İşverenin Fesih Hakkı, Ankara 1987, s.24,25; Thomas Geiser Die Änderungskündigung im Schweizerischen Arbeitsrecht, AJP/PJA 1/99, 63; İbrahim Kaplan, Borçlar Hukuku Dersleri, Ankara, 2012, s.30,

<sup>162</sup> Edwin Schweingruber, Kommentar zum Arbeitsvertrag, Bern 1974, 1976, 127; Rehbinder s.18; Geiser, s.63; Eren, s.69.

<sup>163</sup> Kaplan (Fesih), s.25.

<sup>164</sup> Doğan Yenisey, Çalışma Koşullarında Değişiklik, 100-101; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 396.

sini feshedebileceği öngörülmüştür. Maddede işverenin “değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını” veya “fesih için başka bir geçerli nedene bulunduğunu” yazılı olarak açıklamak suretiyle iş sözleşmesinin feshedebileceği öngörüldüğü için “geçerli neden” kavramı öğretide tartışmalıdır.

Öğretide bir görüşe göre, değişiklik feshinde işverence yapılmak istenilen değişikliğin objektif ve makul nedene dayanması yeterli sayılmalı, 22. madde gereğince işverence yapılan değişiklik feshi geçerli kabul edilmelidir.<sup>165</sup>

Diğer bir görüşe göre ise, 22. maddede değişiklik geçerli nedene dayandığı ifadesine yer verilmiş olmakla beraber bu ifadeden değişiklik feshinde, geçerli bir fesih için sadece yapılmak istenilen değişikliğin makul olmasının yeterli olacağı anlamının çıkartılmamasının uygun olacağı ifade edilmektedir.<sup>166</sup> Zira aksine bir yönem İş K.m.18 de yer alan geçerli fesih nedenlerinin yasaya aykırı olarak işveren lehine genişletilmesine, “değişikliğin geçerli bir nedene dayanması” gibi yeni bir geçerli fesih nedeni yaratılması ve işçinin feshine karşı korunmasının zayıflatılması sonucunu hasıl edecektir.<sup>167</sup>

Burada belirtilen geçerli nedenin İş K. m. 18/1 anlamında geçerli bir neden olması gerekir.<sup>168</sup> Maddede getirilen düzenlemeye göre, işverenin değişiklik önerisinin işçi tarafından kabul edilmemesi durumunda, işverence yapılmak istenilen değişikliğin “geçerli nedene, dayanması yeterli değildir. İşverence yapılacak feshin geçerli nedene” dayanması gerekir.<sup>169</sup> Bu durumda hukuken denetlenecek olan husus değişiklik önerisinin reddinden sonra işverence sözleşmenin feshedilmesi halinde feshin dayandığı geçerli nedendir.<sup>170</sup> Belirtmek gerekir ki feshin dayandığı geçerli neden ile değişiklik teklifindeki geçerli neden aynı olabileceği gibi farklı da olabilir.<sup>171</sup>

<sup>165</sup> Bu görüş hk. Bkz. Süzek, s.686; Alp, 148; Alpagut, Uygulama Alanı, s.57.

<sup>166</sup> Süzek, s.686; Devrim Ulucan, İş Güvencesi, İstanbul 2003 (İş Güvencesi); Centel, İş Güvencesi, s.255; Alpagut (Uygulama Alanı), 56; Doğan Yenisey, Çalışma Koşullarında Değişiklik) 131; Başbuğ, Yönetim Hakkı, 68; Baycık, 270; Akın, 49.

<sup>167</sup> Süzek, 687.

<sup>168</sup> Centel, İş Güvencesi, s.255; Manav, Değişiklik, s.239; Süzek, Değişiklik Feshi, s.87; Şen, Değişiklik, s.225; Doğan Yenisey, Çalışma Koşullarında Değişiklik, s.103; Alpagut, Çalışma Koşullarında Değişiklik, 110;

<sup>169</sup> Süzek, s.686.

<sup>170</sup> Demircioğlu, s.129; Doğan Yenisey, s.102; Baskan, s.244.

<sup>171</sup> Doğan Yenisey, Çalışma Koşullarında Değişiklik, s.103,



Kanun'un 22. maddesinin, gerekçesinde maddenin amacının belirli olumsuz koşulların varlığında, işçinin sözleşmesinin doğrudan feshedilmesi yerine, çalışma koşullarında belirli değişiklikler yapılması yoluyla, iş ilişkisinin sürdürülmesinin sağlanması olduğu ifade edilmiştir. O halde "belirli olumsuz koşulların varlığı halinde yani işçinin yetersizliği ve davranışlarından kaynaklanan veya işletme gereklerinden nedenlerin bulunması halinde işveren, feshin son çare olması ilkesi (ultima ratio) gereği önce çalışma koşullarında değişiklik teklif edecektir.<sup>172</sup> Bu şekilde, işçinin başka bir işte ve çalışma koşullarında çalışma olanağı sağlanarak iş ilişkisinin devam ettirilmesi sağlanmış olacaktır. Ancak işçinin değişiklik teklifini kabul etmemesi işten çıkarılması için geçerli bir neden olarak kabul edilemez. Bu durumda işveren 22. madde gereğince esaslı değişikliğin geçerli nedene dayandığını veya başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim sürecine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilecektir.

### 3. Geçerli Neden Denetimi

Yargıtay'a göre değişiklik feshinde geçerli neden denetimi iki aşamalı olarak yapılmalıdır. Denetimin ilk aşamasında, "iş sözleşmesinin muhtevasında değişikliği gerekli kılan geçerli neden bulunmalıdır. Dolayısıyla, İş Kanunu'nun 18. maddesinde fesih için aranan geçerli nedenle değişiklik feshinde de aynen bulunmalıdır. Değişiklik feshine gidebilmek için işçinin yeterliliğinden, davranışından veya işletme gereklerinden kaynaklanan geçerli bir neden bulunmalı, belirtilen geçerli nedenlere ilişkin denetim burada yapılmalıdır. Yapılacak denetimde, 18'nci madde anlamında geçerli bir neden tespit edilmezse, ikinci aşamaya geçmeden değişiklik feshi geçersiz kabul edilmelidir."

Yargıtay'a göre, değişiklik feshinde "geçerli neden denetiminde ikinci aşamada değişiklik teklifinin denetimi söz konusu olup, bu bağlamda esas itibarıyla somut olayın özelliklerine göre ölçülülük denetimi yapılmalıdır. İş sözleşmesinin değiştirilmesini gerektiren bir geçerli nedenin varlığının tespiti halinde ikinci aşamada teklif edilen sözleşme değişikliğinin kanuna, toplu iş sözleşmesine ve ölçülülük ilkesine

<sup>172</sup> Süzek, s.687, 688; Doğan Yenisey, Çalışma Koşullarında Değişiklik, s.102; Ulucan, s.87; Alpogut, Uygulama Alanı, s.57; Şen, 181; Kar, İş Güvencesi, s.265;

uygun olup olmadığı ve işçiden bu teklifi kabul etmesinin haklı olarak beklenip beklenemeyeceğinin, başka bir anlatımla kendisine yapılan değişiklik teklifini kabul etmek zorunda olup olmadığına denetiminin yapılması gerekir. Değişiklik feshi ancak çalışma şartlarının değiştirilmesi için uygun ve daha hafif çare olarak gerekli ve takip edilen amaca göre orantılı ise (altima-ratio) gündeme gelebilecektir.” “Çalışma şartlarının değiştirilmesini gerektirmeyecek veya daha hafif çalışma şartlarının önerilmesini gerektirecek ve aynı amaca ulaşılmasını mümkün kılacak organizasyona yönelik veya teknik ya da ekonomik alana ilişkin başka bir tedbirin olmaması gerekir. Ayrıca işveren, mümkünse, sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin daha makul bir teklifte bulunmalıdır. Değişiklik teklifi iş hukukuna ilişkin eşit davranma ilkesini ihlal ediyorsa işçi bu teklife katlanmak zorunda olmadığından, değişiklik feshi geçersiz sayılır.”<sup>173</sup>

Yargıtay kararlarında ve doktrinde, değişiklik feshinde sözleşme ilişkisinin devamlılığı için işverenin fesihden önce öngörülebilir bütün durumları araştırarak en son çare (ultima-ratio) ilkesi gereği feshe başvurusu gerektiği ifade edilmiştir. Ultima-ratio ilkesinin temelinde yer alan ilke ise sözleşmeye bağlılık ve sözleşmenin dürüstlük kurallarına göre ifa edilmesidir.<sup>174</sup> Bu bağlamda taraflar sözleşmenin devamlılığını sağlamak için her türlü çabayı göstermelidir.

Değişiklik feshinin denetimi sonucunda, geçerli bir fesih nedeninin bulunmaması durumunda fesih geçersiz bir feshin hüküm ve sonuçlarına tabi olacaktır. İş güvencesine tabi olmayan işçiler için geçerli fesih denetimi söz konusu olmayacak, koşulları varsa ihbar ve kıdem tazminatı, kötüniyet tazminatı ile sendikal tazminat talep edebileceklerdir.<sup>175</sup>

<sup>173</sup> Y9.HD. 24.03.2014,2012/4972 E. 2014/9790 K.; Çil, Yargıtay Kararları, (2013-2014), 581; Y9.HD.14.05.2014, 2012/10473 E. 2014/15663 K. Çil, Yargıtay Kararları (2013-2014), s.566.

<sup>174</sup> Ali Güzel, “İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultimo Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları”, A. Can Tuncay’a Armağan, İstanbul 2005, Armağan, 57-83, s.63; Ayrıca bkz., Süzek, s. 685-686; Ulucan, İş Güvencesi, s.87; Centel, İş Güvencesi, s.256; Alpagut, Uygulama Alanı, s.56; Doğan Yenisey, Çalışma Koşullarında Değişiklik, s. 131; Başbuğ, Yönetim Hakkı, s. 68; Baycık, 270; Baskan, s. 244; Alp, İçerik Denetimi, s.37 vd.

<sup>175</sup> Süzek, s.688; Güzel, İş Güvencesi, s.255.

#### 4. Çalışma Koşullarının Tarafların Anlaşması ile Değiştirilmesi

İş sözleşmesini taraflar anlaşarak her zaman değiştirilebilir. İş Kanunu'nun 22. maddesinde getirilen düzenlemeye göre de "Taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilirler." (m.22/2).<sup>176</sup> Çalışma koşullarında işveren tarafından esaslı değişiklik yapılmasının istenmesi durumunda m.22/1 hükmünün uygulanması gerekir. İş sözleşmesinde tarafların anlaşması ile değişiklik yapılması için m. 22/1 hükmündeki usulleri uygulanması söz konusu olmaz. Genel hükümlere uyularak değişiklik yapılması gerekir. Bu nedenle değişiklik sözleşmesi sözlü veya yazılı yapılabilir.<sup>177</sup> Ancak yazılı biçimde yapılması zorunlu öngörülen iş sözleşmelerindeki çalışma koşullarındaki değişikliklerin yazılı olarak yapılması gerekir.<sup>178</sup>

Kanun'un m. 22/2 hükmünde getirilen düzenlemeye göre, belirli süreli iş sözleşmelerinde İş K. m. 22 hükmü uygulanmaz. Belirli süreli iş sözleşmelerinde değişiklik önerisi reddedilen işveren fesih için ancak haklı neden varsa iş sözleşmesini feshedebilir. Haklı neden olmadan işveren tarafından belirli süreli iş sözleşmesinin feshi haksız fesihdir ve buna ilişkin hükümler uygulanır (TBK.m.)<sup>179</sup>

#### Sonuç

İş Kanunu'nun 22. maddesinde getirilen düzenlemeye göre işveren tarafından çalışma koşullarında yapılacak değişikliğin esaslı nitelikte olması gerekir. İşverenin yönetim yetkisi çerçevesinde yapacağı değişiklikler 22. maddede belirtilen usul kapsamında değildir. Zira, işveren yönetim yetkisi içine giren konularda tek taraflı olarak değişiklik yapma hakkına sahiptir. İşverenin yönetim hakkı iş sözleşmesinden doğar. Ancak yapacağı değişikliklerin dürüstlük kuralına uygun olması gerekir.

<sup>176</sup> YHGK Kararına göre, taraflar yapacakları değişiklik sözleşmesi ile emredici yasa hükümlerine ve toplu iş sözleşmesi hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla çalışma koşullarında değişiklik yapabilirler. YHGK.11.10.2006, 2006/9-613 E, 2006/644. Demircioğlu, 125, dipn. 30.

<sup>177</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı /Baysal, s.398-399; Süzek, Değişiklik Feshi, 10-11; Baycık, 167-168; Bkz. Centel, İş Güvencesi, 247-248; Yıldız, 83-84;

<sup>178</sup> Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.398-399; Centel, 248.

<sup>179</sup> Süzek, s.688; Bkz. Demircioğlu, s.125, 126; E. Tuncay Kaplan, "Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Haksız Feshi Hüküm ve Sonuçları" *Sicil İHD*, 2016, s.17-33 (Haksız Fesih).

Ücrette işçi aleyhine değişiklikler, işin niteliğinde ve işyeri değişiklikleri uygulamada karşılaşılan esaslı değişiklik halleridir.

İşveren çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Yazılı olma koşulu geçerlilik şartıdır. Bu şekilde yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler hukuken işçiye bağlamaz. İşçinin işverenin önerisini kabul etme beyanında bulunmayıp suskun kalması, değişiklik önerisinin kabul edildiği şeklinde yorumlanamaz. İşçinin suskun kalması işverenin önerisinin reddi anlamına gelir.

Değişiklik kayıtları işverene tek yanlı olarak çalışma koşullarında esaslı değişiklik yetkisi veren hükümlerdir. Uygulamada değişiklik kayıtlarının en çok kullanıldığı konular işyeri değişiklikleri, işin, işçinin unvanının değiştirilmesidir.

Görüşümüze göre, işverene değişiklik yetkisi veren kayıtların işçinin gerçek iradesini yansıtmaz. Bu nedenle saklı kayıtların geçerli olduğu kabul edilemez. Zira işçi aleyhine uygulamalara neden olabileceği gibi dürüstlük kuralları ile de bağdaşmaz. Ancak, iş sözleşmesi ve eki niteliğindeki kaynaklarda çalışma koşullarında yapılacak değişikliğin somut olarak belirlenmiş olması, nakil isteminin çalışma koşullarını ağırlaştırmaması, işçinin ücretinde azalmaya neden olmaması, gerçekten ihtiyaç olması ve işverenin bu yetkisini dürüstlük kurallarına uyması kullanması koşulu ile sözleşme hükümleri geçerli kabul edilebilir.

Değişiklik feshi, işçiye fesih bildirimini ile çalışma koşullarında değişiklik önerisinin birlikte yapıldığı bir fesihtir. İşçi m. 22 hükmünde belirlenen koşullara göre işverenin değişiklik önerisini kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedeni bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim sürelerine ve geçerli nedene dayanarak iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi de m.17 ve 21 göre iş sözleşmesini feshedebilir.

Uygulamada, çalışma koşullarında işveren tarafından yapılan değişikliğe ilişkin 22. maddede getirilen düzenlemede mevcut belirsizlikler nedeni ile uyuşmazlıklar çıkmakla beraber, 1475 sayılı Kanun'a göre işçiye daha çok koruyan bir düzenleme olduğu söylenebilir.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Alp Mustafa, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005.
- Başbuğ Aydın, İş Sözleşmesinin Değişen Şartlara Uyarlanması, İstanbul 2007.
- Başbuğ Aydın, İşverenin Yönetim Hakkı ve Çalışma Şartlarında Değişiklik, Ankara 2008.
- Baycık Gaye, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2011.
- Centel Tankut, İş Hukuku C.I, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1992.
- Centel Tankut, İş Güvencesi, İstanbul 2020.
- Civan Orhan Ersun, Genel İş Koşulları, Ankara 2015.
- Çatalkaya Ugan Deniz, İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi, İstanbul 2019.
- Çelik Nuri/Canıklıoğlu Nurşen/Canbolat Talat, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2020.
- Demircioğlu A. Murat/Korkmaz Doğan/Kaplan A. Ali, Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 sayılı İş Yasası, İstanbul 2018.
- Ekmekçi Ömer/Yiğit Esra, Bireysel İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 2020.
- Ekonomi Münir, İş Hukuku, Ferdi İş Hukuku, İstanbul, 1987.
- Engin Murat, "Ücretlerin Düşürülmesi Amacıyla Fasıllı Çalışma Uygulaması ve Değişiklik Sözleşmesi", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.I, 873-907.
- Eren Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013.
- Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan; İş Hukuku, İstanbul 2020.
- Kaplan İbrahim, Borçlar Hukuku Dersleri, Ankara 2012.
- Kaplan Tuncay E., Ferdi İş Hukuku, Ankara 2020.
- Kaplan Tuncay E., İşverenin Fesih Hakkı, Ankara 1987.
- Kar Bektaş, İş Güvencesi ve Uygulaması, Ankara 2017.
- Kılıçoğlu Mustafa /Kılıçoğlu Ada, Şerhli İş Kanunu Yorumu, Ankara. 2019.
- Mollamahmutoglu Hamdi/Astarlı Muhittin /Baysal Ulaş; İş Hukuku, Ankara 2014.
- Narmanlıoğlu Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, İstanbul 1912.
- Oğuzman M. Kemal, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Aktinin Feshi, İstanbul, 1955.
- Öztürk Berna, İşçinin Talimatlara Uyuma Borcu, Ankara 2021
- Rehbinder Manfred, Schweizerisches Arbeitsrecht, 6. Aufl. Bern. 1981.
- Rehbinder Manfred/Jean Stöckli Fritz, Berner Kommentar, Die einzelnen Vertragsverhältnisse. Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, Einleitung und Kommentar zu den 319-330b OR, Bern, 2010.
- Süzek Sarper, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2020.
- Şen Murat, İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik, Ankara 2005.
- Taşkent Centel, İş Güvencesi, Ocak 2020.
- Teo Ghul /Merz H./Kummer M., Das Schweizerisches Obligationenrecht, B.II, Zurich 1980.

Teo Guhl, Das Schweizerisches Obligationenrecht, Zürich 1980.

Vischer Frank, Der Arbeitsvertrag, Basel 2005.

Ulucan Devrim, İş Güvencesi, İstanbul 2003 (İş Güvencesi).

Yıldız Gaye Burcu, İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar, Ankara 2014.

## Makaleler

Akın Levent, “İşçinin Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Fesih Hakkı” *Çimento İşveren Dergisi*, C.27, S.2, Mart 2013, s.38-50.

Alp Mustafa, “İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtlarının İçerik Denetimi”, *Sicil İHD*. Eylül 2006, Y1, S.3, s.37-53 (İçerik Denetimi).

Alp Mustafa, “İşverene Tek Taraflı Değişiklik Yetkisi Veren Sözleşme Kayıtlarının Geçerliliği ve Denetim Ölçütleri” *Legal*, 2009/21, s.11-28.

Alpagut Gülsevil, “Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik”, *Bankacılar Derneği*, 2008, 69-119.

Alpagut, Gülsevil, İş Kanunu’nun 22. maddesinin Uygulama Alanı -Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Kararları, *Legal İHSGHD*. 9/2006, S.4,5, s.50-64 (Uygulama Alanı).

Arıcı Kadir, “İşverenin Yönetim Hakkının Muhtevası”, *Yargıtay Dergisi*, Ocak-Nisan 1983.

Aydın Ufuk, “Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikler ve Değişiklik Feshi” *Sicil İHD*, Mart, 57.69.

Başterzi Süleyman, “Türkiye’de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri”, *AÜHFD*. 2005, S.3, 53-94.

Caniklioğlu Nurşen, “İşçinin Çalışma Koşullarında Tek Taraflı Değişiklik”, Karar inceleme, *Sicil İHD*, Haziran 2010, S.18, s.104-113, (Değerlendirme).

Çelebi Demir, “İşçinin İşyerine Sonradan İtirazı”, *Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 24.06.2020 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi*, s. 164 (Değerlendirme).

Çil Şahin, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2013-2014 Yılları), Ankara 2014

Çil Şahin, İş Hukuku, Yargıtay İlke Kararları (2019-2021 Yılları), Ankara 2021.

Demircioğlu A. Murat, “Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi, İş Dünyası ve Hukuk”, Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan, İÜHF. Yay., İstanbul 2011, 121-140.

Doğan Yenisey Kübra, “Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi”, *Çalışma ve Toplum*, 2010/3.

Doğan Yenisey Kübra, “Çalışma Koşullarında Değişiklik”, II. Yılında İş Yasası, Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası, İstanbul 2005, 104-131 (Çalışma Koşullarında Değişiklik).

Doğan Yenisey Kübra, “İşverene Hizmet Akdinde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümlerinin Denetlenmesi” Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan C.II, İstanbul 2001, 1175-1198 (Denetim).

Ekonomi Münir, “Çalışma Şartlarının Belirlenmesi ve Değişen İlişkilere Uyumu”, *Kamu İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Ankara 1997, C.4, S.2, (Çalışma Şartları), 159-160.

- Engin Murat, "Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Yeni İş Kanunu Tasarısı", *İÜMF.M.*, 2013, S.1-6, C.61, 313-326.
- Geiser Thomas, "Die Änderungskündigung im Schweizerischen Arbeitsrecht", *AJP/PJA* 1/99
- Güzel Ali/Ugan Çatalkaya Deniz, "İş Sözleşmesinin Uygulanması ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlanmasında Dürüstlük Kuralının İşlevi Üzerine" *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, İstanbul 2014, C.20, S.1, s.17-66.
- Güzel Ali/Deniz Ugan Çatalkaya; "İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi ve Son Çare İlkesi", Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ankara 2017, s.539-575 (Sözleşmenin Değiştirilmesi).
- Güzel Ali, "İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultimo Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları", A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, (Armağan), s. 57-91.
- Güzel Ali, "İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları (Eleştirel Bir Yaklaşım)", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Formu (15-18 Ekim, Antalya), İstanbul 2014, 237-315.
- Güzel Ali, İş Hukukunda "Yetki" ve "Sözleşme", Prof. Dr. Fevzi Demir'e Armağan, *Legal İHD*, İstanbul 2016, Özel Sayı, s.151-201.
- Kaplan Tuncay E., "Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Haksız Feshi Hüküm ve Sonuçları" *Sicil İHD*, 2016, 17-33 (Haksız Fesih).
- Kaplan Tuncay E., İşçinin İşgörme Ediminin İfasını Engelleyen Nedenler ve Hukuki Sonuçları, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan I, İstanbul 2011 (İfa Engelleri).
- Manav Eda, "İşyeri Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği Sorunu", *Sicil İHD*, Mart 2012, S.25, 136-157.
- Narmanlıoğlu Ünal, "İşverenin Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapma Hakkını Saklı Tutan Sözleşme Hükümleri Bağlayıcı Mıdır?" *Sicil İHD*, Eylül 2006, S.3, 9-19.
- Süzek Sarper, "Bireysel İş Hukukunun Bugünü ve Geleceği", *Sicil İHD*, Haziran 2009, 5-28 (İş Hukukunun Geleceği).
- Süzek Sarper, "İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları" Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan, Ankara 1998, 225-232 (Yönetim Hakkı).
- Şen Murat, "İşçinin Çalışma Koşullarındaki Değişikliği Altı İşgünü İçinde Yazılı Olarak Kabul Etmemesinin Sonuçları", *Sicil İHD*, 2007 Mart, S.5, 76-90.
- Tulukçu Binnur, "Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.I, İstanbul 2011, 1099-1141.
- Uşan Fatih, "4857 sayılı İş Yasasının 22. maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik Uygulamaları" *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.9, Özel Sayı, 2007, 211- 271.

# ULUSLARARASI YATIRIM UYUŞMAZLIKLARI VE YATIRIM TAHKİMİ YARGILAMASINDA KARŞILAŞILAN SORUNLAR\*

## CURRENT ISSUES ON INTERNATIONAL INVESTMENT DISPUTES AND INVESTMENT ARBITRATION

Ekin Deniz İLHAN\*\*

**Özet:** Milletlerarası yatırım hukukunda yabancı yatırımcıların korunması, ikili yatırım anlaşmaları veya çok taraflı uluslararası sözleşmeler aracılığı ile sağlanmaktadır. Yatırımların ve yatırımcıların korunması bakımından milletlerarası alanda genel olarak kabul edilen 14 Ekim 1966 tarihli ICSID sözleşmesi günümüzün bu alandaki en önemli düzenlemelerinden biri olarak kabul edilmektedir. Bunun yanı sıra iki taraflı Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmalarından veya yatırıma ilişkin düzenlemeler içeren iki taraflı ya da çok taraflı serbest ticaret anlaşmalarından oluşmaktadır. Anlaşmalar birbirini aynı olmamakla birlikte gerek esasa ilişkin getirdikleri düzenlemeler gerekse öngördükleri uyuşmazlık çözüm yöntemleri benzer niteliktedir. Bu makalenin temel amacı, uluslararası yatırım uyuşmazlıklarında yatırım tahkimi yargılamasında karşılaşılan sorunları inceleyerek, bu sistemdeki yaşanan aksaklıkları ortaya koymaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Milletlerarası Yatırım Tahkimi, ICSID Konvansiyonu, Yatırım Tahkimi Yargılamasının Değerlendirmesi, Ev sahibi devlet, Şeffaflık, Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmeleri

**Abstract:** Under international investment law, the protection of foreign investors is provided through bilateral investment agreements or multilateral international agreements. In terms of the protection of investments and investors, the ICSID agreement of 14 October 1966, which is generally accepted in the international law, is accepted as one of the most important regulation. In addition, it consists of bilateral Investment Promotion and Protection Agreements or bilateral or multilateral free trade agreements containing

---

\* Bu makale yazarın doktora tezinden türetilmiştir

\*\* İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Burslu Doktora Öğrencisi, deniz.ilhan@bilkent.edu.tr.. ORCID: 0000-0001-8537-4156, Makalenin Gönderim Tarihi: 03.12.2021, Kabul Tarihi: 03.12.2021



investment regulations. Although the agreements are not exactly the same, both the regulations they bring about and the dispute resolution methods they envisage are similar. The main purpose of this article is to examine the problems encountered in the investment arbitration proceedings in international investment disputes and to reveal how to solve these problems.

**Keywords:** International Investment Arbitration, ICSID Convention, Criticism of The International Investment Arbitration, Host State, Transparency, Foreign Investment Treaties

## GİRİŞ

Yabancı yatırımlar ülkelerin ekonomik ve istikrarlı gelişmesi açısından büyük öneme sahip olduğundan yatırımcılar ülkelere yabancı yatırımların çekilmesi için cazip yatırım ortamları yaratmakta ve ekonomik, siyasal istikrarı geliştirmek için çeşitli hukuki güvenceler sunmaktadırlar. Bu hukuki güvencelerin sunulmasında asıl olarak rol oynayan enstrüman ise uluslararası hukuk alanıdır. Bu alanda doğrudan ve dolaylı yatırımların büyük rol oynadığı aşikardır. Bu açıdan yatırım hukuku, ulusal ve uluslararası hukukun bir araya getirilmesi ile oluşan hukuki çerçevede, ev sahibi devlet ile yatırımcı perspektifinden yabancı yatırım ilişkilerini düzenlemektedir.

Bu kapsamda kimi yazarlar<sup>1</sup> yatırım hukuku alanını kamu hukuku alanı olarak değerlendirmekte olup, bazı kimi yazarlara göre<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Ticari tahkim yargılamasından farklı olarak yatırım tahkiminde devletlerin egemenliği söz konusu olduğundan bu alanın kamu hukuku alanına dahil olduğunu ileri süren görüşler mevcuttur. Buna göre, yatırım tahkimi yargılamasında belirli süreçler bakımından devletler hukuku kuralları tatbik edilmektedir. Bu kapsamda yatırım tahkiminin kamu hukuku alanına dahil olduğu ileri sürülmektedir. Buna göre tahkim sözleşmesi ve yorumlanmasında, tahkim yargılamasında izlenen usulde, ihtilafın esasına uygulanacak hukuk kurallarının belirlenmesinde devletler hukuku kuralları geçerli olacaktır. Zira yatırım tahkiminde devlet, özel hukuk tüzel kişisi gibi hareket etmemekte, üstün emretme gücüne sahip egemen devlet sıfatıyla hareket etmektedir. Ayrıca bkz. Sedat Çal, Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi, Ankara, 2009, İnci Ataman Figenmeşe, "Milletlerarası Ticari Tahkim ve Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar", Public and Private International Law Bulletin, P.31, S.1, 2011, s. 91-152.

<sup>2</sup> Doktrinde Lex Marcetoria kurallarının yatırım tahkiminde uygulanmakta olması nedeniyle yatırım tahkiminin özel hukuk alanına dahil olması gerektiğini ileri süren yazarlar da mevcuttur. Buna göre Lex Marcetoria kuralları özel hukuk sülhelerinin, özel hukuka ait konularda çıkan ihtilafları düzenlediği kuralları içermektedir. Bu bakımdan yatırım tahkimi alanı özel hukuk alanına dahil olmalıdır. Bu görüşe göre yatırım tahkimi, ticari tahkimden oluşturulmuş bir hukuk dalıdır. Nitekim yatırım tahkimi ile ticari tahkim arasında farklar olmakla birlikte, genel çerçevede bu iki dal arasında birbirine benzer çok özellik yer almaktadır. Ayrıca

ise yatırım hukuku uluslararası ticari tahkim boyutu ile özel hukuk alanıdır. Uluslararası yatırım hukuku, kamu hukukuna ait bir alanı düzenliyor olması sebebi ile kamu hukuku, diğer yandan serbest ticaret anlaşmalarından doğan uyumsuzlukları inceliyor olması sebebi ile özel hukuk karakterli bir disiplindir.<sup>3</sup> Bu açıdan ev sahibi devletlerin uygulamakta olduğu birtakım uygulamalar nedeniyle yatırım tahkimi yargılamaının birtakım eleştirilere maruz kaldığı görülmektedir. Bu eleştirilerin pek çok sebebi bulunmaktadır. Bu sebepler aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

## A. Sisteme İlişkin Sorunlar

### 1.Meşruiyet ve Şeffaflık Eksikliği

Meşruiyet kavramı sosyal bilimler literatüründeki anlamı ile genel olarak bir işlemin veya bir eylemin hukuka uygun olmasıdır.<sup>4</sup> Meşruiyet kavramının tanımı, bulunduğu metin ve şartlara bağlı olarak değişmektedir. Uluslararası yatırım tahkiminde şeffaflık kavramı ise herhangi bir şekilde tanımlanmamış olmakla birlikte, kavramın kapsamı kullanıldığı metne göre değişiklik göstermektedir. Temel anlamda şeffaflığın gerçekleşebilmesi için kamunun erişiminin sağlanması ve yargılamanın meşruiyet gözetilerek sürdürülmesi gerekmektedir.<sup>5</sup> Hukuk sistemleri açısından, tarafların yasal sürece serbestçe katılabildiği, kamunun yargılamanın adil olup olmadığını kontrol etme şansı bulunduğu bir sistem meşru ve şeffaf bir sistemdir.<sup>6</sup>

bkz. İnci Ataman-Figenmeşe, s. 91-152.

<sup>3</sup> Markus Wagner, "Regulatory Space in International Trade Law and International Investment Law", *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol.22, no.3, 2011, s.878-883.

<sup>4</sup> Meşruiyet kelimesinin Latince'deki karşılığı "Legitimus" kelimesi olup, İngilizce karşılığı "Legitimacy" dir. Türk Dil Kurumu'nun hazırlanmış olduğu Türkçe sözlükte "meşru" "hukuk" ve "yasal" olarak tanımlanmıştır. Levent Gönenç, "Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların Meşruiyeti Sorunu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 50 S.1, 2001, s.134.

<sup>5</sup> Catherine Rogers, "Transparanca in International Commercial Arbitration, Penn State Law", *Penn State Law* 2006, C.54, s.1307 < [https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1233&context=fac\\_works](https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1233&context=fac_works) > Erişim Tarihi: 30.01.2021.

<sup>6</sup> Alexandre Marques de Silva Martins, "Challange to Transparency and Ethics In Alternatives to Arbitration in the Realm of International Investments", *Revista de Direito Internacional Económico e Tributário*, 2016 Vol 11, s.321-376.

Genel olarak uluslararası yargı organlarının işleyişine dair metinler incelendiğinde, şeffaflığın gerçekleşmesinde meşruiyetin bir ön koşul olarak kabul edildiği görülmektedir. Adil bir yargılama, duruşmaların aleni ve açık yapılması, hükmün aleni olarak açıklanması, delillere ulaşma ve yorum yapmayı içinde barındırmaktadır. Bu açıdan şeffaflık denetiminin yapılmasında, kararın adil bir yargılama sonucunda verildiğinin incelenmesi önem taşır.

Uluslararası yatırım tahkimi yargılamasına dair metinlere baktığımızda, öncelikle belirtilmelidir ki NAFTA<sup>7</sup> (*North American Free Trade Agreement- Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması*) yürürlükte değil iken, yargılamanın kamuya açık yürütülmesi istisnai bir nitelik taşımakta idi.<sup>8</sup> Daha sonra NAFTA ve ICSID (*International Centre for Settlement of Investment Disputes-Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi*)<sup>9</sup> düzenlemeleri ile birlikte şeffaflığa ilişkin kurallar öngörülmüştür.

ICSID Konvansiyonu'nun 32. maddesine göre hakem kararlarının belirli kısımlarının aleni olması zorunludur. Buna göre, aksi kararlaştırılmadıkça tahkim yargılaması gizli yürütülmekle birlikte, tahkim yargılamasında yer alan tarafların, yargılamanın işleyişinin ve uyuşmazlığın esasına ilişkin bilgilerin yayınlanması zorunludur. Bu kurallar ile birlikte, tahkim yargılamasında yer alan bilgilerin kamu ile paylaşılması ve sürece kamunun katılabilmesi olanağı sağlanmıştır.<sup>10</sup> ICSID Konvansiyonu'nun 48. maddesine göre Divan uyuşmazlık konusu taraflar bu konuda rıza verirler ise, sadece kararın gerekçesini

<sup>7</sup> NAFTA, Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması, 1992. Amerika Birleşik Devletleri, Kanada ve Meksika arasında imzalanan serbest ticaret anlaşması olup, bölgesel bir uygulama alanına sahiptir.

<sup>8</sup> Julie Maupin, "Transparency in International Investment Law: The Good, the Bad and the Murky", Cambridge University Press, In A. Bianchi & A. Peters (Eds.), *Transparency in International Law*, s.9.

<sup>9</sup> ICSID uluslararası yatırımlar bakımından ev sahibi devletler ile yabancı yatırımcılar arasındaki anlaşmazlıklarda doğrudan başvuru yapılabilen arabuluculuk ve tahkim imkanları sunan uluslararası bir kurumdur. Ayrıca bkz. Confidentiality and Transparency- ICSID Convention Arbitration < <https://icsid.worldbank.org/services/arbitration/convention/process/confidentiality-transparency#:~:text=The%20ICSID%20Convention%20and%20Arbitration,or%20transparency%20to%20their%20proceedings.>> Erişim: 1.2.21.

<sup>10</sup> Ghering /Euler/Scherer, "Public Interest in Investment Arbitration", Editörler: Dimitrij Euler/ Markus Gehring, *Transparency in International Investment Arbitration*, Cambridge University Press, 2015, s. 8.

yayınlayabilecektir. Başka bir deyişle tahkim yargılaması gizli yürütülmekle birlikte, Divan gerekli görürse kararın gerekçesini yayınlatabilmektedir.

Bunun yanı sıra, ICSID Konvansiyonu'nun 52. maddesi uyarınca ICSID kararlarına karşı temyiz mekanizması değil, iptal prosedürü öngörülmüştür. Buna göre karar esasa girilmeksizin, salt usulî eksiklikler bakımından incelenmektedir. Doktrinde iptal aşamasında ICSID ad hoc komitesinin yaptığı bu incelemenin salt tahdidi nedenler gözetilerek yapılıyor olmasından hareketle, bu durumun yargılamada meşruiyet eksikliğine yol açtığı ifade edilmiştir.<sup>11</sup>

Bir öncü olarak *Phillip Morris v. Avusturya*<sup>12</sup> davası ile birlikte yargılamanın şeffaflık ilkelerine uygun olarak yürütülmediği eleştirileri sürülmeye başlamıştır. Bu kapsamda tahkim yargılamasında meşruiyet kavramının eksikliğine de vurgu yapılmıştır.<sup>13</sup> Aynı şekilde *Vattenfall v. Almanya*<sup>14</sup> davasında Vattenfall şirketi Enerji Şartı Anlaşması uyarınca yabancı bir yatırımcı olarak 1.18 milyon tazminat ödemekle yükümlü tutulmuş olup, yargılamanın aleni olarak yürütülmesi gerektiği gündeme gelmiştir.<sup>15</sup> Bu kapsamda doktrinde yatırım tahkiminde şeffaflığın amacının, tahkim yargılamasının yürütülmesinden çok yatırım tahkimindeki aktörlerin, başka bir deyişle ev sahibi devletlerin ve yabancı yatırımcıların, eylemlerine ışık tuttuğu belirtilmiştir.<sup>16</sup>

Yine bazı yazarlara göre, yatırım tahkiminin şeffaf bir zeminde yürütülmemesi aynı zamanda hakemlerin de karar verirken tutarlı

<sup>11</sup> Suzan D Franc, "The Legitimacy Crisis in Inv The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privation Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions", *Fordham Law Review*, C. 73, S.4, s.1547.

<sup>12</sup> Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case No 2012/12.

<sup>13</sup> Investment Arbitration Is There a Lack of Transparency < <https://wagner-arbitration.com/en/journal/investment-arbitration-is-there-a-lack-of-transparency/> > 11 Nisan 2017, Erişim Tarihi: 28.01.21.

<sup>14</sup> Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/12/12.

<sup>15</sup> Bernasconi-Osterwalder/Hoffmann/Tamara, The German Nuclear Phase-Out Put to the Test in International Investment Arbitration? Background to the new dispute Vattenfall v. Germany (II) < [https://www.tni.org/files/download/vattenfall-icsid-case\\_oct2013.pdf](https://www.tni.org/files/download/vattenfall-icsid-case_oct2013.pdf) > s.7.

<sup>16</sup> Robert Argen, "Ending Blind Spot Justice: Broadening the Transparency Trend in International Arbitrations", *Brooklyn Journal of International Law*, C.41, S.1., s.220.

olmalarını engellemektedir. Bunun yanı sıra, çoğunlukla ileri sürülen görüşe göre yatırım tahkiminde uygulanan kurallarda içtihat yaratılmasının sağlanması için yargılamada meşruiyet eksikliğinin giderilmesi gereklidir.<sup>17</sup>

Konu tahkim yargılaması bakımından incelenecek olursa, ticari tahkimde irade özerkliği (*party autonomy*) önem taşımakta ve tahkim usulünün taraflarca tercih edilmesinin bir nedenini oluşturmaktadır. Bu kapsamda ticari tahkimde, taraflar tahkim yargılamasının hangi usulde yürütüleceğini kararlaştırabilmektedirler. İlâveten, ticari tahkimin tercih edilmesinin diğer bir nedeni de sürecin gizli yürütülmesi olup, çoğu tahkim kurumunun gizlilik konusunda bağlayıcı temel kuralları vardır.<sup>18</sup> Bunun sonucu olarak ticari tahkim yargılamasının aksine yatırım tahkiminde gizlilik istisna, şeffaflık ise kuraldır. Bu nedenle ticari tahkim yargılamasına hâkim olan gizlilik esasları yatırım tahkimi yargılamasında tam olarak karşılığını bulamamaktadır. *The Methanex v. United States of America*<sup>19</sup> davasında, hakem heyeti kamu yararının yerine getirilmesinin, tarafların gizlilik talebinin yerine getirilmesinden daha önemli olduğuna karar vermiştir. Aynı şekilde *Suez Vivendi v. Argentina*<sup>20</sup> davasında da kamu yararı nedeniyle gizlilik esaslarının uygulanmayabileceği ifade edilmiştir. *Biwater Gauff v. Tanzania*<sup>21</sup> davasında ise ICSID hakem heyeti 2006 yılında ICSID Tahkim Kurallarında yapılan değişikliklerin şeffaflığa yönelik artan bir yönelimin tezahürü olduğunu ifade etmiştir. Bu kurallara göre, tahkim yargılamasına ilişkin bilgiler halka açık bir web sitesinde listelenmiş ve *amicus curiae*<sup>22</sup> bildirimlerine izin verilmiştir.

<sup>17</sup> International Bar Association, Consistency, Efficiency and Transparency in Investment Treaty Arbitration, the Global Voice of Arbitration Report November 2018, s. 7.

<sup>18</sup> Transparency in International Arbitration, 11 Mayıs 2020, <<https://iclg.com/cdr/expert-views/6376-transparency-in-international-arbitration>> erişim: 22.08.20.

<sup>19</sup> Methanex Corporation v. United States of America, Award on Jurisdiction, UNCITRAL, 7 August 2002 at para's 109-120, <<https://www.italaw.com/cases/683>> Erişim: 07.02.20.

<sup>20</sup> Aguas Argentinas S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., Vivendi Universal S.A. c. República Argentina. 27 Haziran 2005, ICSID Case No ARB/03/19, <<https://www.italaw.com/cases/1057>> Erişim: 07.02.20.

<sup>21</sup> Biwater Gauff v. Tanzania, Case No. ARB/05/22, <<https://www.italaw.com/cases/157>> Erişim: 07.02.20.

<sup>22</sup> Uluslararası usul hukukunda "amicus curiae briefs" olarak adlandırılan bu usule göre, tahkim yargılamasında uyuşmazlığın sonucunu etkileyecek nitelikteki

Yukarıda bahsedilen süreç içerisinde ilk düzenlemeler NAFTA ve ECT’de yapılmış, daha sonrasında yatırım anlaşmalarında yer almaya başlamıştır. Bahsedilen süreç içerisinde şeffaflığa ilişkin taleplerin artması ile birlikte UNCITRAL Şeffaflık Kuralları<sup>23</sup> öngörülmüştür. Yine daha sonrasında “Mauritius Sözleşmesi” olarak da anılan Birleşmiş Milletler Şeffaflık Sözleşmesi 2014 yılında yürürlüğe girmiştir.<sup>24</sup> Birleşmiş Milletler Şeffaflık Sözleşmesi yatırım uyuşmazlıklarında şeffaflık ve meşruiyetin sağlanabilmesi için atılmış önemli bir adımdır.

Bunun yanı sıra, yatırım tahkiminin meşru beklentileri karşılayamamasının sonucu olarak bazı devletler ICSID sözleşmesinden ayrılmaya başlamışlardır. Örneğin, Latin Amerika ülkelerinden Bolivya, Ekvator ve Venezüella ICSID Konvansiyonundan çıkmıştır.<sup>25</sup> Hatta bazı ülkeler kendilerine karşı açılan davaları reddedeceklerini beyan ederek tepkilerini dile getirmişlerdir.<sup>26</sup> Örneğin, *Azurix Corp v. Argentina*<sup>27</sup> kararında hakem heyeti ev sahibi devlet Arjantin hükümetinin adil ve hakkaniyete aykırı muamele ile tam koruma ve güvenlik ilkesine riayet etmemiş olması nedeni ile 162.5 Milyon Amerikan Dolar tazminata hükmetmiştir. Arjantin hükümeti hakem yargılamasında meşru bir yargılama yapılmadığı gerekçesi ile tazminatı ödemeyi reddetmiştir.

---

önemli bilgilere sahip üçüncü kişilerin yargılamaya ilişkin görüşleri alınmaktadır. Lamb/Harrison /Hew, “Recent Developments In The Law and Practice Of Amicus Briefs In Investor State Arbitration”, *Indian Journal of Arbitration Law*, 2017/5/2, s. 77.

<sup>23</sup> UNCITRAL Arbitration Rules (with new article 1, paragraph 4, as adopted in 2013), 2014, <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/uncitral-arbitration-rules-2013-e.pdf>> Erişim: 28.08.20.

<sup>24</sup> Konvansiyon metni için bkz. <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/transparency-convention-e.pdf>> Erişim: 07.02.20.

<sup>25</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) World Investment Report 2012 “Towards a New Generation of Investment Policies”, s.88 <[https://unctad.org/system/files/official-document/wir2012\\_embargoed\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/wir2012_embargoed_en.pdf)> Erişim: 15.02.20.

<sup>26</sup> Peterson Luke Eric, “How Many States Are Not Paying Awards under Investment Treaties?” *Investment Arbitration Reporter*, Rosenberg CB, “The Intersection of International Trade and International Arbitration: The Use of Trade Benefits to Secure Compliance with Arbitral Awards”, *Georgetown Journal of International Law* 2013, s. 503.

<sup>27</sup> *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/01/12, 14 Temmuz 2006.

Bunun dışında Zimbabwe<sup>28</sup>, Libya<sup>29</sup>, Rusya<sup>30</sup>, Tayland<sup>31</sup>, Kırgızistan<sup>32</sup>, Senegal<sup>33</sup> ve Venezüella<sup>34</sup> hükümetleri kendilerine karşı yürütülen tahkim yargılaması sonucunda aynı şekilde bazı tepkiler göstererek, tazminat ödemeyi reddetmişlerdir. Bu gelişmelere paralel olarak, model ikili yatırım anlaşmasının bazı hükümleri Amerika Birleşik Devletleri tarafından revize edilmiştir. Revize ikili yatırım anlaşmasına, yatırımcıyı koruyan hükümlerden ziyade, iş sağlığı, uluslararası güvenlik, çevre gibi konulara ilişkin ev sahibi devletleri koruyucu hükümler de eklenmiştir.<sup>35</sup> Yine 2014 yılında, Almanya yatırım tahkimi sisteminden Avrupa Birliği - Amerika ticaret anlaşmasına bazı kısımlar bakımından zıtlıklar barındırmakta olması ve şeffaf olmayan hükümler barındırması nedeni ile memnun olmadığını belirtmiştir.<sup>36</sup> İlk kez iki taraflı yatırım anlaşmasını Pakistan ile imzalayan Almanya'nın bu tutumu uluslararası yatırım tahkimi sistemine getirilen eleştiriler bakımından öncü olmuştur. Bunun dışında Avrupa Birliği ülkeleri de uyuşmazlık çözüm yolları hakkındaki eleştirilerini dile getirmişlerdir. Örneğin, Avrupa Parlamentosu Uluslararası Ticaret Komitesinin 2011 yılında yayınlamış olduğu rapora göre hakem heyetlerinin iki veya çok taraflı yatırım anlaşmalarını farklı yorumlamakta olmasından dolayı bu durum meşru bir yargılamanın gerçekleşmesine engel oluşturmaktadır.<sup>37</sup>

<sup>28</sup> Funnekotter v. Republic of Zimbabwe, ICSID Case No ARB/05/6, 2009.

<sup>29</sup> Liberian Eastern Timber Corp v Republic of Liberia, ICSID Case No ARB/83/2, 1994.

<sup>30</sup> Sedelmayer v Russian Federation, Arbitration Award (ad hoc arbitration under the Stockholm Chamber of Commerce arbitration rules 7 Temmuz, 1998.

<sup>31</sup> Walter Bau AG (in liquidation) v Kingdom of Thailand, Award (UNCITRAL Arbitration, 1 Temmuz 2009).

<sup>32</sup> Petrobart Ltd. v Kyrgyz Republic, Arbitration No 126/2003, Award II (Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce Mar. 29, 2005), 13 ICSID Rep. 387, 2008.

<sup>33</sup> Socie'te' Ouest Africaine des Be'tons Industriels v Senegal, ICSID Case No ARB/82/1, Award, 2 ICSID Rep 190, 1994.

<sup>34</sup> Mobil Corp v Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No ARB/07/27, Decision on Jurisdiction 10 Haziran 2010.

<sup>35</sup> The Office of the U.S. Trade Representative, Model Bilateral Investment Treaty, 2012, 12. Madde, < <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf> > Erişim: 16.12.20.

<sup>36</sup> Bkz. Germany Ministry Announcement in Investment Treaty News, Mayıs 2014, [https://www.iisd.org/system/files/publications/iisd\\_itn\\_may\\_2014\\_en.pdf?q=sites/default/files/publications/iisd\\_itn\\_may\\_2014\\_en.pdf](https://www.iisd.org/system/files/publications/iisd_itn_may_2014_en.pdf?q=sites/default/files/publications/iisd_itn_may_2014_en.pdf) > Erişim:16.02.20.

<sup>37</sup> European Union Parliament Report on the Future European International Investment Policy, A7-0070/2011 of 22 March 2011, < <https://www.europarl.europa>.

Yine raporda hakem heyetlerinin iki taraflı yatırım anlaşmalarını ve çok taraflı yatırım anlaşmalarının yorumlanmasındaki geniş takdir yetkisinden bahsedilmiş olup, bu hususun sonucu olarak verilen kararların gerekçesinin yeterli olmadığına değinilmiştir.<sup>38</sup>

Tüm bu gelişmelerin ışığında, yatırım uyuşmazlıkları bakımından şeffaflığı içeren hükümlere daha çok yer verilmesi ve meşruiyetin sağlanması meşru bir sistemin var olmasına katkı sağlayacaktır. Bu kapsamda kamuya açıklığın sağlanabilmesi için, yargılama sürecinin açık olması, belgelere ulaşımın sağlanabilmesi ve kararların yayınlanması gerekmektedir. Tahkim yargılamasında yukarıda sayılan sebepler meşruiyet ve şeffaflık eksikliğine yol açtığı için bu durum yatırım tahkimi yargılamasında olumlu değişikliklere sebep olmuş ve bu tezin konusunu oluşturan çok taraflı bir yatırım mahkemesinin kurulmasına öncü olmuştur.

## B. Hakem Kararları Arasındaki Tutarsızlıklar

Benzer uyuşmazlıklarda birbiriyle çelişen kararların verilmesi hukuki güvenlik ilkesini zedelemekle birlikte, bu husus adil yargılanma hakkının ihlali kapsamında da değerlendirilmektedir.<sup>39</sup> Adil yargılanma hakkı, demokratik bir yönetimin temel unsurlarından olan hukukun üstünlüğü (*Rule of Law*) ilkesinin gerçekleşmesinde rol oynamakla birlikte kişilerin diğer hak ve özgürlüklerini de koruyan güvenceler arasında yer almaktadır.<sup>40</sup> Kararlar arasında tutarsızlık olması, hukuk sisteminin öngörülebilir oluşunu zedelediği için meşruiyet algısını da yok etmektedir.<sup>41</sup>

eu/doceo/document/A-7-2011-0070\_EN.html > Erişim: 17.02.21, s.14.

<sup>38</sup> European Union Parliament Report on the Future European International Investment Policy, s. 15.

<sup>39</sup> Okan Taşdelen, "Çelişkili Yargı Kararlarının Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S.7, Ankara 2016, s. 987-1024, Feyyaz Gölcüklü, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Doğru Yargılanma", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No.11 Ankara, 1995.

<sup>40</sup> Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Doğru Yargılama, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi (AÜSBF) İnsan Hakları Merkezi Yayınları, S. 11 Ankara, 1995, s. 2.

<sup>41</sup> Kaufmann – Kohler G., "Arbitral Precedent: Dream, Necessity of Excuse? – The 2006 Freshfield Lecture", *Arbitration International* 2007, C.23, S. 3, s. 374. Ayrıca bkz. Dohyun Kim, "The Annulment Committee's Role In Multiplying Inconsistency In İcsid Arbitration: The Need to Move Away From An Annulmentbased



Doktrinde 3,400'den fazla pek çok dilde ikili yatırım anlaşmasının mevcut olduğu düşünüldüğünde, anlaşmaların yorumlanmasında farklılıklar olabileceği için hakem kararlarında birtakım tutarsızlıklar olabileceği ifade edilmiştir.<sup>42</sup> ICSID Konvansiyonu veya UNCITRAL Tahkim Kuralları içtihat yaratılmasına ilişkin herhangi bir hüküm içermemekle birlikte, buna ilişkin bir mekanizma da bu kurallarda öngörülmemiştir. İchtihat oluşturulmasına ilişkin bir mekanizmanın kurulmasına ilişkin 2004 yılında ICSID sekreteryasınınca bir teklif hazırlanmış olup, bu teklif yabancı yatırımcıların tâbi olduğu ev sahibi devletler tarafından onay görmemiştir.<sup>43</sup>

### 1. Yatırım Hukukunda Teamül Kuralları

Kaufmann - Kohler'e göre, yatırım tahkimi kararlarındaki tutarsızlığın önüne geçilebilmesi için, İngiliz hukukuna hâkim olan teamül hukuku sisteminin benimsenmesi gereklidir.<sup>44</sup> Buna göre, "teamül" ve "uygulamalar" (*usage and practices*) Anglo- Amerikan hukuk sisteminde geçerli olup, mahkemelerin karar verirken eldeki uyuşmazlığa benzer önceki mahkeme kararlarını dikkate alması anlamına gelmektedir.<sup>45</sup> Bu durumda sebebi ve konusu aynı önceki hakem kararı bağlayıcı hale gelecektir. Aynı doktrin Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 59. Maddesinde de benimsenmiş olup, Uluslararası Adalet Divanı kararlarında bu doktrine başvurulduğu görülmektedir. Bunun yanı sıra, ICSID kararları incelendiğinde de önceki mahkeme kararlarının bağlayıcı olmadığı fakat, uyuşmazlığın yorumlanmasında büyük bir

---

System", *New York Law Review* 2011, Vol.86, S.42, s.255.

<sup>42</sup> Susan D. Franck, "The Legitimacy Crisis in Inv The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions", *Fordham Law Review* 2005, Vol.75, S.4, s. 1545.

<sup>43</sup> International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID Secretariat Discussion Paper, Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration, 16. 12.10.2004 < <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf> > Erişim: 08.02.20.

<sup>44</sup> Gabrielle Kaufman - Kohler, "Arbitral Precedent: Dream, Necessity of Excuse? - The 2006 Freshfield Lecture", *Arbitration International*, 2007 C.23 S.3, s. 358.

<sup>45</sup> Galina B. Vlasova, Maria V.Kicha, Nikolay V. Saraev, Alla R. Shvanderova, Genady S. Pratsko, Valery K. Tsechoev, "Contemporary Lawmaking in Anglo Saxon Law: Problems and Prospects", *International Journal of Economics and Business Administration*, VIII, S. 4, 2020, s.. 784.

katkısı olacağı ifade edilmiştir. Örneğin *Amco v. Indonesia*<sup>46</sup> kararında hakem heyeti Anglo-Sakson hukuk sisteminde geçerli olan teamül hukuku sisteminin benimsenmesi ile birlikte, yatırım uyuşmazlıklarının çözüm yollarındaki meşruiyet sorununun çözüleceği üzerinde durmuştur.<sup>47</sup>

Uluslararası örf ve âdet hukukundan kaynaklanan bazı ilkeler uluslararası yatırım hukuku alanında da yer almaktadır. Doktrinde örf adet hukukundan kaynaklanan ilkelere örnek olarak ev sahibi devletlerin yabancı yatırımcılara sağlaması gereken asgari muamele standartları verilmiştir.<sup>48</sup> Örneğin belirli koşullar gerçekleşmedikçe ev sahibi devletin yatırımı kamulaştıramaması başka bir deyişle kamulaştırma standartları,<sup>49</sup> kamulaştırma halinde tazminata ödenmesi yükümlülüğü<sup>50</sup>, hukuka aykırı kamulaştırmada tam tazminat ödenmesi,<sup>51</sup> Uluslararası Hukuk Derneğinin taslak kuralları<sup>52</sup> örf adet hukuku kaynaklı ilkelerin bazılarıdır. Örf ve âdet hukukunun, uluslararası hukuk alanında olduğu gibi uluslararası yatırım hukuku alanında devletlere birtakım yükümlülükler yüklemektedir. Örneğin, yatırımcılar korsanlık, savaş suçları, köle ticareti, soykırım gibi birtakım suçlardan yargılanabilmektedirler.<sup>53</sup> Ancak belirtilmelidir ki güncel hali ile yatırım hukuku kapsamında hiçbir uluslararası örf ve âdet kuralı yatırımcılara yükümlülük yükleyecek nitelikte değildir. Bu noktada iki taraflı yatırım

<sup>46</sup> *Amco v. Indonesia*, ICSID ARB/81/1, 1990, paragraf 121.

<sup>47</sup> August Reinish, "The Proliferation of International Dispute Settlement Mechanisms: The Threat of Fragmentation vs. the Promise of a More Effective System? Some Reflections From the Perspective of Investment Arbitration" Buffard/Crawford/Pellet/Wittich (edt.) *International Law Between Universalism and Fragmentation* 2008, C.107, s.123.

<sup>48</sup> H. Zeynep Nalçacıoğlu Erden, "Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma", İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 32.

<sup>49</sup> Patrick Dumberry, "Are BITs Representing the "New" Customary International Law in International Investment Law", *Penn State International Law Review*, C. 28 S. 4 2010, s. 680.

<sup>50</sup> Nalçacıoğlu, Erden (Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma), s.154.

<sup>51</sup> Giray, Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler, 2. bs., İstanbul 2013, s. 147.

<sup>52</sup> Internationaonal Law Association, ILA Committee Rules & Guidelines, 25.04.21 <[https://www.ila-hq.org/images/ILA/docs/committee\\_rules\\_and\\_guidelines\\_2015\\_as\\_adopted\\_by\\_ec\\_25\\_april\\_2015\\_-\\_web\\_version.pdf](https://www.ila-hq.org/images/ILA/docs/committee_rules_and_guidelines_2015_as_adopted_by_ec_25_april_2015_-_web_version.pdf)> Erişim: 16.05.21.

<sup>53</sup> Jordan Paust, Non State Actor Participation in International Law and the Pretense of Exclusion, *Virgiana Journal of International Law*, C. 51, S.4, 2011, s.97.

anlaşmalarının ev sahibi devlet hukukuna uygunluk şartının niteliği bakımından uluslararası örf adet kuralı olup olmadığı tartışılmıştır. Shaw'a göre, birçok iki taraflı yatırım anlaşmasının benzer kuralı içermesi, o kuralın örf ve âdet hukuku kuralı olduğunun delili olabilir.<sup>54</sup> Currie'ye göre ise ev sahibi devletin hukukuna uygunluk şartı pek çok iki taraflı yatırım anlaşmasında yer almaktadır, bu kapsamda bağlayıcı niteliğe sahip olmalıdırlar.<sup>55</sup> Bu kapsamda yukarıda belirtilen teamül kuralları bağlayıcı karaktere sahip olup, uyuşmazlıkların çözümünde dikkate alınmalıdır kanaatindeyiz.

## 2. Yatırım Hukukunda Hukukun Genel İlkeleri

Teamüller ile birlikte bir de yatırım hukukunda benimsenen hukukun genel ilkelerine değinmek gerekecektir. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün. 38. maddesine "uygar uluslarca kabul edilen hukuk ilkeleri" bir kaynak olarak eklenmiştir. Dürüstlük kuralı (*good faith*) hukukun genel ilkelerinden biri olarak sayılmaktadır. Yatırım hukukunda dürüstlük kuralı, devletlerarası ilişkilerde uygulanmakla birlikte, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki ilişkide yatırımcının hukuka uygun davranma yükümlülüğünün bir gerekçesi olarak belirtilmektedir. *Phoneix v. Czech Republic*<sup>56</sup> kararında hakem kurulu tarafından ICSID tahkiminin yatırımlar için sağladığı korumanın, dürüstlük kuralı ile bağdaşır biçimde yapılmayan yatırımları kapsamadığı sonucuna varılmıştır. Başka bir deyişle, uluslararası yatırım hukukunun amacı yalnızca dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeyen, hukuka uygun yatırımları korumaktır. Ev sahibi devletler kendi hukuklarına aykırı biçimde ifa edilmiş yatırımlar için yatırımcılara ICSID uyuşmazlık çözüm mekanizmasına erişim imkânı sunmuş sayılmazlar. Yine *Hamaster v. Ghana*<sup>57</sup> davasında, hakem kurulu eğer bir yatırım dürüstlük kuralının ihlaliyle, yolsuzluk, hile ve dolandırıcılık vasıtasıyla oluşturulmuşsa bu yatırımın korunmayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Buna paralel olarak ev sahibi devlet hukuku ihlal edilerek yapılmış yatırım-

<sup>54</sup> Shaw, Malcolm N.: s. 97-98.

<sup>55</sup> Currie John H., *Public International Law*, Toronto, Irwin Law Inc., 2008, s. 188.

<sup>56</sup> *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15.04.2009.

<sup>57</sup> *Gustav F W Hamster GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 15.06.21.

lar da bu korumadan yararlanamayacaklardır. Hakem kuruluna göre bu ilkeler iki taraflı yatırım anlaşmalarından bağımsız olarak mevcut olan genel ilkelerdir.<sup>58</sup>

Aynı şekilde *Inceysa v. El Salvador*<sup>59</sup> davasında hakem kurulu, iki taraflı yatırım anlaşmasında tahkime uygulanacak hukuk olarak hukukun genel ilkelerine yapılan atıftan yola çıkarak, yatırımın hukuka aykırılığını hukukun genel ilkelerine aykırılık kapsamında değerlendirmiştir. Hakem kurulu kararına göre, yatırımın hukuka aykırı olması ve bu konuda yatırımcılara suç isnat edilmesi *nemo auditur propiam turpitudinem allegans* (kimse kendisi için ayıp teşkil eden bir fiile isnat edemez) ilkesine aykırıdır. Bu ilkeyle bağlantılı olarak *ex dolo malo non oritur actio* (hileden dava hakkı doğmaz), *malitiis nos est indulgendum* (kötü niyetli davranışlara müsamaha olmamalıdır), *dolos suos neminem relevat* (kimse kendi hilesinden muaf tutulamaz), *in universon autum haec in ea re regula sequenda est, ut dolos omnimodo puniatur* (kural olarak hile her zaman cezalandırılmalıdır), *unusquique doli sui poenam sufferat* (herkes hilesinin cezasına katlanmalıdır.), *nemini dolos suosprodesse debet* (kimse kendi hilesinden faydalanmamalıdır.) göz önünde bulundurulması gereken diğer prensiplerdir.<sup>60</sup>

*Plama v. Bulgaria*<sup>61</sup> davasında da *Inceysa v. El Salvador* davasında yapılan açıklamalara atıf yapılmış ve gerçeğe aykırı beyanlarla elde edildiği kanaatine varılan yatırımın korunmasının "*nemo auditur propiam turpitudinem allegans*" ilkesine aykırılık teşkil edeceği sonucuna ulaşılmıştır. Hakem kuruluna göre, yatırım özelinde bu ilke yatırımcının, hukuka aykırı davranışın icra edilmesi neticesinde meydana gelen yatırımdan kar veya menfaat elde edilmesini yasaklamaktadır.<sup>62</sup> Kanaatimizce, uluslararası yatırım koruma mekanizmasının amacı yalnızca dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeyen, hukuka uygun yatırımları korumak olmalıdır.

Yatırım tahkiminde teamüllerin benimsenmesi iki durum bakımından zorluk gösterecektir. Ev sahibi devlet veya yatırımcının tâbi

<sup>58</sup> Hamester v. Ghana, para. 123-124.

<sup>59</sup> Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26.

<sup>60</sup> Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador, para. 240.

<sup>61</sup> Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24.

<sup>62</sup> Plama v. Bulgaria, para. 141-143.

olduğu devletlerden biri kıta Avrupası hukuku diğeri ise Anglo Amerikan hukuku sistemini benimseyen ülkeler ise, hukuk sistemleri farklılıklar arz ettiğinden bazı zorluklar yaşanabilecektir. Bunun yanı sıra, her hakem heyeti özerk ve bağımsız olduğundan hiçbir hakem heyeti diğerk hakem heyetlerinin vermiş olduğu kararla bağılı olmayacağından, bu doktrin her durumda geçerli olmayabilecektir. Yatırım uyuşmazlıklarının çözüm yolları bakımından tek çatı altında toplanan çok taraflı bir mahkemenin kurulması, kararlar arasında bütünlüğü sağlayacaktır.

### 3.Yatırım Uyuşmazlıklarında Hakem Kararları

Bu kapsamda metodoloji açısından, uluslararası yatırım tahkiminde yapısal reformların gerekliliğini tartışmadan önce yatırım tahkimi açısından kararlara bakıldığında kararlarda benimsenen belirli bir sistemin var olup olmadığı incelenmesi gereklidir. Doktrinde genel olarak hakem kararları arasındaki tutarsızlıklar iki temel nedene bağlanmıştır.<sup>63</sup> Birinci olarak, ikili veya çok taraflı yatırım anlaşması hükümlerinin yorumlanması ve uygulanması bakımından tutarsızlıklar mevcuttur. İkinci olarak ise, söz konusu ikili yatırım anlaşmalarında veya çok taraflı yatırım anlaşmalarındaki hükümlere dayanılarak verilen aynı konuya ilişkin fakat birbirinden bağımsız hakem kararları yer almaktadır. İlk duruma örnek olarak, *CMS. v. Argentina*<sup>64</sup> kararında Arjantin ve A.B.D. arasındaki ikili yatırım anlaşmasının on birinci maddesinin yorumu bakımından çelişkiler ortaya çıkmıştır. İkili yatırım anlaşmasının kamulaştırma ve tam koruma ve güvenlik ilkesine ilişkin hükmünün ev sahibi devletin tüm eylemleri bakımından geçerli olup olmayacağına ilişkin yorum farklılıkları mevcuttur. Arjantin hükümeti, ikili yatırım anlaşmasındaki bu hükmün ekonomik kriz oluştuğundaki hükümet eylemlerini kapsamadığını ileri sürmüştür. Ev sahibi devlet olan Arjantin hükümeti tazminat ödemekle yükümlü tutulmamıştır. Aynı şekilde *Continental Casualty Company v. Argenti-*

<sup>63</sup> Calamita N. Jansen, "The (In)Compatibility of Appellate Mechanisms with Existing Instruments of the Investment Treaty Regime", Forthcoming Journal of World Investment & Trade, 2017, s.2 < [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2945881](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2945881) > Erişim: 09.02.20.

<sup>64</sup> CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No ARB/01/8, Award (12 May 2005).

*na*<sup>65</sup>, *LG&E v. Argentina*<sup>66</sup>, *Enron v. Argentina*<sup>67</sup> ve *Sempra v. Argentina*<sup>68</sup> davaları da ikili yatırım anlaşmasında bu hükmün yorumlanmasına ilişkin olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklardır. *LG&E v. Argentina*, *Enron v. Argentina* ile *Sempra v. Argentina* davalarında farklı bir sonuca ulaşılarak, hakem heyeti ev sahibi devlet Arjantin hükümetinin ekonomik kriz durumunda oluşunu zaruri bir hal olarak görmemiştir.<sup>69</sup>

Çelişkili hakem heyeti kararları çok aşamalı uyuşmazlık çözüm yöntemleri bakımından da ortaya çıkmıştır. Taraflar arasında akdedilen anlaşmada veya milletlerarası yatırım anlaşmasında yer alan uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümü iradesini ortaya koyan kayıtlar bazen tahkim yargılaması öncesine ilişkin ön aşamalar içerebilmektedir.<sup>70</sup> Bunlar dostane çözüm yollarını denemek, iç hukukta öngörülen uyuşmazlık çözüm yollarının tüketilmesi veya belirli bir sürenin geçmesi gibi aşamalıdır. Bu konuda, ICSID divanında Türk yatırımcıların Türkmenistan'a karşı açtığı iki davada verilmiş olan üç ayrı hakem kararı mevcuttur. Söz konusu hakem kararlarında, Türkiye ile Türkmenistan arasındaki ikili yatırım anlaşmasının 7. maddesinin 2. fıkrasında<sup>71</sup> yer alan uyuşmazlık çözümüne ilişkin aynı hüküm<sup>72</sup> farklı yorumlanmış ve sonuçta zıt yönde kararlar ortaya çıkmıştır.

<sup>65</sup> Continental Casualty Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No ARB/03/9, Award (5 September 2008).

<sup>66</sup> LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. The Argentine Republic, ICSID Case No ARB/02/1. Award (3 October 2006).

<sup>67</sup> Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic, ICSID Case No ARB/01/3, Award (22 May 2007).

<sup>68</sup> Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No ARB/02/16, Award (28 September 2007).

<sup>69</sup> LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. The Argentine Republic, ICSID Case No ARB/02/1. Award (3 October 2006), para. n.44; Zarrar, Giovanni: The Issue of Incoherence in Investment Arbitration: Is There Need for a Systemic Reform? Chinese Journal of International Law 2018, s.152.

<sup>70</sup> Bilgin Tiryakioğlu, Yatırım Tahkiminde (Uyuşmazlık Çözüm Kayıtları Kapsamında) Yetki ve Kabul Edilebilirlik, Tahkim Anlaşması, İstanbul 2020, (Editörler: Özdemir Kocasakal, H./Balkar, S.). Ayrıca bkz. Bilgin Tiryakioğlu, Yatırımlar ve Uluslararası Tahkim Arasındaki İlişki: ICSID Tahkimi, Uluslararası Ekonomi ve Dış Ticaret Politikaları 1(2), 2007.

<sup>71</sup> Türkiye Cumhuriyeti ile Türkmenistan arasında 13 Mart 1997'de akdedilen Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Hakkında Anlaşma. Anlaşmanın orijinal metni için bkz. < <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4785/download> > Erişim: 21.02.20.

<sup>72</sup> "Bu ihtilafların, yukarıda 1 inci paragrafta belirtilen yazılı bildirim tarihinden itibaren altı ay içinde çözüme kavuşturulamaması halinde, yatırımcının ihtilaf konusu ev sahibi Tarafın usul ve yasalarına göre adli mahkemesine götürmüş olması

İçkale v. Türkmenistan<sup>73</sup> davasında Türkiye ile Türkmenistan arasında akdedilen iki taraflı yatırım anlaşmasının 7. Maddesine göre taraf devletler, yatırım tahkimine ilişkin rızalarını ortaya koymuşlardır. Davacı yatırımcı, Türkmenistan devletinin 2004 yılında Türkmenistan’da şube açtığını, 2009 yılına kadar Türkmenistan Devleti ile 13 adet yatırım işi sözleşmesi akdettiğini, Türkmenistan’ın ödemeleri geciktirdiğini, işin kapsamını ek ücret ödemeksizin genişlettiğini, haksız cezalar uygulandığını, makine ve teçizatına hukuka aykırı olarak el konduğunu iddia etmiştir. Davalı Türkmenistan hükümeti ise, ICSID başvurusundan önce yerel mahkemede dava açılması gerektiğini, davacının yatırım niteliğinde bir iş icra etmediğini ileri sürülen taleplerin sözleşmesel olduğunu, kaldı ki İçkale’nin sözleşmesel yükümlülüklerini gereği gibi ifa etmediğini ileri sürmüştür. Hakem heyetinin yetkili olduğunu, BIT kapsamında İçkale’nin yatırım yaptığını, bununla birlikte talepler dayanaktan yoksun olduğu için reddine karar verilmesi gerektiği kanaatine ulaşmıştır. İçkale, 1 milyon 747 bin USD yargılama gideri ödemeye mahkûm edilmiştir. Davalı Türkmenistan devletinin temel iddiasına göre, iki taraflı yatırım anlaşmasının ilgili hükmüne göre ICSID’e başvurmadan önce, Türkmenistan yerel mahkemelerinde dava açılması bir ön şarttır. Hakem heyetine göre bu görüş farklılığının sebebi; maddenin İngilizce versiyonunun açık kaleme alınmamasından, İngilizce versiyonda Anlaşmanın Rusça ve İngilizce olarak iki orijinal nüsha; Rusça versiyonunda Türkçe, Türkmence, Rusça, İngilizce olarak iki nüsha yapıldığının belirtilmesidir<sup>74</sup>. Türkmenistan ile akdedilen iki taraflı yatırım anlaşmasının 7. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen yerel mahkemelere başvuru şartının, yargı yetkisi meselesi

---

ve bir yıl içinde karar verilmemiş olması kaydıyla, söz konusu ihtilaf, yatırımcının kararına göre aşağıda belirtilen Uluslararası Yargı Makamlarına sunulabilir.

a) Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım İhtilaflarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme uyarınca kurulmuş Uluslararası Yatırım İhtilafları Çözüm Merkezi (ICSID) (her iki Taraf da bu Sözleşmeyi imzalamış ise);

b) Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL)’nın Hakemlik Kuralları uyarınca, bu amaçla kurulacak bir hakem mahkemesi (her iki Taraf da Birleşmiş Milletlere üye ise);

c) Paris Uluslararası Ticaret Odasının Hakem Mahkemesi”. Ayrıca bkz. Safran, Victoria L., Kılıç ve Sehil Kararları: Birkaç Dilde Yazılmış Antlaşmalardaki Uyuşmazlık Çözümü Kayıtlarının Çözümlemesi, *International Arbitration Law Review*, 2015, S.5, s. 106.

<sup>73</sup> İçkale İnşaat Ltd. Şti. v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/10/24, para. 4.

<sup>74</sup> İçkale İnşaat Ltd. Şti. v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/10/24, para. 113.

mi (*jurisdictional issue*) yoksa, kabul edilebilirlik meselesi (*admissibility issue*) mi olduğu tartışılmıştır. Hakem heyeti bu sorunun kabul edilebilirlik açısından bir aykırılık oluşturduğuna kanaat getirmiş, hakem heyetinin yetkisinin mevcut olduğuna karar vermiştir.

*Kılıç v. Türkmenistan*<sup>75</sup> davasında, yine ikili yatırım anlaşmasında yer alan uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümde yer alan, yukarıda bahsi geçen yerel mahkemelere başvuru şartının seçimlik bir hak olup olmadığı tartışılmıştır. Yatırımcının uyuşmazlığın çözümü konusunda yerel mahkeme veya tahkim yargılamasına başvurmasının iki taraflı yatırım anlaşmasının ilgili maddesinin lafzi yorumu uyarınca bu kaydın şart olduğuna ve bu hususun yetkiye ilişkin bir mesele olduğuna kanaat getirmiştir. Çelişkinin sebebi, hakem kararlarında görüş farklılıklarından ziyade anlaşma hükmünün yanlış yazılmış olmasıdır. Görüldüğü üzere çelişkili hakem kararları, ilgili ikili yatırım anlaşmasına dayanarak yatırımcıların hak arama yoluna başvurmaları noktasında büyük belirsizlikler yaratmaktadır.

Özetle bu dava yatırımcının ev sahibi devlet mahkemesine başvurusu aşaması zorunlu bir aşama olarak değerlendirilirken, *Muhammet Çap v. Türkmenistan*<sup>76</sup> davasında yerel mahkemeye başvuru yatırımcıya sunulan seçimlik bir hak olarak yorumlanmıştır. Şöyle ki *Muhammet Çap v. Türkmenistan* davasında, hakem heyeti bu meseleyi yetki bakımından değerlendirmiş ancak bu kaydın bir seçimlik hak doğurduğu, yerel mahkemeye başvurulduğu taktirde 1 yıl içinde hüküm verilmesi durumunda tarafların tahkim usulüne başvurabilecekleri sonucuna varmıştır. Görüldüğü üzere, aynı iki taraflı yatırım anlaşmasının hükmünde farklı ve birbirinden bağımsız hakem kararları mevcuttur. Bu bakımdan iki taraflı yatırım anlaşmalarında yer alan uyuşmazlık çözüm yöntemi klozlarının dili açık ve yoruma mahal bırakmayacak şekilde kaleme alınmalıdır.

Prof. Schreuer'in önerisine göre, hakem kararları bakımından tutarlılığın sağlanabilmesi için Avrupa Birliği hukukunda benimlenen Birlik içindeki yerel mahkemelerde görülen ön karar usulü örnek

<sup>75</sup> Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Türkmenistan, IC-SID Dava No. ARB/10/1.

<sup>76</sup> Muhammet Çap & Sehil İnşaat Ltd. vs. Türkmenistan, ICSID Case No. ARB/12/6.



alınmalıdır.<sup>77</sup> Ön karar usulü gereğince ilk aşamada hakem kararları esasa girilmeksizin usulden incelenecektir. Bu sisteme göre, yerel mahkeme davayı görmeden önce, uyuşmazlık konusu aynı olan diğer mahkeme kararlarını incelemek zorundadır. Örneğin Avrupa Birliği Kurucu Anlaşması'nın 234. maddesinde Avrupa topluluğu hukuku ile ilgili kuralların yorumlanmasında herhangi bir uyuşmazlık çıkması halinde, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın karar verirken yerel mahkeme kararlarını da dikkate alması gerektiği hüküm altına alınmıştır.<sup>78</sup> Aynı şekilde yerel mahkemeler de karar verirken Adalet Divanı kararlarını dikkate almak zorundadırlar. İşte Avrupa Birliğinde mahkeme kararlardaki tutarlılık bu mekanizma sayesinde korunmaktadır. Prof. Scheuer'e göre, Avrupa Birliği bakımından öngörülen bu sistem yatırım uyuşmazlıkları bakımından da geçerli olur ise birçok karar ilk aşamada usuli olarak inceleneceği için kararlar arasında sınıflandırma ilk aşamada yapılacak ve kararlar arasındaki uyum sağlanacaktır. Bu inceleme ise ön inceleme duruşmasında yapılabilecektir. Doktrinde savunulan başka bir öneriye göre, yatırım tahkimi uyuşmazlık çözüm yöntemleri bakımından *res judicata* (kesin hüküm etkisi doktrini) ilkesine de başvurulabilir.<sup>79</sup> Black's Law *Res Judicata* kavramını "bir yargı kararı ile kesin olarak çözümlenmiş uyuşmazlık" olarak tanımlamıştır.<sup>80</sup>

<sup>77</sup> Schreuer, Christoph, Preliminary Rulings in Investment Arbitration, Transnational Dispute Management 2008 < [https://www.univie.ac.at/intlaw/prel\\_rul\\_article.pdf](https://www.univie.ac.at/intlaw/prel_rul_article.pdf) > Erişim: 11.02.20.

<sup>78</sup> Christoph Schreuer, Preliminary Rulings in Investment Arbitration, Transnational Dispute Management 2008 < [https://www.univie.ac.at/intlaw/prel\\_rul\\_article.pdf](https://www.univie.ac.at/intlaw/prel_rul_article.pdf) > Erişim: 11.02.20, s. 3.

<sup>79</sup> Tarafları, sebebi ve konusu aynı olan bir davada taraflardan biri, kesin hüküm itirazı "l'exception de res judicata" olarak, tarafları, sebebi ve konusu aynı olan uyuşmazlıkla ilgili olarak, ilk hükmün kesin hüküm etkisine başvurulabilir. Ancak bu terim her durumda "kesin hüküm" terimini karşılayamamaktadır. Türk usul hukukunda bu nedenle "kesin hüküm" konusunda "şekli anlamda kesin hüküm" ve "maddi anlamda kesin hüküm" ayrımı yapılmaktadır. Ayrıca bkz. Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Medenî Usûl Hukuku, Ankara, 2005, s.828-828. Pekcanitez/Atalay/Özekes, Medenî Usûl Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s. 472-487.

<sup>80</sup> "An issue that has been definitively settled by judicial decision" (Bryan A. Garner (Ed.), Black's Law Dictionary, St. Paul, Minn., West Group, Yedinci Baskı, 1999, s.1312. Ayrıca bkz. Kemal Gözler, *Res Judicata'nın Türkçesi Üzerine*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2007, C. 56, S.2, s. 47.

*Res Judicata* ilkesi Roma hukukunda doğmuş bir ilke olup, üç amacı gerçekleştirmeyi hedeflemektedir. İlk olarak, ilke mevcut hukuki uyuşmazlığı sona erdirmeyi amaçlamaktadır. Bunun yanı sıra, tarafları, sebebi ve konusu aynı olan uyuşmazlıkların tekrar görülmesini önlemektedir. Son olarak ise, ilke aynı olgu ve niteliklere dayanan uyuşmazlıklarda farklı sonuçlara varma olasılığını önleyerek yasal bir açıklığın doğmamasını hedeflemektedir.<sup>81</sup> Yatırım uyuşmazlıkları incelendiğinde hakem heyetinin bu ilkeye başvurduğu kararların da mevcut olduğu görülecektir. Örneğin *CME*<sup>82</sup> ve *Lauder*<sup>83</sup> davalarında hakem heyetleri kararlar arasındaki tutarsızlığın önlenmesi için *Res Judicata* doktrinine başvurmuş olup, tutarsız kararların bu yolla önlenileceği sonucuna varmışlardır. Bunun yanı sıra, doktrinde öne sürülen bu görüşün de önünde bazı engeller mevcuttur. İlk olarak, bu ilkeye başvurulabilmesi için tarafları ve konusu aynı iki uyuşmazlık mevcut olmalıdır. Yatırım uyuşmazlıklarında yatırımcı taraf aynı olsa bile farklı ticaret unvanına sahip olabileceğinden, bu ihtimalin her durumda gerçekleşmesi zordur. Nitekim yatırımcı şirket şirketler topluluğu oluşturarak, yavru şirket adına dava açabilir. Örneğin *Gauff v. Tanzania*<sup>84</sup> davasında Biwater Gauff Tanzania (BGT)<sup>85</sup> Joint Venture ortaklığı Dünya Bankasının Dar es Salam şehrindeki su sistemini yenilenmesi için bir kamu ihalesini kazanmıştır. Projenin devamı süresince 18 aylık süre boyunca, BGT birtakım ekonomik zorluklar ile karşılaşmıştır. Tanzanya hükümeti gecikme nedeni ile BGT ortaklığından zararın tazminini talep etmiştir.<sup>86</sup> BGT ortaklığı ise Tanzanya hükümetinin bu eyleminden dolayı zarar görmüş olduğu için ICSID Tahkim Merkezinde dava açmıştır.<sup>87</sup> BGT aynı zamanda yavru şirketi konumunda bulunan Dawasco şirketi adına UNCITRAL Tahkim Kurallarına göre ayrı bir tahkim yargılamasına da başvurmuştur. 2007 yı-

<sup>81</sup> August Reinisch, The use and limits of res judicata and lis pendens as procedural tools to avoid conflicting dispute settlement outcomes, *Law & Practice of International Courts & Tribunals*, C.3, S. 1, s. 43.

<sup>82</sup> *CME Czech Republic BV v. The Czech Republic* 9 ICSID Reports Partial Award, 13.9.2001.

<sup>83</sup> *Lauder v. The Czech Republic*, 9 ICSID Reports 66, 3.9.2001.

<sup>84</sup> *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, 2008, Final award.

<sup>85</sup> Kısaca "BGT" olarak anılacaktır.

<sup>86</sup> *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v. United Republic of Tanzania*, Para 15.

<sup>87</sup> *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v. United Republic of Tanzania*, Para 476.

ında UNCITRAL Tahkim Kurallarına göre açılan tahkim davasındaki yargılamada, hakem heyeti BGT'nin talebini reddetmiştir. Bir yıl sonra ICSID hakem heyeti ise aynı uyuşmazlığa ilişkin olarak açılan davada Tanzanya hükümetinin iki taraflı yatırım anlaşmasını ihlal etmiş olduğuna karar vermiştir. Sonuç olarak, *res judicata* ve *lis pendens* ilkelerine başvurmak her durumda uyuşmazlıkların çözümü bakımından bir kolaylık sağlamayacaktır.

Mevcut sistem bakımından farklı yargılama sistemine sahip birden çok tahkim örgütü yer aldığından paralel süreçlerin doğması engellenemeyecektir. Nitekim tahkim örgütü kurallarının hukuk sistemi içerisinde bir arada yer alması ve tüm kararların tek bir çatı altında toplanamaması da çelişkili hakem kararlarının ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bu kapsamda bu çalışmanın esas amacı olan yatırım mahkemelerinin kurulması hususu ve yeni sistem önerileri ikinci bölümde incelenecektir.

### C. Hatalı Hakem Kararlarının Düzeltilmesindeki Zorluk

Uyuşmazlık çözümü için yatırım tahkimine başvuran taraflar yapılan yargılama sonucunda hakem heyetleri tarafından verilen kararın adaletsiz veya hatalı olduğu, doğru kuralların uygulanmadığı ya da kararın usulüne uygun verilmemesi nedeniyle karardan memnun kalmayabilmektedirler. Uluslararası tahkim alanında hakem kararlarının nihai olarak verilmesinden sonra iptal edilebilmesi ancak belirli nedenlerin varlığı halinde yetkili mahkeme tarafından mümkün olabilmektedir. Yatırım tahkiminde temyiz mekanizmasının mevcut olmaması, yargılama sonucunda çelişkili kararların doğmasına neden olmaktadır. ICSID nezdinde yapılan yargılamalarda hakemler tarafından verilen nihai kararlara karşı farklı hukuki yollar öngörülmüş olup, bu hukuki yollar vesilesiyle tarafların hak ve çıkarlarının korunması sağlanmaya çalışılmıştır.<sup>88</sup>

Konvansiyon kapsamında taraflara kararın yorumu, düzeltilmesi ve iptali yolları tanınmıştır. Yine Konvansiyonun 49. maddesine göre kararın tashihi ve ek karar mekanizması olanağı tanınmıştır. Diğer tahkim kurumlarından farklı olarak, ICSID hakem kararlarına karşı yerel

<sup>88</sup> Schreuer/Dolzer, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2008, s. 903.

kanun yoluna başvurulamaz. ICSID Konvansiyonunun 53. maddesine göre, hakem heyetlerince verilen kararların bağlayıcı olması kural olup, kararın daha üst bir makamca incelenmesi söz konusu değildir.<sup>89</sup> Başka bir deyişle ICSID hakem kararlarına karşı yerel mahkemede iptal davası açılması mümkün olmamakla birlikte, bu kararların iptalinin yine Konvansiyon kapsamında istenebileceği sonucuna varılacaktır.

Yatırım tahkiminde iptal mekanizması hakem kararlarının usuli konularda incelenmesine ilişkin olup, tarafların uyuşmazlığın esasına ilişkin yeni iddialar ortaya atabileceği ya da yargılamada öne sürülmemiş bir delil ileri sürülebilecek bir başvuru mercii değildir.<sup>90</sup> *Ad hoc* komite tarafından yapılan iptal incelemesi Konvansiyonun 52. maddesinde sınırlı sayılan nedenlerle yapılacaktır. Bu sınırlı nedenler ise, ICSID Konvansiyonunun 52. maddesine göre hakem heyetlerinin usulsüz bir şekilde oluşturulması, hakem heyetlerinin yetkilerini açık bir şekilde aşmış olmaları, hakemlerin rüşvet alması veya hakemlerin taraflardan bir yarar sağlamış olmaları, temel usul kurallarından ciddi derecede sapılmış olması, hakem kararının dayanağı kararın gerekçesinin gösterilmemiş olması durumlarında hakem kararlarının iptal edilmesi mümkündür. İptal istemine bakmak üzere yetkilendirilen *ad hoc* komitenin yetkisi sınırlı bir yetki olup, heyet yalnız maddede sayılan talepler ile ilgilenebilecektir.<sup>91</sup> Hakem kararları incelendiğinde maddenin yorumu bakımından geniş veya daraltıcı bir yorum yapıp yapılmaması gerektiği konusunda farklılıkların mevcut olduğu görülmektedir. Nitekim maddenin geniş veya dar yorumlanması *ad hoc* komitenin yetki aşımına sebep olabilecektir.<sup>92</sup> *Mine v. Guinea*<sup>93</sup> davasında hakem kararlarının iptali bakımından heyetin takdir yetkisinin mevcut olduğu ancak bu yetkinin sınırsız olmadığı ve bu yetkinin iptal prosedürünün amacı ile çelişmeyecek şekilde aşılmaması gerektiği ifade edilmiştir.

<sup>89</sup> Bilgin Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Bürosu Yayınları, 2003, s. 153.

<sup>90</sup> Schreuer: Principles of International Investment Law, s. 914.

<sup>91</sup> Johan Billiet, International Investment Arbitration – A Practical Handbook, Canada, 2016, s.303.

<sup>92</sup> Konvansiyon metninin yorumlanmasına ilişkin değerlendirmeler için bkz. Schreuer, Principles of International Investment Law, s. 905.

<sup>93</sup> Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea, ICSID Case No. ARB/84/4.

ICSID dışındaki tahkim mekanizmaları bakımından ise yukarıda anlatılan ICSID Konvansiyonunda öngörülen usule benzer usullerin benimsenmiş olduğu görülmektedir. Ayrıca milli mevzuat açısından yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar bakımından Mülga HUMK hükümleri uyarınca hakem kararlarına karşı başvurulabilecek kanun yolu temyiz iken, MTK hükümlerine göre hakem kararlarına karşı başvurulabilecek kanun yolu iptal davasıdır.

Pek çok tahkim yargılamasında hakem kararlarının iptali, yerel mahkemelere başvurulmadan kararın aynı heyet tarafından incelenmesi veya bir üst merci tarafından incelenmesi yolu ile öngörülmektedir.<sup>94</sup> Hakem heyetlerince verilen kararların nihai olduğu, başka bir deyişle hakemlerin kararı vermiş olmakla yargılamadan elini çektiği kabul edilmektedir. Ancak bazı durumlarda eksikliklerin mevcut olması mümkündür, bu gibi durumlarda pek çok tahkim kuralı yerel mahkemede dava açılmasına ek olarak kararı yeniden gözden geçirme hakkı tanımaktadır. ICC Tahkim Kurallarında iptal prosedürü yer almamakla birlikte, hakem kararlarına karşı başvuru yolu olarak kararların düzeltilmesi ve kararın yorumu yolları da öngörülmüştür.<sup>95</sup>

Bir diğer açıdan yatırım tahkimi ve ticari tahkimde temyiz yolunun öngörülmemiş olması yatırım uyuşmazlıklarının çözümü bakımından bir avantaj sağladığı da bir gerçektir. Doktrinde temyiz mekanizmasının öngörülmemiş olmasının yargılamayı hızlandıran bir neden ol-

<sup>94</sup> Aslı Bayata Canyaş, UNCITRAL Model Kanunu Temelinde Uluslararası Hakem Kararlarına Karşı Başvuru Yolu, Ankara, 2016, s. 17.

<sup>95</sup> Buna göre, ICC Tahkim Kurallarının 36. maddesine göre hakemlerin vermiş oldukları kararları düzeltme hakları vardır. Ancak bu düzeltmenin kararın verilmesinden itibaren 30 gün içinde yapılması ve Divana bildirilmesi gereklidir. Karar düzeltme yolu ile ise karardaki hesap ve yazım hataları düzeltilmektedir. Kararın yorumlanması ise, kararda yer alan muğlak ifadelerin açıklanması, çelişkili hükümlerin giderilmesi için başvuru olan bir yöntemdir. Stockholm Chamber of Commerce Tahkim Kurallarında ICC'den farklı olarak sadece ek karar talep etme hakkı tanınmıştır. SCC Tahkim Kurallarının 48. Maddesine göre, heyete sunulmuş olmasına karşın heyet tarafından çözüme kavuşturulmamış bir husus var ise, bu durumda taraflar kararın verilmesini izleyen 30 gün içinde heyetten ek karar verilmesini talep edebileceklerdir. UNCITRAL Model Kanununda da kararın düzeltilmesi, yorumlanması ve ek karar verilmesi müesseselerine yer verilmiştir. Kuralların 33. maddesine göre, taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa otuz gün içinde, taraflar karardaki yazım veya hesap hatalarının giderilmesi, kararın anlaşılmayan kısımlarının yorumlanmasını isteyebilirler.

duğu ifade edilmiştir.<sup>96</sup> Bir diğer yönden ise, yatırım tahkimi sonucu hükmedilen tazminat meblağı çok yüksek olduğundan, hükmün temyiz sürecinde tekrar gözden geçirilecek olması hukuki güvenilirliği artıracaktır. Nitekim tazminat bedeli bir devletin gayri safi hasılasının çok üstünde olduğuyargılamalar da mevcuttur.<sup>97</sup> Bu bakımdan değerlendirildiğinde ikili veya çok taraflı yatırım anlaşmalarında yer alan tahkim anlaşmalarının asimetrik tahkim klozlarına<sup>98</sup> benzer bir yapı oluşturduğuysonucuna varılacaktır.

Yukarıda incelendiği üzere tahkim yargılaması sonucunda verilen kararların iptal prosedürüne tabi olması, temyiz incelemesine göre farklılıklar arz etmektedir. Doktrinde hakem kararlarına karşı tek kanun yolunun iptal prosedürü olarak öngörülmesinin, temyiz hakem kararlarının bağlayıcılığını ortadan kaldırması nedeniyle tercih edilmemesi olduğuyileri sürülmüştür.<sup>99</sup> Buna göre iptal müessesesinin kabul edilmesinin nedeni, hakem kararlarına karşı başvurulacak yolların taraflarca kötüye kullanılmasının engellenmesi, bu kararlara karşı başvuru yollarının azaltılması ve mahkemelerin hakem kararlarının özüne dokunmamasını sağlamasıdır.<sup>100</sup> Nitekim bu görüşe göre, iptal davası dışında kalan temyiz mekanizması tahkimin tarafların iradesine dayalı olması prensibini göz ardı edecek ve kurumun varlığını ortadan kaldıracaktır.<sup>101</sup> Ancak belirtilmelidir ki, yerel mahkeme süreci ve usul prosedüründen farklı olarak tahkim yargılamasında kararları denetleyen üst bir yargı mekanizmasının mevcut olmaması, aynı konuda

<sup>96</sup> Dr. Margie-Lys Jaime, Could an Appellate Review Mechanism “Fix” the ISDS System?Kluwer Arbitration Blog, 11.02.21 < <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/02/11/could-an-appellate-review-mechanism-fix-the-isds-system/> > Erişim: 3.8.21.

<sup>97</sup> Bkz. Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, PCA Case No. 2005-04/AA 227.

<sup>98</sup> Tahkim sözleşmelerinin taraflara eşit hak ve yükümlülükleri yüklemesi bir kuraldır. Ancak bazı durumlarda tarafların tahkim sözleşmesinde bu eşitlik halini bozduğuygörülmektedir. Bu durumda taraflar arasındaki eşitlik bozulmuş olmaktadır. İşte taraflar arasındaki eşitlik bozulduğuy zaman, tahkim sözleşmesi asimetrik hale gelir. Bu tür klozlara ise “asimetrik tahkim klozu” denir. Bkz. Süleyman Yılmaz, Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmelerinin Geçerliliği, Asimetrik ve Patolojik Tahkim, *Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi*, C.69, S.3, 2020, s. 1482.

<sup>99</sup> Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, 2. Baskı, 2007, s.191.

<sup>100</sup> Aslı Bayata Canyaş, UNCITRAL Model Kanunu Temelinde Uluslararası Hakem Kararlarına Karşı Başvuru Yolu, s.3.

<sup>101</sup> Selçuk Seyhan, Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Hakem Kararlarının İcrası, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*,2019, S.140, s. 116.

farklı kararların doğabilmesine neden olmaktadır. Yukarıda belirtildiği gibi iptal prosedürü ile esasa girilmeksizin usulden bir inceleme yapılmakta olup, bu husus kararlar arasında yeknesaklığın oluşmasına engel oluşturmaktadır.

Yatırım anlaşmalarının aynı hükmü üzerinde uyuşmazlık benzer olmasına rağmen yorum farklılıkları söz konusu olabilmektedir. Örneğin, hakem kararlarında en ziyade mazhar millet kaydının kapsamının nasıl belirleneceği çeşitli açılardan ele alınmış, bu konu doktrinde pek çok bakımdan tartışmalara neden olmuştur. Hakem kararlarında en ziyade mazhar millet kaydının ICSID'e başvurulmasına imkân tanıyıp tanımadığı konusunda tartışmalar mevcuttur. Bazı kararlarda bu kayıt uyuşmazlıkların çözümü kaydının kapsamına dahil edilmezken<sup>102</sup>, yatırım hukuku bakımından önem arz eden *Maffezini*<sup>103</sup> ve *Siemens*<sup>104</sup> kararlarında aksine bir sonuca varılmıştır. Farklı durumlar karşısında bu soru olumlu ya da olumsuz cevaplar içeren hakem kararları ile çözümlenmeye çalışılmış, hakem kararlarında *Maffezini* kararında benimsenen görüş ile kaydın geniş yorumlanması esas alınmıştır.<sup>105</sup>

Yukarıda bahsi geçen hakem kararları arasındaki yorum farklılıkları, emsal karar doktrinin benimsenmesi ile birlikte yatırım uyuşmazlıklarında tutarlılığın ve öngörülebilirliğin sağlanmasına yardımcı olacaktır. ICSID hakem heyetlerinin, diğer hakem heyetlerince verilen kararları değerlendirilmesi gerekip gerekmediği pek çok kez tartışılmıştır. Nitekim Kaufmann- Kohler mütalaasında bu bakımdan yatırım tahkimi yargılamasında hakem heyetlerine yüklenmiş olan görevin çok geniş bir yelpaze olduğunu belirtmiştir.<sup>106</sup> Yatırım tahkiminde emsal kararların yeri ve önemine ilişkin olarak netlik kazanmış bir

<sup>102</sup> Enron Corporation and Ponderosa Assets, I.P. v. Argentina Republic, ICSID No. ARB/01/3.

<sup>103</sup> Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID No. ARB/97/7.

<sup>104</sup> Siemens A.G. and The Argentina Republic, ICSID No. ARB/02/8.

<sup>105</sup> Ayrıca bkz. Egli, Gabriel: Most Favoured Nation Treatment And Dispute Resolution Under Bilateral Investment Treaties: A Turning Point, *International Arbitration Law Review*, 2005 <[http://www.lw.com/upload/pubContent/\\_pdf/pub1395\\_1.pdf](http://www.lw.com/upload/pubContent/_pdf/pub1395_1.pdf)> Erişim: 20.03.21, Fietta, Stephan: Most Favoured Nation Treatment And Dispute Resolution Under Bilateral Investment Treaties: A Turning Point?, *International Arbitration Law Review*, 2005 <[http://www.lw.com/upload/pubContent/\\_pdf/pub1395\\_1.pdf](http://www.lw.com/upload/pubContent/_pdf/pub1395_1.pdf)> Erişim: 20.03.21.

<sup>106</sup> Gabrielle Kaufmann- Kohler, *Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?*, The 2006 Freshfields Lecture Arbitration International, vol.23, no.3, 2007, s. 375.

düzenleme veya uygulama bulunmamaktadır.<sup>107</sup> Hal böyle iken, yabancı yatırımcıların çıkarlarının korunmasının temel amaç edinildiği uluslararası yatırım hukukunda, yatırım uyuşmazlıkları bakımından emsal karar uygulamasının henüz tam olarak etkili olmaması, bunun yanı sıra temyiz mekanizmasının öngörülmemiş olması, kararlardaki yorum farklılıklarına ve gri alanların mevcut olmasına neden olmaktadır.

Hakem kararları arasında yeknesaklık bu kapsamda sağlanamamakla birlikte, bu husus yıllardır doktrinde tartışılan bir mesele olmuştur.<sup>108</sup> Nitekim UNCITRAL bünyesinde yer alan III numaralı Çalışma Grubundaki bazı delegelerin, kararlar arasında tutarlılık olmadığı bu nedenle temyiz mekanizmasının kurulması gerektiğine ilişkin önerileri mevcuttur. Bu öneriler tez çalışmasının ikinci bölümünde tartışılacaktır.

#### D. Tahkim Yargılamasında Tahkim Giderlerinin Yüksek Olması

Tahkim giderleri, tahkim yargılamasının devam edebilmesi için gerekli olan tüm harcama kalemlerinin bütününe ifade etmektedir.<sup>109</sup> Geniş anlamda yargılama giderleri yargılama harçları ve dar anlamda yargılama giderleri olmak üzere iki ana kısımda incelenmektedir. Geniş anlamda yargılama giderleri yargılama harçları ve dar anlamda yargılama giderleri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Yargılamada yapılan masraflardan, harçlar dışında kalan kısmı dar anlamda yargılama giderlerini oluşturmaktadır. Ayrıca Türk hukukunda tahkim yargılamasına ilişkin yargılama giderleri 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hüküm altına alınmıştır. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda yer alan tahkime ilişkin yargılama giderleri ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda tahkime ilişkin yargılama giderleri aynı olmakla birlikte, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda "Hakem Sekreterliği Ücreti" kavramının yer al-

<sup>107</sup> Bryan Garner, *The Law of Judicial Precedent* St. Paul Minn, Thomson Reuters 2016, s. 9-10.

<sup>108</sup> Bkz. Reed Lucy, Christine Sim, Nus Centre For International Law Collection Of Articles On An Appellate Body In ISDS, *ICSID Review 2017*, Vol.32 No.3, s.691-695, Albert Van Den Berg, Appeal Mechanism for ISDS Awards, Interaction with the New York and ICSID Conventions, *ICSID Review 2019*, C.34, S.1, pp. 156- 189.

<sup>109</sup> Arslan/ Taşpınar/Hanağası, *Medenî Usul Hukuku*, Ankara, 2018, s. 79.



madığı görülmektedir.<sup>110</sup> Hakem ücreti, bu sözleşmesinin niteliği gereği vekalet akdinden kaynaklanan ve bu akitten doğan bir ücrettir.<sup>111</sup> Hakem sekreterleri ise hakem kurullarının yargılama faaliyetlerini yürütebilmeleri için çalışan kişilerdir. Hakem sekreterlerinin ücretleri genelde hakem kararında belirtilmektedir. Hakem sekreteri ücretleri de hakem yargılamasında yargılama giderlerinden sayılmakta olup, taraflar bu ücreti ödemekle yükümlüdürler. Bununla birlikte, yatırım tahkiminde tahkim giderlerinin dört ana başlıkta incelendiği görülmektedir: hakem ücretleri ve tahkim örgütlerinin almakta olduğu giderler, taraf vekillerine verilen ücretler, bilirkişi ücretleri ve duruşma masraflarıdır<sup>112</sup>. Pek çok davada hakem heyetleri kendi takdir yetkilerine dayanarak, tarafların yargılama masraflarını kendilerinin karşılaması gerektiğine karar vermiş iken; bazı hakem kararlarında hakem kurulları kaybeden tarafın tüm masraflara katlanması gerektiğine karar vermiştir.<sup>113</sup>

Tahkim yolu ile uyuşmazlığın dava sürecine nazaran daha hızlı sonuçlanması ve tahkim yargılamasının esnek ve daha özel usullere tabi olması bu usulün tercih sebeplerinden biridir. Günümüzde özellikle uluslararası ticari ilişkilerin çok yönlü ve taraflılığı tahkim yargılamasında dava sürecinin uzamasına neden olmuştur. Bu durum tahkim giderlerinin git gide artması ve tahkim yargılamasının tercih edilmemesine sebep olmaktadır. Milletlerarası tahkimin bu nedenlerden ötürü itibar kaybetmemesi ve ortaya çıkış amaç ve hedeflerinden sapmaması için pek çok ülke tahkim yargılama giderlerinin ve mas-

<sup>110</sup> Bkz. Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 16/B.

<sup>111</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 6.12.1969T,110/866E.Bu kararda hakemle taraflar arasındaki ilişki vekalet akdi olarak değerlendirip, hakemlerin verecekleri hizmet karşılığında ücrete hak kazanacakları belirtilmiştir.

<sup>112</sup> Aceris Law LLC, How to Reduce the Overall Cost of Investment Treaty Arbitration to Less than USD 1 Million, 13.10.2019 < <https://www.acerislaw.com/how-to-reduce-the-overall-cost-of-investment-treaty-arbitration-to-less-than-usd-1-million/> > Erişim: 15.06.21.

<sup>113</sup> "Masraf vakayı takip eder." (Cost follows the event) kuralı gereğince hükmedilen hakem kararlarından bazıları için bkz. Plama Consortium Limited v. Bulgaristan Cumhuriyeti, ICSID Dava No: ARB/03/24, 27 Ağustos 2008 Tarihli Karar, Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2, 13 Mayıs 2009 Tarihli karar, Saba Fakes v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20, 4 Temmuz 2010 Tarihli Karar, Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/06/8, 2 Eylül 2011 Tarihli Karar.

raflarının azaltılması amacıyla reform çalışmalarına başlamıştır. UNCTAD 2020 Dünya Bankası Raporuna göre, yatırım tahkimi maliyetleri en yüksek seviyeye ulaşmış durumdadır.<sup>114</sup>

ICSID'in 1 Temmuz 2020 tarihi itibarıyla açıklamış olduğu rakamlara göre, ICSID hakem heyeti üyeleri ve arabulucular, ICSID yargılamaları ile ilgili olarak katılmış oldukları toplantılar dolayısıyla günlük 3,000 dolar tutarında ücret alma hakkına sahiptirler.<sup>115</sup> Bunun yanı sıra tahkim yargılaması sonucu Merkezin almakla yükümlü olduğu tutar da çok yüksektir. Yine yatırım uyuşmazlıklarının görüldüğü UNCITRAL Tahkim Kurallarınının 41. maddesine göre, hakem ücretleri uyuşmazlık konusu dava değeri, taraflar ve harcanan süre göz önüne alınarak makul bir değerde belirlenmelidir. Uygulamada ise hakem ücretleri genel olarak ICSID gibi tahkim örgütlerinin ücret tarifelerine atıfta bulunarak belirlenmektedir.

ICSID hakemlerin ücretlerine ilişkin olarak "Hakemlerinin Ücret ve Masrafları Hakkında Bildiri" (*Memorandum on the Fees and Expenses*) yayınlamıştır.<sup>116</sup> Buna göre, gündelik ücretler, hakemlerin normal ikamet yerlerinin dışında yaptıkları masrafların bedeli olarak ödenmektedir. Bu kapsamda gündelik maliyetler yüksek maliyetli şehirlerde artacaktır. Bunun yanı sıra, yolculuk giderleri ise hakem heyetinin yapacağı toplantılara katılma nedeniyle seyahat masrafı kalemlerinden oluşmaktadır. Bu kalemleri tahkim yargılamaları bakımından değerlendirdiğimizde, ICSID nezdinde görülen davalar incelendiğinde hakemler için ödenen ücretin ve taraf vekillerine ödenen ücretlerin çok yüksek olduğu görülmektedir. Örneğin, İç Kale v. Türkmenistan<sup>117</sup> davasında Türkmenistan taraf vekillerine 7100000 dolar tutarında vekalet ücreti ödemiştir.<sup>118</sup> Bunun yanı sıra bu dava sonucu hükmedilen yargılama gideri toplamda 9, 262.000 olmuştur. Bir başka örnek olarak,

<sup>114</sup> UNCTAD World Investment Report 2020 < [https://unctad.org/system/files/official-document/wir2020\\_overview\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/wir2020_overview_en.pdf) > Erişim: 7.3.21.

<sup>115</sup> Schedule of Fees,1 Temmuz 2020 < <https://icsid.worldbank.org/services/content/schedule-fees> > Erişim: 8.3.21.

<sup>116</sup> Memorandum on the Fees and Expenses, 6.7.2015 < <https://icsid.worldbank.org/services/content/memorandum-fees-expenses> > Erişim: 13.06.21.

<sup>117</sup> İç Kale İnşaat Limited Şirketi v. Türkmenistan, 8.3.2016, < [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7163\\_1.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7163_1.pdf) > Erişim: 13.06.21.

<sup>118</sup> İç Kale İnşaat Limited Şirketi v. Türkmenistan, 8.3.2016, < [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7163\\_1.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7163_1.pdf) > Erişim: 13.06.21, s. 139.

*Yukos Limited v. Russian Federation*<sup>119</sup> davasında dava sonucu hükmedilen vekalet ücreti 79,628,055.56 USD olmuştur.

Maliyet ve giderlerin çok yüksek olmasından dolayı, yatırım uyuşmazlıklarında kaybeden tarafın zararını tazmin etmesi aşamasında birtakım zorluklar yaşanmaktadır. Bu kapsamda tahkim yargılamasında gider çok yüksek olduğundan tahkim usulü tercih edilmemekle birlikte, taraflar yatırım tahkimi yargılamasına başvurmaya çekinmektedirler. Bu aşamada çok taraflı bir mahkemenin kurulması ile birlikte yargılama giderleri kalem kalem belirlenmiş olacak ve bu sorunların önüne geçilebilecektir.

## **E. Tahkim Yargılamasında Zararın Hesaplanmasındaki Zorluklar ve Yüksek Tazminat Bedelleri**

### **1.Maddi Zararlar Bakımından**

Ev sahibi devletlerin ekonomik olarak etkilenmiş olması ve ICSID tahkimindeki tahkim yargılamaları sonucu yüksek meblağda tazminat ödemek zorunda kalmaları yatırım tahkiminin tercih edilmemeye başlaması sonucunu doğurmuştur.

Uluslararası tahkim yargılamasında zararın hesaplanması yasal ve olgusal gerçekler açısından oldukça karmaşık bir süreç olabilmektedir. Tazminat yaptırımının uygulaması açısından en büyük zorluklardan biri de miktarının hesaplanması veya değerlendirilmesi bakımından kendini göstermektedir.<sup>120</sup> Hukukun genel prensipleri bakımından zarar kaleminin hesaplanması nedensellik kavramına dayanmakla birlikte, hukuka aykırı fiil ile zarar arasındaki illiyet bağının tespiti gereklidir.

Uluslararası yatırım uyuşmazlıkları bakımından tahkim uygulamalarında zararın değerlendirilmesi ise özellikle para ile ölçülebilen kararlarda telafi edici bir yöntem olmakla birlikte hakem heyeti farklı

<sup>119</sup> *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v The Russian Federation*, PCA Case No AA 226; *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation*, PCA Case No AA 227; *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v The Russian Federation*, PCA Case No AA 228, s. 576.

<sup>120</sup> Christoph Schreier, *Principles of International Investment Law*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 3.

iş olanaklarının sağlanması, işletme lisansının verilmesi veya sözleşme müzakerelerinde bulunmaya zorlama gibi hükümlere de karar verilebilmektedir.<sup>121</sup> Tahkim yargılaması sonucunda hükmedilen tazminat maddi, manevi ve eski hale getirme taleplerini kapsamaktadır. Tazminatın ödenmesi *Chorzow* kararına göre, bir anlaşmanın ihlaline uygun şekilde tazmin edilme zorunluluğu doğuran bir prensiptir.<sup>122</sup> Bu prensip kapsamında Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan “Devletlerin Uluslararası Haksız Fiilleri” başlıklı metnin 31. Maddesine göre, devletler uluslararası hukuka aykırı olarak işledikleri fiillerden kaynaklanan zararlarını tazmin etmekle yükümlüdürler.<sup>123</sup> Aynı metnin 34. Maddesine göre ise, uluslararası hukuktan kaynaklanan zarar eski hale getirme, tazminat ve tatmin şeklinde tek tek veya birlikte üç ana kalemden oluşmak zorundadır.<sup>124</sup> Eski hale getirme, maddi zararların hasar oluşmadan önceki hale getirilmesi anlamına gelmektedir.<sup>125</sup> Tazminat yolları ise, hesaplanabilen zararlar bakımından eski hale getirilemeyen talepler açısından geçerli olmaktadır. Tatmin ise, ekonomik olarak hesaplanamayan, sıklıkla sembolik bir biçimde devletlere karşı hasarların tazmini içeren bir yöntemdir. Uluslararası tahkim yargılaması bakımından zararın değerlendirilmesinde en önemli yaptırımlardan birisi de mağdur tarafın gördüğü zarardan dolayı hesaplanan kayıpların tam tazminidir.<sup>126</sup> Uluslararası hukuk bakımından yatırımcılara tazminat ödenmesi temel bir yaptırım niteliğinde olmasının yanında karşılaştırmalı zarar hukukunda da özellikle sözleşmele-

<sup>121</sup> Antoine Goetz et consorts v. République du Burundi, ICSID Case No. ARB/95/ < <https://www.italaw.com/cases/508> > Erişim: 11.03.21.

<sup>122</sup> Factory at Chorzow, Publication of the Permanent Court of International Justice, Series A. -9, July 26 1927, Collection of Judgements, s. 21.

<sup>123</sup> Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries, 2001, United Nations, Art 31 < [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf) > Erişim: 10.03.21.

<sup>124</sup> Jarrod Wong, The Compensatory Nature Of Moral Damages In Investor-State Arbitration, Colombia FDI Perspectives, Perspectives on Topical Foreign Direct Investment Issues By The Vale Columbia Center On Sustainable International Investment No. 88, 4 Şubat 2013, s.1.

<sup>125</sup> Jarrod Wong, The Compensatory Nature Of Moral Damages In Investor-State Arbitration, Colombia FDI Perspectives, Perspectives on Topical Foreign Direct Investment Issues By The Vale Columbia Center On Sustainable International Investment No. 88, 4 Şubat 2013, s.1.

<sup>126</sup> The Lex Marcetoria (Old and New) and the Trans-lex Principles, Principle No. VII.3.2. Calculation of Damages < [https://www.trans-lex.org/948500/\\_/calculation-of-damages/](https://www.trans-lex.org/948500/_/calculation-of-damages/) > Erişim:11.03.21.

rin ihlalden kaynaklı zararın hesaplanması açısından kullanılan bir yaptırım türüdür.

*Yukos Universal Ltd v. Russian Federation*<sup>127</sup> davasında Yukos şirketi Enerji Şartı Anlaşmasınının 10. Maddesine dayanarak âkit devletin âdil ve hakkaniyete uygun muamele standardı ile eşitlik esaslarını gözetmediğini iddia ederek, uğramış olduğu kayıplardan dolayı Rusya Federasyonu'ndan, bir tahkim yargılamasında bugüne kadar istenilen en yüksek tazminat bedeli olan 114 milyar Doları talep etmiştir. Yüksek meblağda tazminat talep edilmesi ise tahkim yargılamasının tercih edilmemesine neden olmaktadır. Hakem heyeti yargılama sonucu 50020000 Dolar tazminata hükmetmiştir, bu rakam görüldüğü üzere çok yüksektir. Maliyetlerin çok yüksek olması, yabancı yatırımcıların karşısında büyük bir engel olarak görülmüş olup, bu konu yabancı yatırımcıların hukuki dinlenilme hakkını engelleyen bir durum olarak görülmektedir.<sup>128</sup>

## 2. Manevi Zararlar Bakımından

Manevi zarar sübjektif bir nitelik arz ettiğinden, yargılamalar bakımından hesaplanması güç bir unsur olabilmektedir. Bazı uyuşmazlıklarda maddi manevi tazminat ayırımına ilişkin değerlendirmelerin, önceki tarihli hakem kararları değerlendirilerek belirlendiği görülmektedir. *Desert Line Project LLC v. Yemen Cumhuriyeti*<sup>129</sup> kararında hakem heyeti davacı yatırımcının çalışana verdiği psikolojik zararın davalı ev sahibi Silahlı Kuvvetlerinin baskı, tehdit ve kötü muamelesinden kaynaklandığını, anılan hukuka aykırı fiillerin ev sahibi devletin saygınlığını, itibarını zedelediği sonucuna varmıştır. Böylece hakem heyetini davacı yatırımcının talebi kapsamında, manevi tazminata hükmetmiş ve bu talep yatırım uyuşmazlıkları bakımından manevi tazminata

<sup>127</sup> Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v The Russian Federation, PCA Case No AA 226; Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation, PCA Case No AA 227; Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v The Russian Federation, PCA Case No AA 228.

<sup>128</sup> Report of the SRSG, Business and Human Rights: Further Steps Towards the Operationalization of the 'Protect, Respect and Remedy' Framework A/HRC/14/27, paras 20-23, 2010, < <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/Reports.aspx> > Erişim: 8.3.21.

<sup>129</sup> Desert Line Projects v. Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/0/17.

hükmedilmesinin ilk örneği olmuştur. *Europe Cement v. Turkey*<sup>130</sup> davasında, Türkiye devleti sahte dokümanları içeren iddialar nedeniyle zarar gördüğü gerekçesiyle manevi zarardan dolayı Türkiye Cumhuriyeti devletinden manevi tazminat isteminde bulunmuştur. Bu davada *Desert Line Project LLC v. Yemen Cumhuriyeti* kararına atıf yapılmış, Türkiye Cumhuriyeti sahte dokümanları içeren iddialar nedeniyle manevi olarak zarar gördüğü ve davacının yatırımcı sıfatına haiz olmadığı halde kötü niyetle dava açtığı gerekçesiyle tazminat talep etmiştir. Hakem heyeti davada yetkisizlik kararı vermiş ve manevi tazminat talebini reddetmiştir.

Yine *Cementownia v. Turkey*<sup>131</sup> davasında da hakem heyeti davacı *Cementownia*'nın anılan şirketlerde hissedar olduğuna ilişkin geçerli bir delil sunamaması nedeniyle davacının gerçek dışı iddialar ile açtığı dava yoluyla yatırımcı sıfatını kazanmaya çalıştığı sonucuna varmıştır. Ancak yine *Europe Cement v. Turkey* davasında olduğu gibi Türkiye Cumhuriyeti'nin manevi tazminat talebini reddetmiştir. Görüldüğü üzere yatırım tahkimi alanında manevi tazminat, yatırımcılar tarafından olduğu kadar, ev sahibi devlet tarafından da farklı nedenlerle talep edilebilmektedir. ICSID Konvansiyonu kapsamında hakem heyetlerinin manevi tazminata hükmetmeleri çok istisnai bir nitelik taşımaktadır. Bu bakımdan aslında yatırım uyuşmazlıklarında denge gözetimi hususu üzerinde durmak gereklidir. Yukarıdaki mahkeme kararları incelendiğinde, yabancı yatırımcıların talep etmesi halinde manevi tazminat isteminin kabul edildiği görülmektedir. Buna karşılık ev sahibi devletlerin talep etmesi durumunda, manevi tazminat istemi reddedilmektedir. Bu noktada denge gözetimi bakımından düşünüldüğünde, sistemin ne kadar yabancı yatırımcılar lehine olduğu aşıkardır. Nitekim hem *Europe Cement* ve hem de *Cementownia* kararlarında manevi tazminat talebinde bulunan ev sahibi devlet Türkiye'nin talebi reddedilmiştir.

Görüldüğü üzere sistem salt yabancı yatırımcıları korumak üzere bir senaryo öngörmektedir. Yatırım uyuşmazlıkları çerçevesinde, egemenlik hakkına sahip olan ev sahibi devlet karşısında yer alan yatırı-

<sup>130</sup> *Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2.

<sup>131</sup> *"Nowa Huta" S.A. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2.

Yatırımcının korunması söz konusu olmakla birlikte, yatırımcıların bunu kötüye kullanması da mümkündür. Yatırımcıların yatırım tahkimi yargılamasında sunulan imkanları kötüye kullanması, tahkim yargılamasına ait masrafların hangi tarafça karşılanacağı konusunda bir kesinlik olmaması ve bu hususun hakem heyetinin takdirine bırakılmış olması, hakem heyetlerinin çok yüksek meblağda tazminata hükmetmesi gibi hususlar nedeniyle pek çok konuda eleştiriye uğramaktadır. Avrupa Birliğinin hazırlamış olduğu taslak metne göre, uluslararası yatırım mahkemesinin kurulması her koşulda hakem masraflarını düşürecektir. Tahkim yargılamasındaki zorluklar açısından daimî bir mahkemenin kurulması bu giderleri azaltacaktır. Ayrıca uzman bilirkişi ataması tarafların isteği doğrultusunda gerçekleştiğinden, her durumda uyuşmazlık hakkında bilgi sahibi uzman bilirkişilere başvurulması söz konusu olamamaktadır. İşte tahkim yargılamasında taraflarca uyuşmazlık hakkında bilgi sahibi olan uzman bilirkişinin atanması ve bilirkişi atama süreci yargılama ücretlerini arttırmaktadır.<sup>132</sup> Daimî bir mahkemenin kurulması ile birlikte tarafların isteği doğrultusunda atanan bilirkişilerin atanma süreci belirli prosedürlerle ve düzenlemelerle hüküm altına alınmış olacaktır. Çok taraflı bir mahkemenin kurulması bu bakımdan da tahkim yargılaması maliyetlerinin düşmesini sağlayacaktır.

Yatırım tahkimi yargılamasındaki uyuşmazlıklarının değerinin çok yüksek olmasından dolayı, taraflar, başvuru giderleri başta olmak üzere yargılama giderlerini karşılamakta yukarıda detaylıca işlendiği üzere güçlük yaşayabilmektedirler. Bu zorluğa karşı uygulamada çözüm olarak yargılamaya dava konusu ve taraflarından bağımsız bir üçüncü kişinin finansman sağlaması yolu öngörülmüştür.<sup>133</sup> Nitekim

<sup>132</sup> Gabriel Bottini, Julien Chaisse, Aznar, Marko Titi Facundo Pérez, Excessive Costs and Recoverability of Cost Awards in Investment Arbitration, Academic Forum on ISDS Concept Paper 2019/9, 17 September 2019, para. 2.1.3, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) Submission from the European Union and its Member States, UN document A/CN.9/WG.III/WP.159 Add.1, para.52., 4.3. Duration and Costs < <http://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1> > Erişim: 13.03.20, s.11.

<sup>133</sup> Bkz. S&T Oil Equipment and Machinery Ltd. v. Romania, ICSID Case No. ARB/07/13, Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs v. Republic of Georgia, ICSID Cases No. ARB/05/18, ARB/07/15, 3 March 2010, Ata Construction, Industrial and Trading Company v. Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No ARB/08/.

bu yöntem uluslararası yatırım tahkiminde giderek kullanılan bir finansman ve fon oluşturma yöntemi olmuştur. Tahkim yargılamasının üçüncü kişiler tarafından finanse edilmesi halinde, üçüncü kişiler tahkim yargılaması giderlerini ödemekte bunun karşılığında hakemler tarafından karara bağlanan tazminatın belirli bir kısmına hak kazanmaktadırlar. Nitekim bu durum doktrinde tahkim anlaşmasının nisbiliği karakterine getirilen yasal bir istisna olarak ele alınmaktadır.<sup>134</sup> Ayrıca üçüncü kişilerin yargılamaya katılımının yatırımcıların mahkemeye erişim hakkının kullanılmasına katkı sağladığı ifade edilmektedir.<sup>135</sup> Ancak uluslararası yatırım tahkiminin üçüncü kişiler tarafından finanse edilmesi, tahkim yargılaması bakımından hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı, gizlilik gibi konularda sorun yaratabilecek olup, bunun yanı sıra kanunlar ihtilafı açısından uygulanacak hukuk ve tenfiz problemlerine sebep olabilecektir.<sup>136</sup> Bu açıdan yatırım tahkimi masraflarının yüksek olması, yargılamanın işleyişi bakımından bu gibi prosedürlere başvurulması aşamasında da problemler yaratacaktır. Bu nedenle çok taraflı yatırım mahkemesinin kurulması tahkim yargılamasındaki bu problemin de aşılmasına vesile olacaktır.

#### F. Hakemlerin Tarafsızlığı ve Bağımsızlığına İlişkin Sorunlar

Hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı bireylerin adil bir şekilde yargılanması ve adil bir karar verilmesinin ön koşuludur.<sup>137</sup> Hakimlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı ilkesi adil yargılanma ilkesinin ve hukuki dinlenilme hakkının etkin bir biçimde işletilmesine bağlıdır. Hakemlerin milletlerarası yatırım tahkimi süreci boyunca tarafsız ve bağımsız olması gereklidir. Farklı kültürel, ticari ve hukuki anlayışa sahip iki ta-

<sup>134</sup> Emre Esen, Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Doktora Tezi, 2008 < <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/43378.pdf> > Erişim:14.03.21, s.12.

<sup>135</sup> Yusuf Çalışkan, Uluslararası Yatırım Tahkiminin Üçüncü Kişiler Tarafından Finansmanı, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* Cevdet Yavuz'a Armağan, C.22, S.3 < <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/333874> > Erişim:14.03.21, s.648.

<sup>136</sup> Çalışkan, Uluslararası Yatırım Tahkiminin Üçüncü Kişiler Tarafından Finansmanı, s. 658.

<sup>137</sup> Von, Friedrich Graf Westphalen, Hakemlere İtirazlar: Tarafsızlık ve Bağımsızlık Koşulları, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu, 14 Şubat 2009, Tahkim, Ed. Doç. Dr. Erol Ulusoy, Av. Aşlı Yıldırım, TMSF, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s. 379.



rafın aralarındaki uyuşmazlığın kendi seçtikleri hakemler tarafından, kendi iradelerine dayanan özel bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tahkim yargılaması yoluyla çözülmesi sürecinde taraflar kendi anlayışlarına uygun bir hakem tayin etmek isteyebilirler.<sup>138</sup> Ancak tahkim yargılaması da bir yargılama faaliyeti olduğundan, hükmün hukukun temel ilkelerinin gözetildiği adaletli bir yargılama sonucu verilmesi gereklidir. Hakem heyetinin vermiş olduğu hüküm, mahkeme kararı ile aynı hüküm ve sonuçları doğurmaktadır. Hakemlerin tarafsız ve bağımsızlığı hakemlerin yetkilendirildiği günden başlayarak kararın verildiği tarihe kadar olan süreci kapsamaktadır.

Bunun yanı sıra, benzer hükümler kurumsal tahkim kurallarında da yer almaktadır. ICC Tahkim Kuralları<sup>139</sup>, London Court of International Arbitration Tahkim Kuralları<sup>140</sup> gibi pek çok uluslararası tahkim örgütü hakemlerin tarafsız ve bağımsızlığı teminat altına alınmıştır. UNCITRAL Tahkim Kurallarının 11. maddesine göre, hakem olarak atanacak kimse, tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda herhangi şüphe yaratacak bir durum söz konusu ise, bu durumu derhal açıklamakla yükümlüdür.<sup>141</sup> Ayrıca UNCITRAL Tahkim Kurallarında hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlık kurallarına riayet etmemesi, hakem kararının iptali sebeplerinden sayılmıştır.<sup>142</sup> Yine ICSID Tahkim Kurallarının 6. maddesine göre her hakemin ilk duruşmada ya da duruşma esnasında Konvansiyonda belirtilen haller dışında, hiçbir kimseden yardım almayacağına ve bu kapsamda tarafsız ve bağımsız karar vereceğine dair yazılı bir beyanda bulunması gereklidir.<sup>143</sup> Bu beyana ve yargılamanın tarafsız ve bağımsız yürütülmesi ilkesine aykırı hareket edilmesi durumunda ise ICSID hakem kararının iptali söz konusu olacaktır.<sup>144</sup>

<sup>138</sup> Doak Bishop, Lucy Reed, Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration, Arbitration International, V. 14, N. 4, 1998, s. 428. Ayrıca bkz. Ergin Nomer, Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı, MHHB, C.3, S.1.

<sup>139</sup> ICC Rules of Arbitration 2021, Art. 21.

<sup>140</sup> London Court of International Arbitration Rules, Art.14.

<sup>141</sup> UNCITRAL Arbitration Rules (with new article 1, paragraph 4, as adopted in 2013), 2014, <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/uncitral-arbitration-rules-2013-e.pdf>> Erişim: 28.08.20.

<sup>142</sup> UNCITRAL Arbitration Rules, Art. 11.

<sup>143</sup> ICSID Tahkim Kuralları, Rule 6.

<sup>144</sup> Rudolf Dolzer Christoph Schreuer, Principles of International Investment Law, Oxford University Press 2012, s. 978.

Ayrıca tarafların eşitliği ilkesine riayet etmeyen, temel hukuk normlarına aykırı bir hakem kararının, tenfiz yeri ülkesi hukukuna göre tenfiz engeli ile karşılaşacağı da açıktır. Örneğin Türk hukukuna göre, hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı hakemlerin reddi hükümleri arasında yer almakta olup, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 7/C ve 7/D maddelerinde hükme bağlanmıştır.<sup>145</sup> Hakem heyeti üyelerinin bu kapsamda tarafsız ve bağımsızlık kuralına aykırı davranması bir iptal sebebi olmakla birlikte, bu konuya ilişkin kesin kanıtların olup olmadığına bakılır.<sup>146</sup>

Hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı pek çok yatırım tahkimi yargılaması bakımından tartışmalı bir husus olmuştur. Hakemlerin daha önce benzer konudaki veya tahkim yargılamasındaki taraflar ile ilgili bir yargılamada karar vermiş olması, uyumsuzluk konusu hakkında yazılmış bir makalesinin mevcut olmasının bu hususu etkileyip etkilemeyeceği tartışılmıştır. Bu konuda verilmiş hakem kararları incelendiğinde, bu hususların hakemlerin tarafsızlığını ve bağımsızlığını etkilemeyeceği kanaatine varıldığı görülmektedir.<sup>147</sup>

Yine *ICS v. Argentina*<sup>148</sup> davasında Arjantin, hakem olarak Mr. Alexandrov'un atanmış olmasına, Mr. Alexandrov'un hukuk bürosunun Arjantin'e karşı açılan başka bir davada<sup>149</sup> karşı tarafın danışmanı

<sup>145</sup> Bkz. Süheyla Balkar, Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü, İstanbul, 2016, Kalpsüz, Turgut, Hakemlerin Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı, Milletlerarası Tahkim Semineri, Ankara, 2008, Didem Kayalı, Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı, Ankara, 2015.

<sup>146</sup> Indonesia. Amco Asia Corporation, others v. Republic of Indonesia, (ICSID Case No. ARB/81/1) davasında, hakemlerden birinin davacı taraf ile iş ilişkisi olduğu iddiasında bulunulmuş olup, hangi durumların hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığına halel getireceği haller üzerinde tartışılmıştır. Hakem heyetinin kararına göre, bu konuda ticari tahkim kararlarındaki ispat şartlarına başvurulması yol gösterici olacaktır.

<sup>147</sup> Bernardi Piero, ICSID Versus Non-ICSID Investment Treaty Arbitration, 15.09.2015 < [https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media\\_document/media012970223709030bernardini\\_icsid-vs-non-icsid-investent.pdf](https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/media012970223709030bernardini_icsid-vs-non-icsid-investent.pdf) > Erişim: 24.12.20, s.12. Ayrıca bkz. Amco Asia Corporation and others v. Indonesia (ICSID Case No. ARB/81/1) tahkim yargılamasında taraflardan biri karşı tarafın hakemlerden birinin davacı tarafla ortak hukuk büroları olduğunu ileri sürerek, hakemin tarafsız ve bağımsız karar veremeyeceğini ileri sürmüştür. Hakem heyeti bu konuda kesin delillerin mevcut olmadığını ileri sürerek, talebi reddetmiştir.

<sup>148</sup> ICS Inspection and Control Services Limited v. The Republic of Argentina Decision on challenge to Mr. Stanimir A. Alexandrov December 17,2009.

<sup>149</sup> Compania de Aguas del Aconqu Se and Vivendi SA v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3.

olduğundan dolayı itiraz etmiştir. Hakem heyeti Arjantin hükümetinin hakem ataması hakkındaki endişelerini haklı buldu ve itirazı kabul etmiştir. UNCTAD Dünya Bankası Raporuna göre, ICSID kararlarında karar veren hakemlerin daha önce yatırımcıların vekillik görevini üstlenmiş olmasının tarafsız ve bağımsızlığı zedeleyen önemli bir engeldir.<sup>150</sup>

Görüldüğü üzere yatırım uyuşmazlıklarında, hakemlerin tarafsız ve bağımsızlığı menfaat çatışmasından kaynaklı olarak pek çok kez itiraza konu olmuştur. Nitekim tüm hukuki düzenlemelere rağmen, hakemlerin tarafsız ve bağımsızlık sorunlarının tam olarak bir çözüme ulaşmadığı görülmektedir.

Tahkim yargılamasında irade serbestisi ilkesi gereği taraflar yargılamadaki hakemleri kendileri belirlemektedir. Bu husus taraf menfaati açısından bazı yönlerden olumlu olmakla birlikte, hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda birtakım güçlükler doğurabilmektedir. Bir çalışmaya göre, açılan 150 davanın 34'ünde muhalefet şerhi mevcuttur. Bu muhalefet şerhlerinin 34'ü kaybeden tarafça seçilen hakemlere aittir. Yine başka bir çalışmada ise yatırım tahkimi yargılamalarında baş hakemlerin muhalefet şerhi düzenlediğinin çok nadir görüldüğü sonucuna ulaşılmıştır.<sup>151</sup> Hakemlerin taraflarca atanması tahkim yargılamasının benzersiz özelliklerden birisi olsa da doktrinde taraflarca atanan hakemlerin atandıkları tarafı savunma iç güdüsüne sahip olabileceği tehlikesinin var olduğu çokça kez ifade edilmiştir.<sup>152</sup>

Sonuç olarak hakemlerin ICSID Konvansiyonununun 14. maddesinde yer alan gereksinimler bir yana, tarafsızlık ve bağımsızlık ilkelelerinin temeli aslında bağlayıcı hükümlere dayanmamaktadır. Örneğin Uluslararası Barolar Birliği (IBA) Tahkim Komitesinin çıkarmış olduğu

<sup>150</sup> UNCTAD World Investment Report, Towards a New Generation of Investment Policies, 2012, 88 < [https://unctad.org/system/files/official-document/wir2012\\_embargoed\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/wir2012_embargoed_en.pdf) > Erişim: 22.02.20.

<sup>151</sup> Van Den Berg, Albert Jan, Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration, Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman, 2011, s. 824.

<sup>152</sup> Chiara, Giorgetti, Independence and Impartiality of Arbitrators in Investor-State Arbitration: Perceived Problems and Possible Solutions, 4 April 2019, < <https://www.ejiltalk.org/independence-and-impartiality-of-arbitrators-in-investor-state-arbitration-perceived-problems-and-possible-solutions/> > Erişim: 26.02.20.

Menfaat Çatışmasına İlişkin IBA Kılavuz İlkeleri mevcuttur.<sup>153</sup> Bu ilkeler iki bölümden oluşmakta olup, ilk bölümde hakemlerin tarafsızlık, bağımsızlığını koruyucu hükümler yer almaktadır. İkinci bölümde ise, hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlıkları konusunda şüphe uyandıracak vakıalar gruplara bölünerek bir liste halinde sayılmıştır. Bu kuralların amacı, hakemlerle ilgili olarak doğabilecek menfaat çatışması hususunda emredici hukuk kurallarının, mesleki kuralların yerini almak değildir. Kılavuz ilkeler, hakemlerin dürüstlük kaidelerini uygun hareket etmelerini sağlamak ve tahkim yargılamasının temel hukuk kurallarına göre yürütülmesini hedeflemektedir. Kılavuz ilkeler, hakemlerin görevi kabul ettikleri andan, nihai kararın verildiği ana kadar tarafsız ve bağımsız olması gerektiğini hüküm altına almıştır. Kılavuz ilkelere göre hakemlerin menfaat çatışması durumunun varlığı halinde görevi reddetmesi ya da çekilmesi gerektiğine, hakemlerin kendisinin tarafsızlığına veya bağımsızlığına şüphe düşürecek hallerde bu durumu ifşa etme yükümlülüğü olduğuna, menfaat çatışmasının kabul edilebilir seviyede olması halinde tarafların feragat edebilmelerine, tarafların ve hakemlerin konuya ilişkin genel olarak yükümlülüklerini düzenlemiştir.<sup>154</sup> Ancak bu kurallar taslak kılavuz ilkeler olup, bağlayıcı değildir. Yine Milletlerarası Tahkimde Yargılamanın Etkili Bir Şekilde Yürütülmesi Hakkında Kurallar kısaca “Prag Kuralları” mevcuttur.<sup>155</sup> Prag kuralları, belge ibrazı, hakemlerin atanması, uzlaşma gibi usule ilişkin temel hususları düzenlemektedir. Bu Kurallar da bağlayıcı olmamakla birlikte, kılavuz ilkeler niteliğindedir.

Ayrıca III numaralı UNCITRAL Çalışma Grubu, Sekreteryadan, ICSID ile iş birliği halinde, bir kurallar taslağı hazırlamasını talep et-

<sup>153</sup> Bkz. IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, 23 Ekim 2014 <[https://www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx](https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx)> Erişim: 5.3.21. Uluslararası ticari tahkimde hakemlerin bağımsızlık yükümlülüğüne ilişkin uluslararası düzenlemeler için ayrıca bkz. Süheyla Balkar Bozkurt, Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Tarafsızlık ve Bağımsızlık Yükümlülüğü, 1. Baskı, İstanbul 2016, s. 87.

<sup>154</sup> IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, 23 Ekim 2014 <[https://www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx](https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx)> Erişim: 5.3.21, s. 6.

<sup>155</sup> Prague Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration, 2018, <<https://praguerules.com/upload/medialibrary/9dc/9dc31ba7799e26473d92961d926948c9.pdf>> Erişim: 5.3.21.

miştir.<sup>156</sup> Bu çerçevede 12 Şubat 2021 tarihinde ICSID kurallarına ilişkin reform çalışmaları ile UNCITRAL III Çalışma Grubu ICSID ve UNCITRAL Sekreteryasınca ortak hazırlanan taslak etik kurallarını yayınlamıştır. Bu kurallarda da hakemlerin yatırım uyuşmazlıkları bakımından tarafsızlık ve bağımsızlıkları, çıkar çatışmaları, beyan yükümlülükleri, hakemlerin birden çok uyuşmazlıkta görev alması (*double hatting*) konusundaki sınırlamaları düzenlenmiştir.<sup>157</sup>

Görülmektedir ki, söz konusu kurallar bağlayıcı bir nitelik taşımamakla birlikte aydınlatıcı niteliktedirler. Ayrıca hakemlerin daha önce uyuşmazlık taraflarına ilişkin davalarda aynı zamanda tarafların vekili olması da yukarıda incelendiği üzere yargılamanın ilerlemesi açısından büyük sorunlara yol açmaktadır. Bu durum ise yatırım uyuşmazlıklarının çözüm yollarının gelişimini büyük ölçüde etkileyecek olup, yargılama açısından adaletin inkarına (*denial of justice*) neden olabilecektir. Bu açıdan çok taraflı yatırım uyuşmazlığı sistemi kurma fikrinin hayata geçirilmesi ile birlikte, yargılamada tarafsız ve bağımsız atanan bu konuda uzman hakimler görevli olacaktır.

### G. Yatırım Tahkimi ve İnsan Haklarına, Çevreye, Kültüre, İklim Değişikliklerine İlişkin Diğer Mülahazalar

Yatırım uyuşmazlıklarının çözümündeki dengeler gereği her iki tarafa da eşit haklar sağlanması beklenirken, hakem kararlarına baktığında bazı durumlarda bu sistemin ev sahibi devletlere sınırsız bir yetki tanıdığı görülmektedir. Nitekim yabancı yatırımlar ev sahibi devletlerin gelişimi için tek araç olarak görülmemelidir. Ev sahibi devletler, kendi iç mevzuatlarında da yatırımcı lehine kurallar öngörmeli, bu kurallar ise hukukun genel ilkeleri ve uluslararası hukuk kaidelerine aykırı olmamalıdır.<sup>158</sup> Ancak maalesef güncel yatırım hukuku

<sup>156</sup> Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) Draft code of conduct Note by the Secretariat 8-12 Şubat 2021 < <http://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.201> > Erişim: 5.3.21.

<sup>157</sup> Draft Code of Conduct for Adjudicators in Investor-State Dispute Settlement, Mayıs 2020, <[https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/Draft\\_Code\\_Conduct\\_Adjudicators\\_ISDS.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/Draft_Code_Conduct_Adjudicators_ISDS.pdf)> Erişim: 5.3.21.

<sup>158</sup> Gun vas Harten, Martin Loughlin, Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law, *The European Journal of International Law*, C.17, S.1, s.123, Jalacuse, Weswald: Toward a Global Treaty on Foreign Investment: The Se-

sisteminde, ev sahibi devletlerin egemenlik yetkilerini sınırsız bir şekilde kullandıkları görülmektedir. Örneğin pek çok hakem kararında ev sahibi devletlerin yatırım dışı yükümlülükleri noktasında başta IC-SID tahkiminde insan hakları ve çevresel yükümlülüklerin tartışıldığı görülmektedir.<sup>159</sup> Belirtilmelidir ki, çevreyi koruma görevi devletlerin egemenlik yetkilerini kullanırken gözetmeleri gereken uluslararası bir yükümlülüktür. Çevresel sorunların büyüklüğü, karmaşıklığı ve çok boyutlu olması ulusal alanda yürütülen politikalar bu sorunların çözümünde tek başına yeterli olmamakla birlikte, çevrenin korunması amacı ile uluslararası alanda yargılama faaliyeti yürütülürken bu kaidelere özen gösterme zorunluluğu doğmuştur.<sup>160</sup>

Uluslararası yatırım tahkimi, klasik ticari tahkimden farklı olarak bazı noktalarda farklılıklar arz etmekte olup, bu sebeple verilen hükümün sonuçları, uluslararası ticari tahkimde olduğu gibi sadece tarafları etkilememektedir. Bu sistem taraflar dışında ev sahibi devletlerin kamulaştırma politikaları ve idari düzenlemeleri gibi geniş bir etkiye sahiptir. Örneğin, Güney Afrika'nın ekonomik bakımdan daha önceki rejimin uygulamaları sebebi ile dezavantajlı bir konumda bulunan ve nüfusun büyük çoğunluğunu oluşturan siyahi nüfusun ekonomik açıdan iyileştirilmesini öngören düzenlemesine karşı İtalyan yatırımcının ICSID'e başvurması verilebilmektedir.<sup>161</sup> Gerçekten de ICSID yargılamasına konu teşkil eden yatırımlara bakıldığında çoğu zaman su, baraj, yol yapımı, enerji tedarik, telekomünikasyon gibi ev sahibi devletlerin temelde kamu hizmetlerine yönelik olduğu görülmektedir. Bu nedenle hakem heyetlerinin insan hakları ihlalleri iddialarına karşı nasıl bir yol izledikleri önem kazanmaktadır. Doktrinde hakemlerin karar verirken insan hakları ihlallerini, kendi otonom yetkilerini bozmaya yönelik bir girişim olarak görmekte oldukları ifade edilmekte-

---

arch for a Grand Bargain in N. Horn, (edn.), *Arbitration Foreign Investment Disputes*, 2004, s. 68.

<sup>159</sup> Phillip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL PCA No. 2012-12.

<sup>160</sup> Hüseyin Pazarıcı, *Çevre Sorunlarının Uluslararası Boyutları ve Uluslararası Hukuk*, Fehmi Yavuz'a Armağan, Ankara 1983, s.201.

<sup>161</sup> Piero Foresti, Laura de Carli and others v. Republic of South Africa, ICSID Case No. ARB(AF) 07/1. Karara karşı davacı davayı geri çekmiş ve hakem heyeti usuli bir değerlendirme yapmıştır. Hakem heyeti esastan bir inceleme yapmamış olsa da bu karar yatırım tahkiminin etkilerinin bu denli geniş etkiler doğurabileceğini göstermektedir.

dir.<sup>162</sup> Nitekim genel olarak hakemler bu durumda kendilerini genellikle yetkisiz görmekte ve karar vermekten kaçınmaktadırlar.

Yatırım dışı yükümlülüklerin genellikle insan hakları ve çevre hukuku ekseninde karşımıza çıkması nedeni ile, yatırım tahkimi bakımından insan hakları hukukunun ne şekilde bir uygulama alanı bulabileceği önem kazanmaktadır. Doktrinde hakem heyetlerinin uygulayacağı Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmasının aslında uluslararası hukukun bir parçası olması sebebi ile, heyetlerin insan hakları hukukunu uygulanacak hukukun bir parçası olarak uygulayabilecekleri ifade edilebilmektedir.<sup>163</sup> Hakem heyetlerinin özellikle kamulaştırmanın ne olduğu ve kriterlerinin tespiti konusunda AIHM ve Amerika İnsan Hakları Mahkemesine başvurdukları görülmektedir. *Tecmed v. Mexico*<sup>164</sup> davasında İspanyol yatırımcı Meksika'da zehirli atıkların gömülmesini ve yok edilmesi işini icra eden yabancı şirkettir. Yatırımcı, lisansının yenilenmemesi üzerine Meksika aleyhine ICSID Merkezine başvurmuştur. Söz konusu işlemin, başta kamulaştırma olmak üzere İspanya- Meksika arasındaki Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmasının çok çeşitli hükümlerini ihlal ettiği belirtilmiştir. Heyet, çeşitli AIHM vakalarına atıfla dolaylı kamulaştırmadan ve bunun şartlarından özellikle orantılılık ve kamu menfaati gibi kavramları açıklamaya çalışmıştır.<sup>165</sup> Yine *Saipem v. Bangladesh*<sup>166</sup> kararında yatırımcı, Bangladesh devletinin ICC tahkim yargılamasına çeşitli şekillerde müdahale ettiğini ve kamulaştırmaya konu olabilecek nitelikte bir mal olup olmadığı hususunda AIHM uygulamasına başvurmuştur. Nitekim, hakem heyeti AIHM'in duraksamaya yer olmadan olumlu cevap vermiş olmasını kendisi için yeterli görmüş ve karara uygun hüküm vermiştir.

Ev sahibi devletler bakımından yatırım dışı yükümlülüklerin ihlali kültürel çeşitliliklerin korunması bakımından da doğmaktadır. *Aguas*

<sup>162</sup> Bruno Simma, Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights? International and Comparative Law Quarterly, Vol.60, No.3, 2011, s. 573.

<sup>163</sup> Aaken, Anne Van, Fragmentation of International Law: The Case of International Investment Protection, Finish Yearbook of International Law, 2008, s. 104.

<sup>164</sup> Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States, Case no. Arb (AF)/00/2.

<sup>165</sup> Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States, Case no. Arb (AF)/00/2, s.122.

<sup>166</sup> Saipem S.P.A. v. The People's Republic Of Bangladesh, ICSID Case No. Arb/05/07.

*Del Tunari*<sup>167</sup> davasında yatırım yapılan bölgede doğal ve kültürel varlıkların korunması kapsamında bazı ihlaller söz konusu olduğundan, bölgedeki kültürel çeşitliliğe zarar verildiği sonucuna ulaşılmış ve tazminata hükmedilmiştir<sup>168</sup>. Yatırım dışı yükümlülüklerin ihlali yapılan yatırımlar gerçekleştirilirken yabancı yatırımcı şirketlerin çocuk işçi çalıştırması bakımından da gündeme gelmiştir.<sup>169</sup> Bu kapsamda yatırım uyuşmazlıklarının kaynaklandığı pek çok uluslararası metinde de işçi haklarına ilişkin hükümlere yer verilmeye çalışılmıştır. Bu yolla yabancı yatırımların yapılması esnasında çocuk işçi çalıştırılması gibi birtakım ihlaller önlenmeye çalışılmıştır.

*Phillip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia* davasında ev sahibi devletin mevzuatında yer alan sigara ambalajlanması hakkındaki bir yönetmeliğin halk sağlığına zarar verip vermeyeceği tartışılmıştır. Yine 2009 yılında *Vattenfall v. Germany*<sup>170</sup> davasında, İsveçli şirket Vattenfall Hamburg Çevre Kurumu tarafından getirilen su kalitesi standartları ile ilgili olarak yapılan yatırımların sürdürülemez oldukları iddiasıyla ICSID’de dava açmıştır. Buna göre Alman hükümetinin çıkarmış olduğu regülasyon Enerji Şartı Anlaşmasının yatırımların teşviki ve korunmasına ilişkin hükümlerini ihlal etmekte olduğundan tazminat isteminde bulunmuştur. Yine 2012 yılında Vattenfall şirketi tarafından açılan başka bir davada<sup>171</sup>, Alman hükümetinin Fukushima felaketi ile akabinde Alman hükümetinin 17 nükleer enerji santralinin faaliyetlerine 2011 yılı itibarıyla son vermiş olmasına istinaden verilen karar uyuşmazlık konusu olmuştur. Bu santrallerin iki tanesini işleten Vattenfall şirketi uğradığı zarar nedeniyle tazminat talep etmiştir ve Alman hükümeti bu davanın sonucu olarak yatırımcılara çok yüklü bir tazminat ödemiştir. Ancak belirtilmelidir ki tam tersi bir görüşün benimsenmiş olduğu kararlar da mevcuttur. *Metaclad*

<sup>167</sup> *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*, ICSID case No ARB/02/3, 25.02.2002.

<sup>168</sup> Sara Varantina Vadi, *Cultural Heritage and International Investment Law: A Stormy Relationship*, *International Journal of Property* 2008, s. 5.

<sup>169</sup> Diller, J.W., *Child Labor, Trade And Investment: Toward The Harmonization of International Law*, *The American Journal of International Law: notes and comments*, C.4, S.91, s.692.

<sup>170</sup> *Vattenfall AB v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/09/6. Ayrıca bkz. Banu Şit Köşgeroğlu, *Model İkili Yatırım Anlaşmaları ve Türkiye’nin İkili Yatırım Anlaşma Taslağı*, *TBB Dergisi* 2013, C.107, s.154.

<sup>171</sup> *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No ARB/12/12.



*Corporation v. The United Mexican States*<sup>172</sup> kararında Meksika yasaları davacı yatırımcının ülkede tehlikeli bir atık tesisi işletmesini yasaklamıştır. Hakem heyeti ise çevrenin korunması bakımından önem arz eden bu kararın uygulanmasını yerinde bulmuştur.

Hakem heyetlerinin verdikleri kararlar incelendiğinde hakem heyetlerinin *Sole Effect* doktrini ile *Police Power* doktrinleri arasında denge kurarak karar verdikleri görülmektedir. *Sole Effect* doktrinine göre, idari işlem ya da hukuksal düzenlemenin ardında yatan amaç ne olursa olsun dikkate alınmaksızın düzenlemenin yatırıma zarar verip vermediğine bakılacaktır.<sup>173</sup> Bu görüşü savunan yazarlara göre, uyuşmazlıkta özel kanun hükmündeki ve doğrudan uygulanması gereken kural, Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşması hükümleridir.<sup>174</sup> Hakem heyetinin bu yaklaşımı benimsediği *Metalclad v. Meksika*<sup>175</sup> kararında, Federal Meksika hükümeti yatırımcıya tüm şartları sağladığına dair bir güvence sunmuştur. Ev sahibi devletin yerel idari kuralları ise alanın, nadir görülen bir bitki türünün koruma alanı olması nedeni ile yatırımcının bu yapıyı yapmasına izin vermemiştir. Heyet, işlemin arkasındaki amaçla ilgilenmemiş, sadece işlemin yatırım üzerindeki etkisi ile ilgilenmiştir. Nitekim heyet, yatırımcının kısmen ya da tamamen yatırımının ekonomik beklentilerden mahrum kalıp kalmadığını incelemiş ve mahrum kaldığı sonucuna vararak, ev sahibi devlet aleyhine tazminata hükmetmiştir. *Police Power* doktrininde ise önemli olan işlemin yatırımın üzerindeki etkisi olmamakla birlikte, işlemin yapılma amacıdır. Bu doktrin devletlerin yaptıkları idari işlemlere tepki olarak doğduğu ifade edilmektedir.<sup>176</sup> İki doktrin ışığında belirtilebilir ki, öncelikle devletin düzenleme yapma yetki-

<sup>172</sup> *Metalclad Corporation v. The United Mexican States (Final Award) NAFTA Chapter 11 Panel Case No ARB (AF)/97/1 3 August 2000.*

<sup>173</sup> *Metalclad Corporation v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1.*

<sup>174</sup> Catharine Titi, *The Right to Regulate in International Investment Law*, Nomos and Hart Publishing 2014, s. 6.

<sup>175</sup> Ranjan, Prabhaskar, *Police Powers, Indirect Expropriation in International Investment Law, and Article 31(3) (c) of the VCLT: A Critique of Philip Morris v. Uruguay*, *Asian Journal of Law* 2019, Vol 9, s.103, Ben Mostafa, *The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law*, *Australian International Law Journal*, Vol. 15, 2008, s.267.

<sup>176</sup> Catharine Titi, *Police Powers Doctrine and International Investment Law*, *Forthcoming in Andrea Gattini, Attila Tanzi and Filippo Fontanelli (eds) General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Brill, 2018, s. 2.

sinin bir sınırının çizilmesi ve bu yetkinin nerede başlayıp nerede bittiğinin belirlenmesi gereklidir.

Schreuer'e göre<sup>177</sup>, hakem heyetinin kendisini ev sahibi devletin iç hukuku ya da uluslararası hukuk ile sınırlandırmaması gerekmektedir. Ev sahibi devletin iç hukukuna göre çözülecek bir meselede, hakem heyetleri uluslararası hukuka göre bu olayı çözümlenmek durumunda değildir, uluslararası hukukta bu durumu yasaklayan bir kuralın mevcut olmaması yeterlidir. Ancak hakem heyetinin hüküm tesis edeceği karar, uluslararası hukukta bağlayıcı bir kurala aykırılık teşkil eder ise bu durumda iç hukuk kurallarına göre karar verilmemelidir. Ev sahibi devletin iç hukuk kurallarında yer almayan bir iddia, bağımsız bir dayanağı olmak şartı ile uluslararası hukuk bakımından ileri sürülebilecektir.<sup>178</sup> Bu bakımdan doktrinde halen tartışmalar devam etmekte olup, birtakım yazarlara göre uluslararası hukukun bu fonksiyonunun, iç hukukta yer alan kuralların herhangi bir *jus cogens* norma aykırılığının denetlenmesi şeklinde anlaşılması gerekmektedir.<sup>179</sup> İkinci görüşü savunan görüşe göre ise, her durumda uluslararası hukuk kaideleri üstün gelecektir.<sup>180</sup>

Dünyada yaşanan gelişmeler ile birlikte devletlerin ekonomiye müdahale şeklinin değişmesi sonucu günümüzde doğrudan kamu-laştırma olgusuna rastlamak istisnai bir durum haline gelmiştir. Bu kapsamda hakem heyetlerinin doktrindeki bu iki görüşü dengeleyici bir görüş benimsemesi gerektiği sonucuna varılmaktadır. Ancak yatırım tahkiminde yatırım dışı yükümlülüklerin hakem heyetlerince nasıl değerlendirilmesi gerektiği hala muğlaklığını korumaktadır. Bu kapsamda yatırım mahkemelerinin kurulması ile birlikte ev sahibi devletlerin yatırım dışı yükümlülüklerinin yerine getirilmesinde bir yeknesak bir uygulama sağlanacak ve yukarıda belirtilen ihlallerin önüne geçilecektir.

<sup>177</sup> Schreuer/Malintoppi/ Sinclair, The ICSID Convention: A Commentary, Second Edition, Cambridge, University Press, 2009, s. 626 vd.

<sup>178</sup> Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No.ARB/98/4, s.941.

<sup>179</sup> Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No.ARB/98/4, s.941. KARŞ. Klöckner v. Republic on Cameroon Case, ICSID Case No. ARB/81/2.

<sup>180</sup> Valentina Vadi., Jus Cogens in International Investment Law and Arbitration, Netherlands Year Book of International Law, M. den Heijer and H. van der Wilt (eds.), 2015, s.382.

## H. Yatırım Tahkimi Sürecindeki Paralel Yargılama Sorunları

Devletler arasında yatırımların karşılıklı teşviki ve korunmasını amaçlayan iki taraflı yatırım anlaşmalarında, yatırımcı ve ev sahibi devletler arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümlerin mevcuttur. Söz konusu hükümlerde, çoğunlukla, uyuşmazlığın ilk olarak dostane şekilde çözümlenmesi düzenlenmekte olup, uyuşmazlığın bu şekilde çözümlenmemesi durumunda ise yatırımcıya ve/veya ev sahibi devlete, mahkemeye ve/veya tahkime başvurma imkânı tanınmaktadır. Mahkemeye ve tahkime başvurma imkânı birlikte düzenleyen uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümlerin bir kısmına göre davacı bu iki yola başvurmak konusunda bir seçimlik hakka sahiptir.<sup>181</sup> Yabancı literatürde bu nitelikteki kayıtlar “*fork in the road*” kayıtları olarak bilinmektedir. Yabancı unsurlu uyuşmazlıkların çözümünde karşılaşılan paralel yargılama sorunu aynı uyuşmazlık ile ilgili olarak eş zamanlı olarak yerel mahkeme ve hakem heyetine başvurulduğu durumlarda ortaya çıkabilmektedir. Paralel davalar, bu bakımdan emek ve zaman kaybına sebep olmasının yanında, yargılamalar sonucunda birbirinden bağımsız ve çelişkili kararların da mevcut olmasına sebebiyet vermektedir.

Yatırım anlaşmalarında tahkim ve yerel mahkemelere başvuru süreci arasındaki ilişkinin farklı şekillerde düzenlenmiş olduğu da görülmektedir. Bazı yatırım anlaşmalarında tahkim usulüne başvurulmadan önce iç hukuk yollarının tüketilmiş olması bir şart olarak öngörülmekte iken, bazı yatırım anlaşmalarında ise yatırım uyuşmazlıklarının yerel mahkemeler tarafından çözümlenmemiş olması durumunda tahkim usulüne başvurulması gerektiği öngörülmektedir.<sup>182</sup> Örneğin *CME* kararında<sup>183</sup> ABD vatandaşı Ronald S. Lauder çoğunluk hissesine sahip olduğu ve Hollandalı Şirket *CME Czech Republic*'in

<sup>181</sup> Christoph Schreuer, Travelling the BIT Route of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road, *The Journal of World Investment & Trade* 2004, C.5, S. 231, s. 239.

<sup>182</sup> İnci Ataman Figenmeşe, Manufacturing Consent to Investment Treaty Arbitration by Means of the Notion Arbitration Without Privity, *Annales de la Faculte de Droit d'Istanbul* 2011, s.188. Ayrıca bkz. Bilgin Tiryakioğlu, *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması*, Dayınlarlı Yayınevi 2013, s.182.

<sup>183</sup> *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL 1976 < <https://www.italaw.com/cases/281> > Erişim: 28.03.21. Ayrıca bkz Pelin Akın, *Uluslararası Tahkimde Çok Taraflılık*, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2014, C.18, S. 3-4, s. 313.

kontrolü altında bulunan Cet, sahip olduğu lisans hakkına istinaden televizyon yayınında bulunduğu esnada Çek Cumhuriyeti yayına müdahale etmiştir. Bu müdahale üzerine Ronald S. Lauder Çek Cumhuriyeti ile ABD arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasına dayanarak Londra'da tahkim yargılamasına başvurmuş, aynı zamanda Hollandalı şirket ise Hollanda ile Çek Cumhuriyeti arasında akdedilen ikili yatırım anlaşmasına dayanarak Stockholm'de tahkime başvurmuştur. Daha sonrasında Londra'daki hakem heyeti yatırım anlaşmasının ihlal edilmediğini ileri sürmüş ve tazminat talebini reddetmiştir. Çek Cumhuriyeti ise 270 milyon dolar tazminata hükmetmiştir.

İlk davanın açılmasından sonra Çek Cumhuriyeti Stockholm'deki davada *res judicata* sebebiyle davanın reddini talep etmişse de heyet her iki yargılamada tarafların ve dayanak gösterilen anlaşmaların farklı olması sebebi ile bu itirazları reddetmiştir. Çek Cumhuriyeti daha sonrasında kararın iptali için dava açmış fakat dava taraflarının farklı olması sebebi ile *lis pendens* ve *res judicata* itirazları hakem heyeti tarafından reddedilmiştir. Benzer bir diğer örnek olarak, *CMS Gas Transition Company v. Arjantin*<sup>184</sup> kararında Arjantin hükümeti, Arjantin Yüksek Mahkemesinde görülmekte olan diğer bir dava sebebiyle derdestlik itirazında bulunmuştur. Ancak hakem heyeti görülen davanın diğer tarafının doğrudan CMS değil, %25 hissesini elinde bulundurduğu TGN Arjantin Şirketi olduğunu tespit ederek mahkeme ile ICSID tahkiminin taraflarının farklı olması sebebi ile *lis pendens* itirazını reddetmiştir.

Bunun yanı sıra, güncel bir hakem kararında paralel süreçlerle ilgili olarak uyumsuzluğu kabul edilebilirlik kriterleri bakımından inceleyerek farklı bir yaklaşım benimsemiştir. *Ampal vs. Egypt*<sup>185</sup> davasında, uyumsuzluk konusu boru hattı yapımına ilişkin toplamda dört adet tahkim davası açılmıştır. Davacı Ampal şirketinin Amerikalı şirket olan bir yatırımcı Amerika ile Mısır arasında akdedilen iki taraflı yatırım anlaşmasına dayanarak ICSID'de tahkim yoluna başvurmuştur.<sup>186</sup> Aynı zamanda Ampal şirketi paydaşlarından başka bir gerçek

<sup>184</sup> CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8.

<sup>185</sup> Ampal-American Israel Corp. and others v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/12/11.

<sup>186</sup> Fontanelli, Flippo, Jurisdiction and Admissibility in Investment Arbitration: The

kişi yatırımcı ise Mısır- Polonya arasında akdedilen iki taraflı yatırım anlaşmasına dayanarak UNCITRAL tahkimine başvurmuştur. Mısır hükümeti aynı anda iki paralel sürecin başlatılmasını tahkim yargılamasının kötüye kullanılması olduğunu iddia etmiştir. UNCITRAL Hakem heyeti halihazırda yargılamayı yürütmekte olduğundan, ICSID bünyesinde görülen davada hakem heyeti bu hususun hakkın kötüye kullanılması olarak değil, kabul edilebilirlik kriterleri bakımından değerlendirilmesi gerektiğine ve bu bakımdan kararın kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

Bu tür paralel süreç sorunlarına çözüm olarak, aynı tür uyuşmazlıklar bakımından aynı hakem heyetlerinin atanması gerektiği öngörülmüştür. Örneğin *Salini Construttori SpA v. Fas*<sup>187</sup> ile *Consortium RFCC v. Fas*<sup>188</sup> davalarında her iki uyuşmazlık da İtalya ile Fas arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasına dayandığı, benzer maddi ve hukuki dayanaklara sahip oldukları için ICSID Genel Sekreterliği her iki tahkim yargılaması için yeknesak bir uygulama olabilmesi adına aynı hakem heyetini atamıştır. Başka bir deyişle İngiliz Temyiz Mahkemesi ikinci tahkim yargılamasında aynı hakem heyetini atayarak bu sorunu önlemeye çalışmıştır. Bu bakımdan yatırım tahkiminde davacı yatırımcıların aynı uyuşmazlık için birden fazla yargılama sürecine katılmasının davalı ev sahibi devletler bakımından haksız sonuçlar doğurmakta olduğu ileri sürülmüştür. Nitekim çoğu zaman paralel süreçlerin var olması ekonomisi güçlü olmayan ülkeler bakımından zorluklar arz edecek olup, birden çok süreç için ödenecek maliyet ve ev sahibinin yüklendiği sorumluluk yüksek olacaktır.<sup>189</sup> Bunun yanı sıra, birden fazla yargılama usulüne başvurulacağı için yargı yetkisine güven azalacak, bu bakımdan mükerrer iddiaların mevcut olması sürecin kötüye kullanılmasına neden olacaktır.<sup>190</sup> Bu bakımdan yatırım mahkemelerin kurulması ile birlikte tek bir yargılama usulü benimsenmiş olacaktır.

Practice and the Theory, Brill Research Perspectives in International Law, s.22.

<sup>187</sup> *Salini Construttori SpA and Italstrade SpA v. Fas*, ICSID Case No. ARB/00/4.

<sup>188</sup> *Consortium RFCC v. Royaume du Maroc*, ICSID Case No. ARB/00/6

<sup>189</sup> August Reinsich, *The Issues Raised by Parallel Proceedings and Possible Solutions, The Backlash Against Investment Arbitration: Perception and Reality* (in Michael Waibel, Asha Kaushal et al. Eds.) Kluwer Law International 2010, s.114- 115.

<sup>190</sup> *Investment Arbitration and Parallel Proceedings*, 27 Nisan 2020 < <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d50cded5-ba00-478a-becc-a9e1fd7eedd0> > Erişim: 30.03.21.

dan içtihatlar arasında tutarlılık sağlanacak, paralel süreç sorununun önüne geçilmiş olacaktır.<sup>191</sup>

## I. Yatırım Tahkim Yargılaması Usulünün Suiistimali

Yatırım tahkiminin yatırımcıya sunduğu bir avantaj yabancı yatırımların ev sahibi devletle olan uyumsuzluklarında kendilerine sağlanan haklardan yararlanmak maksadı ile yatırım tahkimine başvurmayı tercih etmektedirler. Bununla birlikte yatırımcıların, çoğu zaman yatırım tahkimi bakımından yetkinin konu, kişi ve rıza bakımından doğabilmesi için bu usule dolanmakta olduğu görülmektedir. Başka bir deyişle, yatırımcılar yatırım hukuku sisteminin sağladığı avantajlardan yararlanabilmek için yatırımlarını kurgulayabilmekte hatta uyumsuzluk doğduktan sonra bile bazı eylemlerde bulunarak hukuki koruma elde etmeye çalışabilmektedirler. Bu kapsamda normal koşullar altında yatırım tahkiminde dava açma hakkı bulunmayan yatırımcılar kişi, konu ve rıza bakımından yetkisiz oldukları halde bu usule başvurabilmektedirler.

ICSID tahkimi bakımından Merkez'in yetkisini ICSID Konvansiyonunun 25. maddesi belirlemektedir. Buna göre, taraflar arasında hukukî bir uyumsuzluk mevcut olmalıdır, söz konusu hukukî uyumsuzluk doğrudan bir yatırımdan kaynaklanmalıdır, uyumsuzluk âkit devlet ile başka bir âkit devletin vatandaşı arasındaki bir hukuki ilişkiden kaynaklanmalıdır, uyumsuzluğun ICSID tahkiminde çözülmesine ilişkin tarafların iradesi mevcut olmalıdır. Yatırımcılar bu üç yetkinin sağlanabilmesi için, sisteme dolanarak bu şartların gerçekleştirilmesini sağlamaktadırlar.

### 1. Yatırım ve Yatırımcı Kavramına Bağlı Suiistimler

Gerçek veya tüzel kişiler yatırım anlaşmasının sağladığı hukuki korumadan yararlanabilmek için yatırım anlaşmalarında öngörülen yatırımcı sıfatına ilişkin şartları sağlamak zorundadırlar. Böylelikle bu anlaşmaların hukuki korumasından istifade edebileceklerdir.<sup>192</sup> Yatırım

<sup>191</sup> Ellen Teitz Louise, Both Sides of the Coin: A Decade of Parallel Proceedings and Enforcement of Foreign Judgments in Transnational Litigation, Roger Williams University School of Law 2004, C.10, S.1, n.24.

<sup>192</sup> Salacuse, Jeswald W., The Law of Investment Treaties, Oxford Scholarly Authori-

uyuşmazlıklarındaki taraflar üçüncü ülke ile akdedilen yatırım anlaşmasının daha lehe olan hükümler içermesi durumunda, yatırımlarını buna göre kurgulayabilmektedirler.<sup>193</sup> Bu bakımdan yabancı yatırımcılar kişi bakımından yetki şartını gerçekleştirebilmek için posta kutusu şirket kurabilmektedirler. Posta kutusu şirket veya paravan şirket terimi, sadece tüzel kişi olarak mevcut olan, aslında hiçbir mal varlığı veya ticari faaliyeti olmayan şirketler için kullanılan bir terimdir.<sup>194</sup> İşte yatırımcılar yatırıma elverişli bir devlette posta kutusu şirket kurarak bu devletin vatandaşlığını kazanmaya çalışmaktadırlar.

*Cementownia v. Türkiye*<sup>195</sup> davasında hakem heyeti bir paravan şirketin kuruluşu yapılan yatırım kapsamında yatırım ekonomik bir amaca dayanıyorsa konu bakımından yetki koşulunun sağlandığı sonucuna varmıştır. Bu kapsamda konu bakımından yetki koşulunun sağlanması için yatırım tahkiminde tarafların “*treaty shopping*” yaptıkları görülmektedir. *Treaty shopping* pek çok şekilde ortaya çıkabilmektedir. Yatırım uyuşmazlıklarındaki taraflar üçüncü bir ülkenin korumasından yararlanabilmek veya üçüncü ülke ile akdedilen yatırım anlaşmasının daha lehe olan hükümler içermesi durumunda, üçüncü ülke ile akdedilen anlaşma hükümlerinden yararlanabilmek için yatırımlarını buna göre kurgulayabilmektedirler.<sup>196</sup>

*Saluka v. Çek Cumhuriyeti*<sup>197</sup> kararında Çek Cumhuriyeti davadaki gerçek yatırımcının Saluka değil, bu şirketi kontrol eden Namura olduğu Japonya ile Çek Cumhuriyeti arasında yatırım anlaşması bulunmadığı için Namura'nın Japon şirketi olması nedeniyle tahkime rıza şartının gerçekleşmediğini iddia etmiştir. Hakem heyeti yatırımcı tanımının ekonomik değil, hukuki olması gerektiğini belirtmiştir. ICSID m.25'e göre doğrudan yatırımdan kaynaklanan ve âkit devletle bir başka âkit devlet arasındaki uyuşmazlıklar ICSID tahkimince çözü-

ties on International Law, s.187.

<sup>193</sup> Berk Demirkol, Book Review J. Baumgartner, *Treaty Shopping in International Investment Law*, *Netherlands International Law Review*, 2017, s.537.

<sup>194</sup> Anthony C. Sinclair, *Investment Protection for Mailbox Companies under the 1994 Energy Charter Treaty*, *Transnational Dispute Management*, C.2, 2005, s. 5.

<sup>195</sup> *Cenentownia “Nowa Huta” S.A. v Tiirkiye Cumhuriyeti*, ICSID Case No. ARB(A)/06/2.

<sup>196</sup> Berk Demirkol, Book Review J. Baumgartner, “*Treaty Shopping in International Investment Law*”, *Netherlands International Law Review*, 2017, s.537.

<sup>197</sup> *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL Award Permanent Court of Arbitration, 17 Mart 2006.

lebilecektir. Görülmektedir ki, ICSID mevzuatında “yatırımcı” ifadesi kullanılmamıştır. Bu kapsamda doğrudan yatırımdan kaynaklanan ve Âkit devlet’le bir başka Âkit devlet’in vatandaşı arasında doğmuş olması gerektiği ifade edilmiştir. Bu kapsamda aslında davacının her durumda yatırımcı olması gerekmemektedir, halefiyet veya temlik alan bir kişi de hak sahibi olduğu için dava açabilecektir.<sup>198</sup> Bu kapsamda davacının her durumda yatırımcı sıfatını haiz olmasının bir zaruret olmadığı ancak her koşulda hak sahibi olması gerektiği sonucuna ulaşılabilecektir. Bu kapsamda aslında *Saluka v. Çek Cumhuriyeti* kararında hakem heyetinin tespit etmiş olduğu değerlendirmelerin aksine, yatırımcı yatırım uyumsuzluklarında ekonomik bir kapsamda değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır.

Yine *Yukos v. Rusya*<sup>199</sup> davasında davacı yatırımcının Enerji Şartı Anlaşması kapsamında korunan bir yatırımcı olup olmadığı tartışılmıştır. Davalı Rusya Federasyonu, davacının Enerji Şartı Anlaşması kapsamında korunan bir yatırımcı olmadığını ve bir paravan şirket kurduğunu iddia etmektedir. Hakem heyeti bu sorun karşısında Enerji Şartı Anlaşmasının önce Birleşmiş Milletler Uluslararası Antlaşmalar Hukuku Hakkında Viyana Konvansiyonunun 31. Maddesine göre yorumlanması gerektiği tespitinde bulunmuştur. Bu yorum kapsamında davacının yatırımcı yönünden yaptığı itirazın reddine karar vermiştir. Hakem heyeti Prof. Crawford’un şirketin yönetim, pay sahipliği, yönetim, idare merkezi, iş faaliyetlerinin yeri veya pay sahiplerinin vatandaşlığı ile ilgili bir tespitte bulunmadığı yönündeki eleştirisine katılmıştır.<sup>200</sup> Bu açıdan hakem heyeti davacı şirketin Âkit bir Devlette kurulması gerektiği haricinde başka bir şart aranmaması gerektiği sonucuna varmıştır.<sup>201</sup>

Nitekim yukarıda belirtildiği üzere yatırım anlaşmalarının çoğunda “yatırım” ve “yatırımcı” kavramlarına yer verilmiş olmakla birlikte bu kavramların tanımı genel olarak mevcut değildir.<sup>202</sup> Bu noktada paravan

<sup>198</sup> Berk Demirkol, “Yatırım Tahkiminde Paravan Şirketlerin Yol Açtığı Yetki Sorunları”, *BATİDER* 2012, C.28, S.3, s. 339.

<sup>199</sup> *Yukos Universal Limited v. Rusya Federasyonu*, PCA Case No. AA 227.

<sup>200</sup> *Yukos Universal Limited v. Rusya Federasyonu*, PCA Case No. AA 227, § 411.

<sup>201</sup> *Yukos Universal Limited v. Rusya Federasyonu*, PCA Case No. AA 227, § 430 vd.

<sup>202</sup> *Romak S.A. (Switzerland) v. The Republic of Uzbekistan*, UNCITRAL PCA Case No. AA280.



şirketlerin yatırımcı olarak değerlendirilmemesi onların yatırım tahkimine başvurmayacağı anlamına gelmemektedir. Çünkü aslında bu kişiler de gerçek hak sahibi olabilmektedirler.<sup>203</sup> Bu bilgiler ışığında yatırım tahkiminde paravan şirketlerin süreci yöneten kişiler olarak görünseler de asıl olarak süreci onların yürütmediği sonucuna ulaşılabacaktır. Ancak yatırım tahkiminde yetki yatırımcı sıfatına göre belirlenmekte olduğundan, paravan şirketi kontrol eden gerçek yatırımcının ev sahibi devlet haricindeki devletlerden birinin vatandaşı olması, ICSID açısından yine “bir başka Âkit devletin vatandaşı” şartını sağlamış olacaktır.

Yukarıda belirtildiği üzere yatırım tahkimindeki genel eğilim paravan şirket kullanılarak açılan davalarda yatırım hukukundan kaynaklanan hakların dürüstlük kuralına göre çözülmesidir. Ancak doktrindeki bazı görüşlere göre, tek başına paravan şirketin dava açması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeyecektir. Hatta doktrinde “*treaty shopping*”in yasak olmadığı, tarafların irade serbestisi ilkesi çerçevesinde serbestçe yatırımlarını kurgulayabilecekleri de ifade edilmektedir.<sup>204</sup> Öte yandan uyuşmazlık çıktıktan sonra, sırf yatırım hukukunun verdiği olanaklardan yararlanmak amacı ile, zarar gören bir şirketin hisselerinin yatırım tahkiminde *ratione persone* yetkisi olan bir başka şirket tarafından devralınması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir. Bir kuralın verdiği hakkın bu kuralın amacına aykırı kullanılması hakkın kötüye kullanılması teşkil eder ve hukuk düzeni hakkın kötüye kullanılmasını korumamaktadır.<sup>205</sup> Bu kapsamda yatırım tahkiminde *ratione persone* yetki suiistimaline neden olmaktadır.

Yatırım tahkiminde yetki suiistimali incelenirken Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılan yatırım uyuşmazlıkları davalarını incelemek yerinde olacaktır. 2020 tarihi itibarıyla Türkiye aleyhine 12 adet tahkim yargılaması başlatılmış olup, bunlardan 9’u sonuçlanmış 3’ü ise devam etmektedir.<sup>206</sup> Bununla birlikte bazı Türk yatırımcıların, yukarıda açıldığını gibi kendilerini yatırımcı göstererek ICSID’e başvurdukları görülmektedir.

<sup>203</sup> Berk Demirkol, “Yatırım Tahkiminde Paravan Şirketlerin Yol Açtığı Yetki Sorunları”, *BATİDER* 2012, C.28, S.3, s. 343.

<sup>204</sup> Dolzer Schreier, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2008, s. 54.

<sup>205</sup> Oğuzman/Barlas, *Medeni Hukuk*, İstanbul, 2011, s. 249.

<sup>206</sup> ICSID Cases Databases < <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database> > Erişim: 8.4.21.

*Saba Fakes v. Türkiye Cumhuriyeti*<sup>207</sup> davasında davacı Saba Fakes gerçekte ICSID sözleşmesine göre dava açma hakkı bulunmayan Uzan ailesi tarafından paravan olarak kurulmuş bir şirkettir. Davacı kötü niyetle dava açmış ve 19 milyar Amerikan doları talep etmiştir. Uzanlar Saba Fakes tahkiminden elde ettikleri sonuç ile *Libananco v. Türkiye*<sup>208</sup> davasını Türk vatandaşı olmayıp, diğer bir Âkit devlet vatandaşı olan gerçek kişi aracılığıyla açmıştır. Bu davada Libananco şirketi, ÇEAŞ ve Kepez Elektrik şirketlerinde hisse sahibi olduğunu ve Türkiye'nin şirketlerin malvarlığına hukuka aykırı şekilde el koyup kamulaştırdığını iddia ederek yatırım tahkimine başvurmuştur. Tahkim sürecinde davacı yatırımcının Uzanlar tarafından kontrol edilip edilmediği incelenecekken, buna karar verilmeyip hisse devir sözleşmelerinin gerçek olup olmadığının, davacının yatırımcı olup olmadığının ve diğer iddiaların araştırılması süreci uzatmıştır. Nitekim eğer tüzel kişilik perdesi kaldırılmış olsaydı Libananco ve Saba Fakes şirketlerinin Uzanlar tarafından kontrol edildiği tespit edilecek ve dava yetki yönünden ilk aşamada reddedilecekti. Her iki dava da iddia edilen uyuşmazlığın uluslararası anlaşmalar vasıtası ile ICSID'de ve sürecin kötüye kullanıldığının kanıtıdır.

Yatırım bakımından suiistimallere bakıldığında ise, yabancı yatırım kavramının tanımı yapılmamış olmakla birlikte, kavramın içeriği ve yorumu doktrin ve hakem kararlarında tartışmalı bir konu olmuştur.<sup>209</sup> Hakem heyeti yabancı yatırım kavramının unsurlarına ilişkin, *Salini v. Morocco*<sup>210</sup> davasında bazı kriterler tespit etmiştir. Bu sebeple bazı hakem heyetleri tarafından "Salini Kriterleri" olarak adlandırılmıştır. Salini kriterlerinde "yatırım"ın tespiti dört unsurun bir araya gelmesi ile belirlenmiştir. Bunlar; taraflar arasındaki işlemin belirli bir süre devamlılık göstermesi, kazanç ve risk unsurlarının mevcut olması, yatırımcının önemli bir taahhüt altına girmesi, yatırımın ev sahibi

<sup>207</sup> Saba Fakes v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20.

<sup>208</sup> Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/06/8.

<sup>209</sup> Doktrinde bunun nedeninin "yatırım" kavramının bilinçli olarak ICSID Konvansiyonunda tanımlanmamış olması olduğu ifade edilmiştir. Emmanuel Gaillard, Identify Or Define? Reflections On The Evolution Of The Concept Of Investment In ICSID Practice, International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer, Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinsch, and Stephan Wittich, Oxford University Press 2009, s.404.

<sup>210</sup> Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4.

devletin gelişimine katkı sağlamasıdır.<sup>211</sup> *Phoenix v. Çek Cumhuriyeti*<sup>212</sup> kararında ise hakem heyeti bu unsurlara iki tane daha eklemiştir. Bu ek şartlar ise, yatırımın ev sahibi devletlerin kanunlarına uygun olarak yapılması ve yatırımın yapılırken iyi niyetle yapılmış olmasıdır<sup>213</sup> Doktrinde bu iki şartın eklenmesi, hakem heyetlerinin esasa ilişkin bir inceleme yapmasına yol açması nedeni ile eleştiriye uğramıştır.<sup>214</sup> *Abac-lat v. Arjantin*<sup>215</sup> davasında hakem heyeti yatırımın kendisinin mevcut olup olmadığı hakkında bir inceleme yapılması ile yetinileceğine karar vermiştir, ev sahibi devletin kanunlarına uygunluğun tespiti esasa ilişkin bir inceleme yapılmasını gerektirmektedir.<sup>216</sup>

Yatırım hukukunda en büyük tartışmalardan biri de yatırımcının yatırımını hukuka aykırı yoldan yapması durumunda, uyuşmazlığın yatırım ile ilgili olması koşulunu sağlamış olup olmayacağıdır. Yatırımcı bir imtiyaz sözleşmesi ile ilgili bir ihaleye fesat karıştırdı ise veya uluslararası hukukta kabul görmeyen bir sektöre yatırım yaptı ise, bu gibi durumların yatırım tahkiminde yatırım olarak değerlendirilmediği tartışmalıdır.<sup>217</sup> Uluslararası yatırım yargılamalarında yolsuzluk gibi hukuka aykırı bir eylemin ika edildiği çoğunlukla ev sahibi devletler tarafından öne sürülmektedir. Bunun nedeni yolsuzluk iddialarının ikili yatırım anlaşmalarında bulunan hukuka uygunluk şartının davanın tümüne etki ederek yatırımcılar açısından avantaj sağlayan geniş bir savunma mekanizması oluşturabilmesidir. *Metal- Tech v. Özbekistan*<sup>218</sup> davasında ev sahibi devlet yatırımcının yolsuzluk yaptığını

<sup>211</sup> Alper Çağrı Yılmaz, *Enerji Yatırımlarının Korunması*, İstanbul 2013, s. 41-50.

<sup>212</sup> *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5.

<sup>213</sup> *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, para 114.

<sup>214</sup> Berk Demirkol, *The Notion of 'Investment' in International Investment Law*, *Turkish Commercial Law Review*, Vol 1, No 1, 2015, s. 48.

<sup>215</sup> *Abac-lat and Others v. The Argentina Republic*, Decision on Jurisdiction and Admissibility, ICSID Case No ARB/07/5.

<sup>216</sup> Öte yandan *Saba Fakes v. Türkiye* davasında yatırımın iyi niyetle yapılmış olması kriterinin aranması reddedilmiştir. Bunun ICSID Konvansiyonunun 25. maddesinin lafzına aykırı bir değerlendirme olacağı ifade edilmiştir.

<sup>217</sup> Bu durum doktrinde pek çok kez eleştiriye konu olmuştur. Mohamed Rouf Abdel, *How Should International Arbitrators Tackle*, *ICSID Review 2009*, C.12, S. 1, s.116, Haugeneder Florian, Christoph Liebscher, *Investment Arbitration Corruption and Investment Arbitration, Substantive Standards and Proof*, Austrian Arbitration Year Book 2009, s 539- 564, Anna Bonini, Thomas Kendra, *Dealing with Corruption Allegations in International Investment Arbitration: Reaching a Procedural Consensus?* *Journal of International Arbitration*, C.31, S.4, s.439-453.

<sup>218</sup> *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3.

ileri sürmüştür. Uyuşmazlıkta, Metal- Tech<sup>219</sup> 1994 tarihli İsrail ile Özbekistan arasında akdedilen yatırımların karşılıklı korunmasına ilişkin ikili anlaşmada yer alan yatırımın haksız kamulaştırıldığı, adil ve eşit davranma yükümlülüğüne aykırı hareket edildiği, yatırıma karşı makul ve adil olmayan önlemler alındığı, tam koruma ve güvenlik ilkelelerine aykırı davranıldığı iddia ederek dava açmıştır. Özbekistan hükümeti ise yatırımcının onay alabilmek için yolsuzluk, dolandırıcılık ve gerçeğe aykırı beyan gibi hukuka aykırı eylemlerde bulunduğunu iddia etmiştir. Hakem heyeti iddianın ispatlanması ile birlikte yatırımcının ev sahibi devlet hukukuna aykırı davranışta bulunduğunu bildirmiştir.<sup>220</sup> Hakem heyetinin kararına göre, söz konusu uyuşmazlıkta hukuka aykırı yolla gerçekleştirilen bir yatırımın mevcut olması sebebiyle tahkime rıza şartı gerçekleşmemiştir ve hakem heyetinin yargılama yetkisi yoktur.<sup>221</sup>

*World Duty Free v. Kenya*<sup>222</sup> davasında, Man Adasına kayıtlı World Duty Free şirketi, 1989 yılında Kenya’da Nairobi ve Mombassa Uluslararası havalimanlarında duty-free kompleksinin inşa, bakım ve işletimini üstlenebilmek için 2 milyon dolar rüşvet vermiştir.<sup>223</sup> Hakem heyetinin tespitine göre rüşvet uluslararası hukuka aykırıdır ancak heyet bu davada Kenya başkanının yaptığı yolsuzluğun Kenya hükümetine atfedilemeyeceğine karar vermiştir. Kamu görevlisinin eylemi nedeniyle devlete atfedilecek sorumluluk doktrinde tartışmalı bir husustur. Nitekim bu dava çoğu tahkim davası gibi iki başkanın hukuka aykırı davranışını Kenya ve İngiliz hukukuna göre değerlendirmiş ve bu hukuklara göre hukuka aykırı eylemin devlete atfedilebileceğine dair bir hüküm bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır.<sup>224</sup> Hakem heyetinin bu kararı doktrinde pek çok bakımdan eleştirilmiştir.<sup>225</sup> Birleşmiş Mil-

<sup>219</sup> Metal- Tech şirketi Özbekistan’da molibdenum üreten tek üretici firma ile ortak girişim oluşturmuş ve bu ortak girişim sayesinde yatırım yapmıştır.

<sup>220</sup> Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan, ICSID Case No. ARB/10/3, para. 379.

<sup>221</sup> Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan, ICSID Case No. ARB/10/3, para. 389-423.

<sup>222</sup> World Duty Free Company v Republic of Kenya, ICSID Case No. Arb/00/7.

<sup>223</sup> World Duty Free Company v Republic of Kenya, ICSID Case No. Arb/00/7, para. 136.

<sup>224</sup> World Duty Free Company v Republic of Kenya, ICSID Case No. Arb/00/7, para. 185.

<sup>225</sup> Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, < [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft\\_articles/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf) > Eri-

letler Milletlerarası Haksız Fiilden Dolayı Devletlerin Sorumluluğu Kurallarının 4. Maddesine göre devlet organlarının davranışları devletlerin bir haksız fiili sayılabilmektedir. Şüphesiz Kenya başkanının eylemi bu kapsamda değerlendirileceğinden, devlete atfedilebilmelidir.<sup>226</sup> Farklı bir görüş olarak Crawford'a göre ise, hakem heyetinin kararı yerinde olup, sözleşmesel sorumluluk sözleşmeye uygulanacak hukukla ilgili bir meseledir.<sup>227</sup> Yatırım uyuşmazlığında böyle bir haksız fiil işlendiğinde, sözleşme tarafının hukuka aykırı eyleminden söz edilmelidir. Zira yatırımcı rüşvet ile hukuka aykırı eylem neticesinde yatırımcı sıfatını kazanmış ise sözleşmenin geçerliliği tartışmalı olmakla birlikte, bu durumda Birleşmiş Milletler Milletlerarası Haksız Fiilden Dolayı Devletlerin Sorumluluğu Kurallarına başvurulamayacaktır.

Görüldüğü üzere yatırımcılar yatırımcı sıfatı kazanabilmek için hukuka aykırı eylemlerde bulunarak, yatırım tahkimi usulünü suiistimal edebilmektedirler. Yatırımcının hukuka aykırı eylemde bulunduğunu ispat yükü, ev sahibi devletlere ait olup, hukuka aykırı davranışın ispatlandığı durumlarda, yatırımcının iddiaları reddedilmektedir. Bu açıdan iki taraflı ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında, yatırım ile yatırımcı tanımının kapsamı yetki bakımından hukuka aykırı eylemleri önleyecek şekilde düzenlenmelidir. Yatırımcı sıfatını kazanabilmek için ifa edilen bu tür eylemler mahkeme nezdinde çözülmesi gereken sorunlar iken, bu sorunların milletlerarası yatırım tahkiminin kendine has sorumluluk ilkeleri ışığında çözülmesi pek çok açıdan sakınca yaratabilmektedir. Yolsuzluk ve benzeri rüşvet gerçekleştiği taktirde tahkim yargılamasının kahir ekseriyetle yatırımcının haklarını koruyan bir mekanizma olması nedeni ile bazı problemler yaratacağı da açıktır. Bu sonuca bağlı olarak yatırımın gerçekleşmesi aşamasında bu incelemenin tarafsız ve bağımsız mahkemelerce yapılması hukuken daha isabetli olacaktır.

---

şim: 11.04.21.

<sup>226</sup> Jason Yackee, Webb, Investment Treaties and Investor Corruption, An Emergent Defense for Host States?, *Virgiana Journal of International Law*, University of Wisconsin Legal Studies Research Paper no. 1181, s. 10.

<sup>227</sup> James Crawford, Investment Arbitration and the ILC Articles on State Responsibility, *ICSID Review*, C.25, S.1, 2010, s.134-135.

### 3. Diğer Nedenlerle Ortaya Çıkan Suiistimler

Birleşmiş Milletler Anlaşmasının bütünleyici bir parçası olan Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 38. Maddesi uluslararası hukukun şekli kaynaklarına yer vermiştir.<sup>228</sup> Buna göre şekli kaynaklar ikiye ayrılmaktadır. 38. Maddenin birinci fıkrasında asli kaynaklar belirtilmiştir. Asli kaynaklar, uluslararası andlaşmalar, örf ve âdet kuralları ile hukukun genel prensipleridir. Yardımcı kaynaklar ise içtihat ve doktrindir. Görüldüğü üzere hukukun temel prensipleri, uluslararası andlaşmalar ve örf adet kuralları ile aynı düzeydedir. Bu kapsamda iyi niyet, ahde vefa, kazanılmış haklara saygı, hakkın kötüye kullanılması yasağı, verilen zararların tazmini gibi uluslararası hukukun temel prensipleri, ticari örf ve adet ile teamüllerle birlikte uygulanmaktadır.

Uluslararası hukuk tespit edilirken BM Adalet Divanının iyi niyet, ahde vefa, kazanılmış haklara saygı, hakkın kötüye kullanılması yasağı, verilen zararların tazmini gibi uluslararası hukukun temel prensipleri, ticari örf ve âdet ile teamüllerle birlikte uygulama alanı bulmaktadır. Bütün devletler uluslararası hukukun temel kaynaklarından biri olan hukukun genel ilkelerine uymakla yükümlüdürler. Nitekim tüm devletler bu ilkelere bağlı kalmakla yükümlüdürler.<sup>229</sup>

ICSID Konvansiyonunda “iyi niyet” kavramı belirtilmemiş olmakla birlikte, bazı hakem heyetleri yetkisini belirlerken kararlarında bu kavramı kullanmıştır. *Saba Fakes v. Türkiye Cumhuriyeti* kararında iyi niyet kavramı kullanılmıştır.<sup>230</sup> Yine *Phoenix* kararında hakem heyeti, tahkim yargılamasındaki görevini, iyi niyet ilkesine sahip olan ve sistemi suiistimal etmeyen yatırımların korunmasını sağlamak olarak ifade etmiştir.<sup>231</sup> Türkiye'nin taraf olduğu Alaplı davası<sup>232</sup> da iyi niyet kriterinin incelendiği önemli davalardan biridir. Yalnızca kötü niyetli olarak yatırım tahkimine başvurmak amacı ile yatırımın gerçekte var olmadığı halde, gerçek bir yatırım yapılmış olması tespitine ulaşılmıştır. İyi niyet, dürüst davranma ve hakkın kötüye kullanılması yasağı

<sup>228</sup> Statute of International Court of Justice < [https://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/ijc\\_statute\\_e.pdf](https://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/ijc_statute_e.pdf) > Erişim: 15.04.21.

<sup>229</sup> Işıl Egemen Demir, “ICSID Tahkiminde Kisi Bakımından Yetki”, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 222.

<sup>230</sup> *Saba Fakes v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/07/20.

<sup>231</sup> *Phoenix Action, Ltd. v. Çek Cumhuriyeti*, ICSID Dava No. ARB/06/5.

<sup>232</sup> *Alaplı Elektrik B.V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/08/13.

madalyonun iki yüzü olarak bilinmektedir.<sup>233</sup> Bu kapsamda uyumsuzluğun çözümünde ICSID yargılamasına girip girmediğini denetleme yetkisi davayı açan tarafın sözleşmeyi kötüye kullanma riski de dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Bu kapsamda yatırım uyumsuzluklarında hakem heyetine kötü niyetli başvuru gelmeden, mahkemece usulden bir değerlendirme yapılması ve bu tür suiistimali önleyici yeni mekanizmalar geliştirilmesi gereklidir. Yatırım mahkemelerinin kurulması bu açıdan kötü niyetli başvuruları önleyici bir işlev görecektir.

## J. İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarının Yetersizliği

Yatırımların karşılıklı teşviki ve korunmasına dair ikili yatırım anlaşmaları, uluslararası yatırım hukukunun temel düzenlemelerinden biridir. Bu anlaşmaların temel işlevinin yatırımların teşviki ve korunması olması nedeni ile dengenin genel olarak ev sahibi devlet aleyhine olduğu ifade edilmektedir. Başlangıçta iki taraflı yatırım anlaşmaları geliştirmekte olan ülkelerin sermaye ithali çabası içinde olduğu, ekonomik olarak gelişmiş ülkelerin de sermaye ihraç ettiği ve bu sermayenin korunması gerektiği düşüncesinden doğmuştur.<sup>234</sup>

Çok taraflı yatırım anlaşmalarının yapılmasının zorluğu ve dünya çapında kabul gören bir anlaşmanın mevcut olmaması, devletlerin iki taraflı yatırım anlaşmalarını daha çok tercih etmelerine neden olmuştur. İki taraflı yatırım anlaşmalarının tek ve genel anlamda bir formu olmamakla birlikte, çoğu genel olarak benzer koruma hükümleri içermektedir. İki taraflı yatırım anlaşmaları, yabancı yatırımcılara bazı imkanlar ve korumalar sağlamaktadır. Genel olarak bu anlaşmalar, yabancı yatırımcılara milli muamele (*national treatment principle*), en çok gözetilen ulus kaydı (*most favored nation clause*), adil ve eşit muamele (*fair and equitable treatment*), tam koruma ve güvenlik (*full protection and security*) ilkelerini öngörmektedir. İki taraflı yatırım anlaşmalarının ilk örneklerinden başlayarak yaygın kabul gören bu örneklerin özellikleri şu şekildedir: kısa ve fazla ayrıntılı olmayan anlaşmalar olmakla birlik-

<sup>233</sup> Oğuzman/Barlas, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 22. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s.249.

<sup>234</sup> Banu Şit Köşgeroğlu, "Model İkili Yatırım Anlaşmaları ve Türkiye'nin İkili Yatırım Anlaşma Taslağı", *TBB Dergisi* 2013, C.107, s. 144.

te, geniş kapsamda bir “yatırım” tanımına yer vermektedirler. Ev sahibi devletlere yabancı yatırımcılar aleyhine ayrımcılık yapmama, adil ve eşit muamelede bulunma, gelirlerin nakline izin verme, kamulaştırma gerçekleşirse uygun bir tazminat ödeme ve yabancı yatırımcılara ev sahibi devletler aleyhine yatırım anlaşmasına dayanan uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına başvurulmasına izni verme yükümlülüğü getirmektedirler. Bu anlaşmalardan sadece birkaçının başlangıç kısmında, diğer anlaşmalardan farklı olarak yatırımların korunması amacıyla, kamu sağlığı, güvenliği, çevre ve iş yaşamına ilişkin hakların korunmasının öngörüldüğü görülmektedir.<sup>235</sup> Buna rağmen bu hakların ve çevrenin korunması gibi konularda açık hükümler genel olarak mevcut değildir. Bununla birlikte yatırım hukukunda uyuşmazlıklar bakımından yatırımcılara tek taraflı bir hak tanınması pek çok eleştiri almakta ve bu durum iki taraflı yatırım anlaşmalarının etkinliğini azaltan bir unsur olarak görülmektedir. Bunun yanı sıra, ev sahibi devletler iki taraflı yatırım anlaşmaları ile yatırım uyuşmazlıklarından doğan uyuşmazlıklar bakımından tahkim usulüne başvurulduğunu kabul etmiş olurlar. Ayrıca pek çok iki taraflı yatırım anlaşması incelendiğinde dava hakkının hep tek taraflı olarak ev sahibi devletlere verildiği görülmektedir.<sup>236</sup> Bu açıdan iki taraflı yatırım anlaşmalarının yabancı yatırımcıların mülkiyet haklarını koruyacağı ve böylece yatırım ortamını teşvik eden bir sistemin yaratılacağı gerekçesi ile doğduğu ifade edilmektedir.<sup>237</sup>

İki taraflı yatırım anlaşmalarının kaleme alınışında bu anlaşmalardaki tahkim klotlarının yorumu bakımından birtakım sorunlar ortaya çıkmaktadır. 2015 yılında Türkiye ile Türkmenistan arasında akdedilen ikili yatırım anlaşmasına istinaden *Kılıç v. Türkmenistan*<sup>238</sup> ve *Sehil*

<sup>235</sup> Banu Şit Köşgeroğlu, “Model İkili Yatırım Anlaşmaları ve Türkiye’nin Model İkili Yatırım Anlaşma Taslağı” *TBB Dergisi* 2013, s.156.

<sup>236</sup> Mary Hallward-Driemeier, “Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? Only a Bit and They Could Bite”, Policy Research Working Paper, The World Bank Development Research Group Investment Climate August 2003, s.4.

<sup>237</sup> Mary Hallward-Driemeier, “Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? Only a Bit and They Could Bite”, Policy Research Working Paper, The World Bank Development Research Group Investment Climate August 2003, s.16.

<sup>238</sup> *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Türkmenistan*, IC-SID ARB/10/1.



*v. Türkmenistan*<sup>239</sup> davalarında birtakım yorum farklılıkları mevcuttur. Türk inşaat şirketi olan Kılıç'ın Türkmenistan aleyhine öne sürdüğü iddia ile ilgili yargı yetkisi, iki taraflı yatırım Antlaşmasında yer alan tarafların uyuşmazlığı yerel mahkemeye götürülmesini tercihe bağlı değil, zorunlu kılan bir hüküm olması nedeniyle reddedilmiştir. Bir başka Türk inşaat firması olan Sehil tarafından öne sürülen bir iddianın ele alındığı ve Türkmenistan'a karşı açılan Sehil davasında ise farklı bir ICSID hakem heyeti, iddianın önceden yerel mahkemelere götürülmesiyle ilgili bir hükmün zorunlu değil fakat tercihe bağlı olduğu sonucuna varmış ve hakem heyetinin yargı yetkisine sahip olduğuna karar vermiştir. İki taraflı yatırım anlaşmasının Rusça versiyonu muğlak bir şekilde kaleme alınmış Türkçe, Türkmençe, İngilizce ve Rusça yazılmış iki versiyonuna atıfta bulunulmuştur. Görüldüğü üzere bu iki davada hakem heyetleri Antlaşmanın muhtelif versiyonlarında bu Antlaşmanın hükümlerini yorumlayarak farklı sonuca ulaşmışlardır. Görüldüğü üzere iki taraflı yatırım anlaşmalarının lafzında ve yorumunda birtakım sorunlar yaşanmaktadır. Ekvator 2008 yılında imzaladığı iki taraflı yatırım anlaşmalarından 9 tanesini feshetmiştir.<sup>240</sup> Bu bakımdan iki taraflı yatırım anlaşmalarının birçoğunun yeniden revize edilmesi ve birkaç dilde yazılmış Antlaşmalardaki uyuşmazlık çözüm kayıtlarının yoruma mahal bırakmayacak şekilde açık bir dille kaleme alınması gereklidir.

## K. Avrupa Birliğinde Öngörülen Gelişmelerin Etkisi

İki taraflı yatırım anlaşmalarının Avrupa Birliğinin tek pazar anlayışını ve birliğin yabancı yatırımcılara elverişli yapısını bozduğu eleştirileri yer almakta idi<sup>241</sup>. Avrupa Birliğinde yer alan devletlerin akdetmiş oldukları iki taraflı yatırım anlaşmalarının Avrupa Birliği

<sup>239</sup> Muhammet Çap Sehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Şti. v. Türkmenistan, ICSID ARB/12/6.

<sup>240</sup> Filippo Fontanelli, "Jurisdiction and Admissibility in Investment Arbitration", Brill Publishing, 2018, s. 192, Federica Cristani, Dispute Settlement Clauses in International Investment Treaties and Free Trade Agreements, Nijhoff International Investment Law Series, Vol 5, Brill Publishing, s. 193-194.

<sup>241</sup> Zachary Douglas, Problems Relating to Intra-EU BITs in the Investment Treaty Cases, IBA Conference 2013 < [https://www.matrixlaw.co.uk/wp-content/uploads/2016/03/07\\_10\\_2013\\_11\\_20\\_10\\_Problems-Relating-to-Intra-EU-BITS-in-the-Cases.pdf](https://www.matrixlaw.co.uk/wp-content/uploads/2016/03/07_10_2013_11_20_10_Problems-Relating-to-Intra-EU-BITS-in-the-Cases.pdf) > Erişim: 2.7.21.

mevzuatı ile uyumlu olup olmadığı tartışılmıştır.<sup>242</sup> Buna göre, iki taraflı yatırım anlaşmalarında kabul edilen yatırımcı lehine hükümler Birlik içinde kabul edilen iç pazar ekonomisine aykırı olabilecek durumlar yaratabilmektedir. Örneğin, uyuşmazlık durumunda bir taraf söz konusu hükümlerin pazar ekonomisine aykırı olduğunu iddia ederse, bu durumda yatırımcı lehine hükümlerin uygulanması zorluk arz edecektir. Ayrıca bu durum Avrupa Birliğinin üçüncü devletlerle akdetmiş olduğu iki taraflı yatırım anlaşmalarının yürürlüğü bakımından da birtakım zorluklar doğuracaktır. Şöyle ki iki taraflı yatırım anlaşmaları ile öngörülen hükümler kapsamında yabancı yatırımcılar korunsun da bu hükümler ile özel bir hukuki düzenleme öngörülmemiş olmaktadır.<sup>243</sup> Bunun yanı sıra Avrupa Birliği hukukunda Birlik içindeki ülkelerin akdetmiş oldukları iki taraflı yatırım anlaşmalarının benimsenmesi Avrupa Birliği içinde açıklığın sağlanması ve yatırımların tek çatı altında toplanmasına fayda sağlayacaktır. İki taraflı yatırım anlaşmaları hükümlerindeki birtakım sorunlar hukuki bir belirsizliğin oluşmasına neden olmaktadır. Örneğin, *Micula v. Romania*<sup>244</sup> davasında ICSID kararı kısmen uygulanmıştır, çünkü hakem heyeti Avrupa Komisyonunca verilen tazminat hükmünün Birlik içindeki devlet yardımlarına ilişkin mevzuatta yer alan hükümlere uygun olmadığı kanaatine paralel olarak hüküm vermiştir. Bu kapsamda Komisyon Romanya hükümetinin ödeme yapmasını yasaklamıştır. 2015 yılında Avrupa Komisyonu Avusturya, Hollanda, Romanya, Slovakya ve İsveç'in Avrupa Birliği içindeki ülkeler ile yapmış oldukları iki taraflı yatırım anlaşmalarının fesih edilmesine karar vermiştir. Bu argümanların temeli genel olarak şu nedenlere dayanmaktadır; Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Anlaşma<sup>245</sup> ile Avrupa Birliği hukuku ile üye devletler arasında akdedilen anlaşmalar arasında uyumsuzlukla-

<sup>242</sup> Intra- EU Investment Treaties, Trade Policy Committee Council of the European Union 25/16, 07.04.2016 < [https://www.tni.org/files/article-downloads/intra-eu-bits2-18-05\\_0.pdf](https://www.tni.org/files/article-downloads/intra-eu-bits2-18-05_0.pdf) > Erişim: 13.07.21.

<sup>243</sup> Intra- EU Investment Treaties, Trade Policy Committee Council of the European Union 25/16, 07.04.2016 < [https://www.tni.org/files/article-downloads/intra-eu-bits2-18-05\\_0.pdf](https://www.tni.org/files/article-downloads/intra-eu-bits2-18-05_0.pdf) > Erişim: 13.07.21.

<sup>244</sup> Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20.

<sup>245</sup> Treaty on the Functioning of the European Union, 2012/C 326/01, < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT> > Erişim: 3.7.21, Art 351.

rın söz konusu olması durumunda, üye devletlerin bu konuda bir aksiyon alması gerektiğini hüküm altına almıştır.<sup>246</sup> İkinci olarak, Birlik hukukunun üstünlüğü prensibi ile iki taraflı yatırım anlaşmalarının uygulanması esnasında iki hüküm arasında bir çatışma yaşanması durumudur. Nitekim Birlik hukukunun üstünlüğü prensibi ilkesi gereği Avrupa Birliği mevzuatının öncelikle uygulanması gerekmektedir. Ancak uluslararası hukukun bir parçası olarak iki taraflı yatırım anlaşmaları hükümleri göz ardı edilmemelidir.

Üçüncü bir eleştiri olarak, yatırım uyuşmazlıklarında Avrupa Birliği hukuku bakımından mutlak eşitliğin aslında sağlanamamasıdır. Şöyle ki, Avrupa Birliği mevzuatında birliğe mensup bir devletin vatandaş yatırımcının, yine birlik içindeki ev sahibi devlete karşı dava açmasını öngören bir kural mevcut değildir. Bu kapsamda yine Birlik içi akdedilen iki taraflı yatırım anlaşmalarının Avrupa Birliği düzenlemeleri karşısındaki durumu Avrupa Komisyonunca eleştirilen bir husus olmuştur.<sup>247</sup> Bunun yanı sıra, Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Anlaşmanın 18. Maddesine göre ayrımcılık yasağı öngörülmüştür. *Binder v. Çek Cumhuriyeti*<sup>248</sup> davasında Avrupa Birliği içindeki ülkeler tarafından akdedilen iki taraflı yatırım anlaşmalarının yokluğunda yatırımcıların taleplerini ulusal mahkemeler nezdinde öne sürebileceği ifade edilmiştir. Bu davada hakem heyeti iki taraflı yatırım anlaşmalarının yokluğuna bağlı olarak değişkenlik gösteren bu durumun ayrımcılık yasağına aykırı olduğu sonucuna ulaşmıştır.<sup>249</sup> Son bir eleştiri ise Avrupa Birliği Adalet Divanının yargı yetkisi ile ilgili olarak ortaya çıkmıştır. Bazı hakem heyetleri yatırım uyuşmazlıklarında Avrupa Birliği Adalet Divanından ön karar istemeye yetkisi olmadığına karar vermiştir. Bu kapsamda hakem heyetlerinin Avrupa Birliği Adalet Di-

<sup>246</sup> Lucian Ilie, What is the Future of Intra-EU BITS? Kluwer Arbitration Blog, < <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/01/21/future-intra-eu-bits/> > Erişim: 3.7.21.

<sup>247</sup> Get the facts: Intra-EU bilateral investment treaties, European Commission Article, < <https://ec.europa.eu/newsroom/fisma/items/24581/en> > Erişim: 3.7.21. Ayrıca bkz. Intra-EU BITS Compatible With EU Law? Ekim 2017 < <https://www.hfw.com/downloads/HFW-Intra-EU-BITS-compatible-with-EU-law-October-2017.pdf> > Erişim: 4 7.21.

<sup>248</sup> Rupert Joseph Binder v. Czech Republic, UNCITRAL.

<sup>249</sup> Lucian Ilie, "What is the Future of Intra-EU BITS?", Kluwer Arbitration Blog" < <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/01/21/future-intra-eu-bits/> > Erişim: 3.7.21.

vanından karar talep etme yetkisi olup olmadığı tartışmalıdır.<sup>250</sup>

Bütün bu gelişmeler ışığında Avrupa Komisyonu 19 Temmuz 2018 tarihli bildirisinde Avrupa Birliğine üye devletlerin akdetmiş oldukları iki taraflı yatırım anlaşmalarını Birlikteki tek pazara engel teşkil eden paralel bir sözleşme sistemi olarak nitelendirmiştir.<sup>251</sup> Bu bildiride Avrupa Komisyonu iki taraflı yatırım anlaşmalarının sona erdirilmesi sürecinde üye devletleri denetleyeceğini, hatta üye devletlere çeşitli yaptırımlar uygulayabileceğini belirtmiştir. *Slovakya v. Achmea*<sup>252</sup> kararında hakem heyeti Avrupa Komisyonunun uzun zamandır ikili yatırım anlaşmalarını feshetmeye çalıştığına vurgu yapmıştır. Akabinde Avrupa Birliği Adalet Divanı, Hollanda ile Slovakya arasında akdedilen Yatırımların Korunmasına İlişkin İkili Yatırım Anlaşması'nda yer alan tahkim şartının fesih ile birlikte AB mevzuatına aykırı olduğu tespitinde bulunmuş, AB hukukunun öncelikli ve yeknesak şekilde uygulanması gerektiğinin üzerinde durmuştur.<sup>253</sup> Doktrinde *Achmea* kararının olası sonuçları tartışılırken, bu karar gibi başka hakem heyeti kararlarında da ikili yatırım anlaşmalarına eleştirilerin başladığı görülmektedir. *Vatenfall ve diğerleri v. Federal Almanya Cumhuriyeti*<sup>254</sup> kararında ise hakem heyeti Enerji Şartı Anlaşmasının çok taraflı bir anlaşma olduğunu, bu nedenle Avrupa Komisyonunun fesih kararının yargılamaya etki etmeyeceğine karar vermiştir<sup>255</sup>. Bu karar ile AB hu-

<sup>250</sup> Yves Mersch/ Laurie Ahtouk-Spivak/ Georges Affaki/ Cristina Contartese/ Ramón Vidal Puig, The New Challenges Raised By Investment Arbitration For The EU Legal Order, Legal Working Series, 2019 < <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scplps/ecb.lwp19~e4d0a59cea.en.pdf> > Erişim: 4.7.21.

<sup>251</sup> Avrupa Komisyonunun Avrupa Birliği yatırımların korunması hakkındaki 19.08.2017 tarihli duyurusu için bkz. Communication From The Commission To The European Parliament And The Council < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0547&rid=8> > Erişim: 22.04.21.

<sup>252</sup> *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly *Eureko B.V. v. The Slovak Republic*).

<sup>253</sup> *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, Case C-284/16. Ayrıca bkz. Declaration of The Representatives Of The Governments of The Member States, 15 Ocak 2019 < [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business\\_economy\\_euro/banking\\_and\\_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf) > Erişim: 22.04.21.

<sup>254</sup> *Vatenfall AB ve diğerleri v. Almanya Federal Cumhuriyeti*, ICSID Case No. ARB/12/12.

<sup>255</sup> *Vatenfall AB ve diğerleri v. Almanya Federal Cumhuriyeti*, ICSID Case No. ARB/12/12, 31 Ağustos 2018 < <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9916.pdf> > Erişim 18.04.21.

kukunun uluslararası hukuktan üstün olmadığı, Enerji Şartı Anlaşmasının yeknesak uygulamayı tehlikeye attığı sonucuna ulaşılmıştır.<sup>256</sup>

Ancak *Achmea* kararının yorumu bakımından birtakım farklılıklar olduğu görülmektedir. *UP ve C.D. Internationale v. Macaristan*<sup>257</sup> kararında hakem heyeti *Achmea* kararının AB üye devletleri arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmaları bakımından geçerli olmayacağına hükmetmiştir<sup>258</sup>. Yine *Masdar Solar & Wind Coperatief v. İspanya*<sup>259</sup> davasında hakem heyeti açıkça Enerji Şartı Anlaşmasının ve ICSID gibi çok taraflı sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda *Achmea* kararının uygulanmayacağına karar vermiştir.<sup>260</sup> Bu doğrultuda Avrupa Birliğine üye devletler fesih bildirgesi yayınlayarak, Avrupa Birliğinin akdettiği iki taraflı yatırım anlaşmalarının geçersiz olduğunu bildirmişlerdir.<sup>261</sup> Bu bildirim ile birlikte Avrupa Birliğine üye devletler arasında akdedilen iki taraflı yatırım anlaşmaları resmi olarak mülga edilmiş olmaktadır. Bu fesih kararının hüküm ve sonuçları ile ilgili olarak Avrupa Birliği hukuku bakımından birtakım çözümler öngörülmüştür. Bir çözüm olarak Avusturya, Finlandiya, Almanya ve Hollanda tarafından çok taraflı yatırım mahkemesi kurulmasına ilişkin bir anlaşma mevcuttur.<sup>262</sup>

<sup>256</sup> Deyan Draguiev, 2018 In Review: The Achmea Decision and Its Reverberations in the World of Arbitration, Kluwer Arbitration Blog, 16 Ocak 2019 < <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/16/2018-in-review-the-achmea-decision-and-its-reverberations-in-the-world-of-arbitration/> > Erişim: 18.04.21.

<sup>257</sup> UP (formerly Le Chèque Déjeuner) and C.D Holding Internationale v. Hungary, ICSID Case No. ARB/13/35.

<sup>258</sup> Malhotra Sarthak, ICSID tribunal finds Hungary in breach of expropriation clause in France-Hungary BIT, 21.12.2018 < <https://www.iisd.org/itm/en/2018/12/21/icsid-tribunal-finds-hungary-in-breach-of-expropriation-clause-in-france-hungary-bit-sarthak-malhotra/> > Erişim: 13.04.21.

<sup>259</sup> Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/14/1.

<sup>260</sup> Disney Thurman- Baldmin, "Modernizing the F Modernizing the Fair and E air and Equitable Treatment Standart treatment Standards in the Energy Charter Treaty", *University of Miami Business Law Review*, Vol.28, S.2, s. 306.

<sup>261</sup> International Agreements Agreement For The Termination of Bilateral Investment Treaties Between The Member States Of The European Union, 29.05.20 < [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A0529\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A0529(01)&from=EN) > Erişim: 17.04.21.

<sup>262</sup> Micula v. Romania arbitration (Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20, Final Award (Dec. 11, 2013). Karar Belçika ve Birleşik Krallık' da tenfiz edilmek istenmiş ancak hakem heyetleri ayrı ayrı ICSID kararlarına aykırı olacağından tenfiz edilmesinin hukuka aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Davacı yatırımcı Micula Amerika Birleşik Devletleri'nde kararın tenfiz edilmesi

Anlaşma Avrupa Birliği içinde akdedilen tüm anlaşmaları yok edecek ve birlik içindeki tüm ülkeler bakımından uygulama alanı bulabilecek hükümler içermektedir. Ayrıca bazı hakem heyeti kararlarında ICSID kararlarının tenfiz edilmesi sürecinin Avrupa Birliği hukukuna aykırı olduğu tespitine varılmaktadır.

Açıklandığı üzere iki taraflı yatırım anlaşmalarının feshi ile tutarsızlıkların önlenmesi için, yatırım mahkemelerinin kurulması ile birlikte yatırım uyuşmazlıklarında yeni anlaşmalara dayalı bir sistemin benimsenmesi bu tür sorunların aşılmasına neden olacaktır.

## SONUÇ

Yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki uyuşmazlıklar bakımından tahkim yargılamasının çağın gereksinimlerini neden karşılamadığı yukarıda ayrıntılı bir şekilde açıklanmıştır. Önerilerde bahsi geçen yatırım mahkemesi sisteminin iki taraflı yapısı değerlendirildiğinde, getirilen eleştirilere ne ölçüde çözüm olacağı belirsizdir. Avrupa Birliği Komisyonu'nun AB-ABD Transatlantik Ticaret ve Yatırım Ortaklığı (*Transatlantic Trade and Investment Partnership/ TTIP*) ile Avrupa Birliği tarafından imzalanan Avrupa Birliği- Kanada Kapsamlı Ekonomik Ticaret Anlaşması (*Comprehensive Economic and Trade Agreement/ CETA*) ve Avrupa Birliği Vietnam Anlaşması kapsamında öngörülen düzenlemeler sonucunda "Yatırım Mahkemesi Sistemi" (*Investment Court System-ICS*) halini almıştır. Aynı ülkede üç ayrı iki taraflı yatırım anlaşması uyarınca, kurulacak yatırım mahkemesi farklı uluslararası anlaşmalardan doğan farklı hükümlere tabi olabilecektir. Bu bağlamda çözüm için iki taraflı bir mahkeme değil, çok taraflı yatırım mahkemesinin kurulması birçok sorunun önüne geçecektir. Avrupa Komisyonu 2015 yılında çok taraflı bir yatırım mahkemesinin kurulması için bir çalışma başlatmıştır.<sup>263</sup> Bu sistem özellikle Avrupa Birliğinin üçüncü ülkeler ile imzaladığı serbest ticaret anlaşmalarında yer alan yatırım mahkemesinin kurulmasını öngören hükümler bakımından önem taşımaktadır. Avrupa Birliği ile Singapur arasında imzalanan iki taraflı

---

263 için başvuruda bulunmuştur.  
Avrupa Birliği'nin 2015 yılında ticaret stratejisinin yer aldığı metin için bkz. European Commission, Trade for All Towards a More Responsible Trade and Investment Policy < [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/october/tradoc\\_153846.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/october/tradoc_153846.pdf) >Erişim: 22.04.21.

yatırım anlaşmasına<sup>264</sup> göre, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında doğan uyuşmazlıklar bakımından yatırım mahkemeleri görevli olacaktır. Bu kapsamda 2015 yılında Avrupa Birliği'nin sunmuş olduğu teklif ile birlikte çok uluslu bir yatırım mahkemesi kurulması hedeflenmiştir.<sup>265</sup> Bu makalede incelendiği üzere yatırım uyuşmazlıklarının çözümü bakımından birtakım aksaklıklar mevcuttur. Kanaatime göre, yatırım mahkemelerinin kurulması bu sorunların çözümünde büyük rol oynayacak ve uyuşmazlıkların daha adil ve hızlı çözülmesine neden olacaktır. Yatırım tahkimi klozlarının asimetrik yapıları, yatırımcı lehine kurulan sistem, adil ve hakkaniyete uygun bir yargılama sistemi öngörmemektedir.

Çoğu uluslararası yatırım anlaşmasında esasa ilişkin getirilen düzenlemelerin uygulanabilirliği yatırımcıya başvuru imkanının sağlandığı tahkim prosedürü ile garanti altına alınmıştır. Ancak yatırım tahkimi prosedüründe yatırımcı lehine getirildiği iddia edilen bazı düzenlemeler ve bazı hakem kararları sonucu ülkelerin yüksek meblağda tazminat ödemek zorunda kalması gibi nedenler eleştirilere neden olmuştur.

Son günlerde bazı hakem kararları sonrası ev sahibi devletlerin yatırımcılara önemli miktarda tazminat ödemek zorunda kalması ve ev sahibi devletlerin aleyhine işleyen bir mekanizmanın oluştuğu şeklindeki bir algının varlığı sebebi ile yatırım tahkimi yoğun eleştirilere maruz kalmaktadır. Bu süreçte birliğe ait bir mahkemenin oluşturulması ve bu mahkemenin yetkili olması gerektiğini savunan AB Komisyonu'nun AB-ABD Transatlantik Ticaret ve Yatırım Ortaklığı (*Transatlantic Trade and Investment Partnership-TTIP*) görüşmelerinden hareketle "Yatırım Mahkemesi Sistemini" (*Investment Court System-ICS*) gündeme getirmesi bu konuda dünya çapındaki tartışmaları alevlendirmiştir. Kanaatimce, yatırım mahkemesi sisteminin kurulması uyuşmazlıklarındaki kararların daha isabetli verilmesi, çelişkili hakem kararlarının önüne geçilmesi, yatırım dışı yükümlülükler bakımından insan hak ihlallerinin önüne geçilmesi adına büyük bir adım olacaktır. Konu gelecek yıllarda tartışılmaya devam edecektir.

<sup>264</sup> Avrupa Birliği Singapur arasında Akdedilen İki Taraflı Yatırım Anlaşması, 18 Nisan 2018, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=961> > Erişim: 23.04.21.

<sup>265</sup> AB'nin 2015 tarihli yatırım projesi <[http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/october/tradoc\\_153846.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/october/tradoc_153846.pdf)> (Son erişim tarihi: 20.04.2020).

## Kaynakça

### Kitaplar

- Balkar Bozkurt Süheyla, Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Tarafsızlık ve Bağımsızlık Yükümlülüğü, 1. Baskı, İstanbul 2016.
- Bayata Canyaş Aslı, UNCITRAL Model Kanunu Temelinde Uluslararası Hakem Kararlarına Karşı Başvuru Yolu, Ankara, 2016.
- Dolzer/Schreuer, Principles of International Investment Law, Oxford University Press 2012.
- Giray Faruk Kerem, Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler, İstanbul, 2013.
- Kuru/ Arslan/ Yılmaz, Medenî Usûl Hukuku, Ankara, 2005, s.828-829.
- Pekcanitez/ Oğuz/ Özkes, Medenî Usûl Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, ss. 472-487.
- Yılmaz Çağrı Alper, Enerji Yatırımlarının Korunması, İstanbul 2013.
- Tiryakioğlu Bilgin, Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Bürosu Yayınları, 2003.
- Oğuzman/ Barlas, Medeni Hukuk, İstanbul, 2020.

### Makaleler

- Gloria/ Blasikiewicz/ Hoolwerff/ Mena/ Mitsi/ Spiteri-Gonzi/ Willinski, A Response to the Criticism against ISDS by EFILA, *Journal of International Arbitration*, Vol 33, 1, 2016, ss. 1-36.
- Argen Robert, Ending Blind Spot Justice: Broadening the Transparency Trend in International Arbitrations, *Brooklyn Journal of International Law*, C.41, S.1., ss.207-246.
- Ataman Figenmeşe İnci, Manufacturing Consent to Investment Treaty Arbitration by Means of the Notion Arbitration Without Privity, *Annales de la Faculte de Droit d'Istanbul* 2011, ss.187-201.
- Billiet Johan, *International Investment Arbitration - A Practical Handbook*, Canada, 2016.
- Ben Mostafa, The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law, *Australian International Law Journal*, Vol. 15, 2008, ss. 267-291.
- Bottini/ Chaisse/ Jovanovic/ Facundo Pérez/ Titi, Excessive Costs and Recoverability of Cost Awards in Investment Arbitration, *Academic Forum on ISDS Concept Paper* 2019/9, 17 September 2019.
- Currie John H., *Public International Law*, Toronto, Irwin Law Inc., 2008.
- Crawford James, Investment Arbitration and the ILC Articles on State Responsibility, *ICSID Review*, C.25, S.1, 2010, ss.127-199.
- Dumberry Patrick, "Are BITs Representing the "New" Customary International Law in International Investment Law?", *Penn State International Law Review*, C. 28, S. 4, 2010, ss. 675-701.
- Demirkol Berk, Book Review J. Baumgartner, Treaty Shopping in International Investment Law, *Netherlands International Law Review*, 2017.
- Demirkol Berk, "Yatırım Tahkiminde Paravan Şirketlerin Yol Açtığı Yetki Sorunları", *BATİDER* 2012, C.28, S.3, ss. 301-357.



- Demirkol Berk, The Notion of 'Investment' in International Investment Law, *Turkish Commercial Law Review*, Vol 1, No 1, 2015, ss.41-50.
- Esen Emre, Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Doktora Tezi, 2008 <<http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/43378.pdf>> Erişim:14.03.21.
- Gölcüklü Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Doğru Yargılama, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi (AÜSBF) İnsan Hakları Merkezi Yayınları, S. 11, Ankara, 1995.
- Gaillard Emmanuel, "Identify Or Define? Reflections On The Evolution Of The Concept Of Investment In ICSID Practice", *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer, Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch, and Stephan Wittich*, Oxford University Press 2009.
- Harten/Loughlin, Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law, *The European Journal of International Law*, C.17, S.1, ss.121- 150.
- Franck Suzan D., The Legitimacy Crisis in Inv The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privation: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions, *Fordham Law Review*, C. 73, S.4, ss.1521-1625.
- Gönenç Levent, Meşruyet Kavramı ve Anayasaların Meşruyeti Sorunu, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 50, S.1, 2001, ss. 131-152.
- Gherin/Euler/Scheuer, Public Interest in Investment Arbitration, Editörler: Dimitrij Euler/ Markus Gehring, *Transparency in International Investment Arbitration*, Cambridge University Press, 2015.
- Garner Bryan, *The Law of Judicial Precedent* St. Paul Minn, Thomson Reuters 2016.
- Gözler Kemal, Res Iudicata'nın Türkçesi Üzerine, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2007, C. 56, S.2, ss. 45-61.
- Gaillard Emmanuel, Identify Or Define? Reflections On The Evolution Of The Concept Of Investment In ICSID Practice, *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer, Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch, and Stephan Wittich*, Oxford University Press 2009.
- Haugeneder Florian, Liebscher Christoph, *Investment Arbitration Corruption and Investment Arbitration, Substantive Standards and Proof*, Austrian Arbitration Year Book 2009.
- Kaufmann - Kohler G., *Arbitral Precedent: Dream, Necessity of Excuse? - The 2006 Freshfield Lecture*, *Arbitration International* 2007, C.23, S. 3, ss.357-378.
- Kim Dohyun, The Annulment Committee's Role In Multiplying Inconsistency In IC-SID Arbitration: The Need to Move Away From An Annulmentbased System, *New York Law Review* 2011, Vol.86, S.42, ss.242-279.
- Lamb/Harrison/Hew, Recent Developments In The Law and Practice Of Amicus Briefs In Investor State Arbitration, *Indian Journal of Arbitration Law*, 2017/5/2, ss. 72-92.
- Markus Wagner, Regulatory Space in International Trade Law and International Investment Law, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol.22, no.3, 2011, ss.878-883.
- Maupin Julie, *Transparency in International Investment Law: The Good, the Bad and the Murky*, Cambridge University Press, In A Bianchi & A. Peters (Eds.), *Transparency in International Law*, ss.142-171.

- Martins Alexandre Marques de Silva, Challenge to Transparency and Ethics In Alternatives to Arbitration in the Realm of International Investments, *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário*, 2016, Vol 11, ss.321-376.
- McLachlan Campell, Shore, Laurance, Weiniger, Matthew, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford International Arbitration Series, Oxford 2017.
- Nalçacıoğlu Erden, H. Zeynep, *Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Reinisch August, The Use And Limits Of Res Judicata And Lis Pendens As Procedural Tools To Avoid Conflicting Dispute Settlement Outcomes, *Law & Practice of International Courts & Tribunals*, C.3, S. 1.
- Rouf Abdel, Mohamed: How Should International Arbitrators Tackle, *ICSID Review* 2009, C.12, ss. 1116-136.
- Reed/Sim, Nus Centre For International Law Collection Of Articles On An Appellate Body In ISDS, *ICSID Review* 2017, Vol.32 No.3, ss.691-695.
- Schreuer Christoph, Travelling the BIT Route of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road, *The Journal of World Investment & Trade* 2004, C.5, S. 231, ss.231-256.
- Schreuer Christoph, *Principles of International Investment Law*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Schreuer Christoph, Malintoppi, L., Reinisch, August, Sinclair, Anthony: *The ICSID Convention: A Commentary*, Second Edition, Cambridge, University Press, 2009.
- Salacuse Jeswald W., *The Law of Investment Treaties*, Oxford Scholarly Authorities on International Law.
- Selçuk Seyhan, Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Hakem Kararlarının İcrası, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2019, S.140, ss. 115-140.
- Simma Bruno, Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights? *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.60, No.3, 2011, ss. 573-596.
- Titi Catherine, *The Right to Regulate in International Investment Law*, Nomos and Hart Publishing 2014, ss.144-184.
- Tiryakioğlu Bilgin, Yatırım Tahkiminde (Uyuşmazlık Çözüm Kayıtları Kapsamında) Yetki ve Kabul Edilebilirlik, Tahkim Anlaşması, İstanbul 2020, (Editörler: Özdemir Kocasakal, H./Balkar, S.).
- Tiryakioğlu Bilgin, Yatırımlar ve Uluslararası Tahkim Arasındaki İlişki: ICSID Tahkimi, *Uluslararası Ekonomi ve Dış Ticaret Politikaları* 1(2), 2007.
- Teitz Louise Ellen, Both Sides of the Coin: A Decade of Parallel Proceedings and Enforcement of Foreign Judgments in Transnational Litigation, *Roger Williams University School of Law* 2004, C.10, S.1.
- Van Den Berg Albert, Appeal Mechanism for ISDS Awards: Interaction with the New York and ICSID Conventions, *ICSID Review* 2019, C.34, S.1, ss. 156- 189.
- Wong Jarrod, The Compensatory Nature Of Moral Damages In Investor-State Arbitration, *Colombia FDI Perspectives*, Perspectives on Topical Foreign Direct Investment Issues By The Vale Columbia Center On Sustainable International Investment No. 88, 4 Şubat 2013.
- Yılmaz Süleyman, Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmelerinin Geçerliliği, Asimetrik ve Patalojik Tahkim, *Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi*, C.69, S.3, 2020, s. 1475-1504.

Yackee Jason Webb, Investment Treaties and Investor Corruption, An Emergent Defense for Host States?, *Virgiana Journal of International Law*, University of Wisconsin Legal Studies Research Paper no. 1181.

### İnternet Kaynakları

Bernardi Piero, ICSID Versus Non-ICSID Investment Treaty Arbitration, 15.09.2015 <[https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media\\_document/media012970223709030bernardini\\_icsid-vs-non-icsid-investent.pdf](https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/media012970223709030bernardini_icsid-vs-non-icsid-investent.pdf)> Erişim: 24.12.20.

Bernasconi-Osterwalder/Hoffmann, The German Nuclear Phase-Out Put to the Test in International Investment Arbitration? Background to the new dispute Vattenfall v. Germany (II) <[https://www.tni.org/files/download/vattenfall-icsid-case\\_oct2013.pdf](https://www.tni.org/files/download/vattenfall-icsid-case_oct2013.pdf)> Erişim: 10.06.21.

Calamita, N. Jansen, The (In)Compatibility of Appellate Mechanisms with Existing Instruments of the Investment Treaty Regime, *Forthcoming Journal of World Investment & Trade*, 2017, s.2 <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2945881](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2945881)> Erişim: 09.02.20.

Çalışkan Yusuf, Uluslararası Yatırım Tahkiminin Üçüncü Kişiler Tarafından Finansmanı, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* Cevdet Yavuz'a Armağan, C.22, S.3 <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/333874>> Erişim:14.03.21, ss. 645-658.

Egli Gabriel, Most Favoured Nation Treatment And Dispute Resolution Under Bilateral Investment Treaties:A Turning Point, *International Arbitration Law Review*, 2005 <[http://www.lw.com/upload/pubContent/\\_pdf/pub1395\\_1.pdf](http://www.lw.com/upload/pubContent/_pdf/pub1395_1.pdf)> Erişim: 20.03.21.

Fietta Stephan, Most Favoured Nation Treatment And Dispute Resolution Under Bilateral Investment Treaties: A Turning Point?, *International Arbitration Law Review*, 2005 <[http://www.lw.com/upload/pubContent/\\_pdf/pub1395\\_1.pdf](http://www.lw.com/upload/pubContent/_pdf/pub1395_1.pdf)> Erişim: 20.03.21.

Giorgetti Chiara, Independence and Impartiality of Arbitrators in Investor-State Arbitration: Perceived Problems and Possible Solutions, 4 April 2019, <<https://www.ejiltalk.org/independence-and-impartiality-of-arbitrators-in-investor-state-arbitration-perceived-problems-and-possible-solutions/>> Erişim: 26.02.20.

International Law Association, ILA Committee Rules & Guidelines, 25.04.21 <[https://www.ila-hq.org/images/ILA/docs/committee\\_rules\\_and\\_guidelines\\_2015\\_as\\_adopted\\_by\\_ec\\_25\\_april\\_2015\\_-\\_web\\_version.pdf](https://www.ila-hq.org/images/ILA/docs/committee_rules_and_guidelines_2015_as_adopted_by_ec_25_april_2015_-_web_version.pdf)> Erişim: 16.05.21.

Jordan Paust, Non State Actor Participation in International Law and the Pretense of Exclusion, *Virgiana Journal of International Law*, C. 51, S.4, 2011 <<https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1701992>> Erişim: 10.06.21.

Rogers Catherine, Transparency in International Commercial Arbitration, *Penn State Law*, 2006,C.54,s.1307 <[https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1233&context=fac\\_works](https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1233&context=fac_works)> Erişim Tarihi: 30.01.2021.

Schreuer Christoph, Preliminary Rulings in Investment Arbitration, *Transnational Dispute Management* 2008 <[https://www.univie.ac.at/intlaw/prel\\_rul\\_article.pdf](https://www.univie.ac.at/intlaw/prel_rul_article.pdf)> Erişim: 11.02.20.

# ULUSLARARASI DENİZ HUKUKU KAPSAMINDA “TAKIMADA” KAVRAMI VE BİR “TAKIMADA DEVLETİ” OLARAK ENDONEZYA\* ARCHIPELAGIC STATE CONCEPT IN THE CONTEXT OF THE LAW OF THE SEA AND INDONESIA AS AN “ARCHIPELAGIC STATE”

Gökey SARAÇYAKUPOĞLU\*\*  
Ali ÖZGÖKTAŞ\*\*\*

**Özet:** Bu çalışmada, takımada kavramının uluslararası deniz hukuku açısından gelişim süreci ve bir takımada devleti olan Endonezya'nın takımada sularına yönelik düzenlemeleri ele alınmıştır. Takimadalar, “kıyı takimadaları” ve “orta okyanus takimadaları” olarak ikiye ayrılmaktadır. Uluslararası toplumun gündemine ilk kez, karasularının iç sınırının belirlenmesinde kıyı takimadalarının etkisinin tespiti amacıyla gelen takımada kavramı, sonrasında Endonezya ve Filipinler gibi takımada devletlerinin girişimleriyle takımada devletlerini oluşturan adaların gerisinde kalan suların statüsünün belirlenmesi konusunu da içine alacak şekilde genişletilmiştir. Bu devletlerin hem uluslararası toplum içindeki çabaları hem de iç hukuktaki uygulamaları sonucunda, sorun 1973-1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Konferansı'nda (BMDHK) ele alınmış ve konferans sonucunda imzalanan Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin (BMDHS) IV. bölümünde yer alan düzenlemeler ile büyük oranda çözülmüştür. Her ne kadar sorun çözülsün de Endonezya, bu kurallara uyum sağlayabilmek amacıyla halen çeşitli iç hukuk düzenlemeleri yapmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Takimada, Esas Hat, Takimada Devleti, Endonezya, Djuanda Deklarasyonu

**Abstract:** In this study, the development process of the archipelagic state concept in the context of international law of the sea and as an archipelagic state, Indonesia's regulations on its archipelagic waters are discussed. Archipelago is divided into two different concepts as “mid-ocean archipelagos” and “coastal archipelagos”. The concept of the archipelago, which came to the agenda of the

\* Bu yazı, araştırma ve yayın etiğine uygundur.

\*\* Avukat, Hacettepe Üniversitesi Yüksek Lisans Öğrencisi, gokeysaracyakupoglu@yahoo.com, ORCID: 0000-0001-6412-2478

\*\*\* Avukat, Hacettepe Üniversitesi Yüksek Lisans Öğrencisi, ali-ozgoktas@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-8919-4387, Makalenin Gönderim Tarihi: 04.08.2021, Kabul Tarihi: 04.08.2021

international community for the first time on the determination of the effect of the coastal archipelagos on the identification of the internal borders of the territorial sea, was later expanded to include the question of defining the status of the waters behind the islands that forming an archipelagic state with the initiatives of the archipelagic states such as Indonesia and the Philippines. As a result of the efforts of these states in the international community and practices in their national laws, the question was addressed at the 1973-1982 United Nations Conference on the Law of the Sea and was resolved to a large extent in the Chapter IV of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea. Although the problem has been solved, as an archipelagic state Indonesia is still making various domestic regulations to comply with these rules.

**Keywords:** Archipelago, Baseline, Archipelagic State, Indonesia, Djuanda Declaration

## I. Giriş

19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren, devletin egemen olduğu deniz alanlarının sınırlandırılması amacıyla uluslararası anlamda çeşitli çalışmalar yapılmıştır. Bu çalışmalar kapsamında karasularının iç sınırının ve genişliğinin belirlenmesi sorunu öne çıkmıştır. Bu doğrultuda, kendini oluşturan adaların aralarındaki mesafenin belirli bir değerden kısa olduğu ve kıyıya yakın olan "kıyı takımadalarının" bu belirleme işlemine olan etkileri de tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu dönemde büyük deniz filolarına sahip olmayan kıyı devletleri, belirtilen özelliklere sahip takımadaların, karasularının iç sınırının belirlenmesinde göz önünde tutulmasını talep etmişlerdir. Buna karşın denizci devletler, bu takımadaların bir bütün olarak düşünülmesi fikrine karşı çıkmıştır. 1945 sonrasında başlayan Üçüncü Dalga Dekolonizasyon Hareketleri ile herhangi bir şekilde anakaraya bağlı olmayan ve birden çok adadan oluşan Endonezya ve Filipinler gibi koloniler bağımsızlıklarını ilan etmişlerdir. Bu devletlerin, ülkesel güvenliklerini ve bağımsızlıklarını korumak amacıyla ülkelerini oluşturan adaların gerisinde kalan deniz alanlarını açık deniz olarak değil; kendi egemenliklerini uygulayabilecekleri deniz alanları olarak nitelendirmeleri, takımada kavramına başka bir boyut kazandırmıştır. Fakat bu talepler uluslararası toplum tarafından, 1958 ve 1960 yılında yapılan iki deniz hukuku konferansında büyük oranda göz ardı edilmiş ve bu durum, yukarıda belirtilen devletlerin çeşitli iç hukuk düzenlemeleri yoluyla egemenlikleri altındaki deniz alanlarından belirli istisnalar dışında yabancı gemilerin geçişini yasaklamalarına ve geçişi zorlaştırmaya yönelik çeşitli sınırla-

malar getirmelerine neden olmuştur. Diğer taraftan Endonezya başta olmak üzere takımada devletleri, taleplerinin desteklenmesi amacıyla uluslararası topluma yönelik de çeşitli girişimlerde bulunmuşlardır. Bu girişimlerin ve uluslararası toplumun dekolonizasyon hareketleri sonrasında değişen yapısının sonucunda, BMDHS’de takımada devletleri ayrı bir başlık altında düzenlenmiştir. Yapılan düzenlemeyle beraber “takımada suları” ve “takımada devleti” kavramları ortaya çıkmıştır.

Bu çalışma temelde iki bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, takımada kavramının uluslararası deniz hukuku bakımından statüsünün belirlenmesi süreci işlenmiştir. Bu doğrultuda, BMDHS’nin imzalanması bir milat olarak ele alınmış; bundan öncesi ve sonrasında uluslararası anlamda yapılan düzenleme girişimleri değerlendirilmiştir. İkinci bölümde ise bir takımada devleti olarak Endonezya’nın hem BMDHS’den önce takımada kavramının uluslararası toplumda tanınmasına yönelik faaliyetleri hem de sonrasında BMDHS’nin ilgili hükümlerine uyum sağlamak amacıyla yaptığı çeşitli hukuki düzenlemelere yer verilerek takımadayı düzenleyen uluslararası hukuk kurallarının takımada devletleri tarafından nasıl uygulandığına yönelik bir örnek ortaya konulmuştur.

## **II. BMDHS’nin İmzalanmasına Kadar Geçen Süreçte Takımadaların Hukuki Statüsünün Belirlenmesine Yönelik Girişimler**

### **A. Birleşmiş Milletler (BM) Öncesi Düzenleme Girişimleri**

#### **1. 1930 Uluslararası Hukukun Kodifikasyonu Konferansı’na Kadar Yapılan Çalışmalar**

Uluslararası toplumda, orta okyanus takımadalarının karasularının sınırlandırılmasında etkili olmasına yönelik bir genel irade oluşturma çabaları 1. Dünya Savaşı’ndan sonra başlamıştır. Konu ilk kez 1927 yılında Uluslararası Hukuk Enstitüsü’nün<sup>1</sup> (UHE) Lozan Oturumu’nda gündeme gelmiştir. Burada asıl olarak adaların karasularına sahip olabilmeleri için gereken nitelikler ve belirlenecek olan bu niteliklerin mevcudiyetinde karasularının genişliğinin kaç deniz mili

<sup>1</sup> “Institut de Droit International”

olabileceği konusu ele alınırken, bu tür adaların karasularının mevcut olduğunun kabul edilmesi halinde bir adalar grubunun ya da takımdanın karasularının nasıl belirleneceği meselesinin de bunun doğal bir sonucu olarak tartışılması gerektiği belirtilmiştir. Bu anlamda, yapılan tartışma büyük oranda bir adalar grubunun "takımda" olarak adlandırılabilmesi için, bu adalar grubunu oluşturan adalar arasındaki azami mesafenin tespitine yönelik olmuştur. Nitekim, karasularına ilişkin olarak hazırlanan ve aynı oturumda sunulan taslak düzenlemenin 5. maddesinde şöyle bir tespit yapılmıştır:

*"Eğer bir adalar grubu yalnız bir devlete aitse ve grubun birbirinden en uzak iki adası arasındaki mesafe karasularının genişliğinin iki katını geçmiyorsa, bu adalar grubu bir bütün olarak görülecek ve karasularının genişliği bu adaların en uç noktaları arasında çizilecek bir çizgiden itibaren ölçülmeye başlanacaktır."*<sup>2</sup>

Tartışmalar sonucunda şu karar alınmıştır:

*"Tüm üyeler her halükârda, adalar arasındaki mesafenin karasularının genişliğinin iki katından fazla olmasının, kuralın takımdalar lehine uygulanmasını engelleyeceği hususunda ortak bir görüşe varmışlardır."*<sup>3</sup>

Aynı oturumda karasularının genişliğinin en fazla altı deniz mili olması teklif edildiğinden, taslak kapsamında takımdaları oluşturan en uçtaki adalar arasındaki mesafenin 5. madde dolayısıyla en fazla on iki deniz mili olabileceği anlaşılabilir.<sup>4</sup> Buna karşın UHE'nin 1928 yılında yapılan Stockholm Oturumu'nda sunulan "Barış Zamanında Karasularına İlişkin Taslak Düzenleme"de karasularının genişliğinin üç deniz mili<sup>5</sup> olarak önerilmesi dolayısıyla, azami mesafe altı deniz miline düşmüştür.

<sup>2</sup> Institut de Droit International Annuaire, Schmidt Periodicals GMBH, 1927, C. 33, s. 80.

<sup>3</sup> a.g.e. s. 81.

<sup>4</sup> Jens Evensen, Certain Legal Aspects Concerning the Delimitation of the Territorial Waters of Archipelagos, A/CONF.13/18, 1958, s. 291.

<sup>5</sup> Karasularının genişliğinin üç deniz mili olarak belirlenmesi, tarihsel olarak bakıldığında uluslararası toplumda, karasularının genişliğine ilişkin "üç deniz mili kuralı" olarak adlandırılan genel bir uygulamanın sonucudur. Üç deniz mili kuralı, temelde Hollandalı Hukukçu Cornelius van Bynkershoek'in (1673-1743), 1702'de basılan "De Dominio Maris Dissertatio" adlı eserinde bir gelenek kuralı olarak kabul ettiği "terrae dominum finitur, ubi finitur armorium vis" (karaya hakimiyet, silahların gücünün ulaşmadığı yerde biter.) kuralına yaptığı yorumdan

Her ne kadar UHE tarafından çeşitli çalışmalar yapılmış olsa da, taslak düzenlemeler bir uluslararası andlaşma haline getirilememiştir. Bu durum, UHE'den sonra yapılan çalışmalar açısından da geçerliliğini korumuştur. Nitekim Uluslararası Hukuk Derneği<sup>6,7</sup>, Amerikan Hukuk Enstitüsü<sup>8</sup> ve Harvard Uluslararası Hukuk Araştırma Çalışmaları<sup>9</sup> kapsamında yapılan, asıl amacı karasularının sınırlandırılması ve genişliğinin belirlenmesi olan girişimler de büyük oranda başarısızlıkla sonuçlanmıştır.<sup>10</sup>

kaynaklanır. Van Bynkershoek, kuralı, bir devletin denizdeki egemenliğinin de ancak toprakların menziline uzandığı yere kadar olduğu şeklinde yorumlamıştır. Bu kurala "cannon shot rule" (top atışı kuralı) da denilmektedir.

1782'de İtalyan Ferdinando Galiani (1728-1782) toprakların menziline üç deniz mili olduğunu belirtmiş ve top atışı kuralına dayanarak, devletin egemen olduğu deniz alanlarının genişliği açısından yeknesaklığın sağlanması amacıyla karasularının genişliğinin üç deniz miline sabitlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Sonrasında bu kural birçok devlet tarafından benimsenmiştir.

1930 Uluslararası Hukukun Kodifikasyonu Konferansı'na giden süreçte karasularının genişliği sorununun çözülmesine yönelik hazırlık çalışmalarını yapmakla görevlendirilen alt komiteye Alman hukukçu Walther Schücking tarafından sunulan raporda, silah teknolojisindeki gelişmeler sonucunda kıyı topraklarının menziline artması sebebiyle, bu toprakların menziline karasularının genişliği açısından bir ölçüt olarak ele alınmasının mümkün olmadığı ve devletlerin karasularını tek taraflı işlemler yoluyla farklı alanlara ayırarak bu alanlarda üç deniz milinin üstünde genişlikler belirlemek suretiyle egemenliklerini tesis ettikleri belirtilmiştir. Bu durum, Schücking'in üç deniz mili kuralının bir gelenek hukuku kuralı olmadığını iddia etmesine neden olmuştur. (Acts of the Conference for the Codification of International Law Vol. I-Plenary Meetings, LoN Doc. C.351.M.145.1930.V.,1930, s. 26-75)

<sup>6</sup> "International Law Association"

<sup>7</sup> Uluslararası Hukuk Derneği'nin 1924 yılındaki Stockholm Oturumu'nda, karasularına ilişkin bir andlaşma teklifi hazırlamakla görevlendirilen Profesör Alejandro Alvarez raporunu ve taslak andlaşmayı sunmuştur. "Barış Zamanında Deniz Yetki Alanlarına İlişkin Kurallar" başlıklı bu taslak andlaşmada, kendini oluşturan adaların her birinin ayrı ayrı karasularının olmayacağı; buna karşın bir birim olarak düşünülen takımadaanın kendine münhasır karasuları alanı olacağı belirtilmiştir. Bununla beraber, takımadaların karasularının nasıl belirleneceğine ilişkin olarak 6. maddede çeşitli düzenleme önerileri getirmiştir. Bu maddeye göre:

"Karasularının dışında kalan ya da dış sınırında bulunan adalar için bu adaların etrafına özel bir karasuları alanı oluşturulacaktır.

Takımadaların mevcudiyeti halinde adalar bir bütün olarak kabul edilecek ve karasularının genişliği, takımadaanın merkezinden en uzakta bulunan adalardan itibaren ölçülmeye başlanacaktır." (Alvarez'den akt. Mohamed Munavvar, "Ocean States: Archipelagic Regimes in the Law of the Sea", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dalhousie University 1993, s. 139.)

<sup>8</sup> "American Society of International Law"

<sup>9</sup> "Harvard Research in International Law"

<sup>10</sup> Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk Dersleri, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2014, C. 2, s. 299.



## 2. 1930 Uluslararası Hukukun Kodifikasyonu Konferansı

1924'te Milletler Cemiyeti Genel Kurulu, uluslararası hukukun aşamalı kodifikasyonunun sağlanması amacıyla bir Uzmanlar Komitesi kurmuştur. Komite, uluslararası toplumun bir uluslararası anlaşmayla düzenlenmesine en çok ihtiyaç duyduğu ve hakkında bir düzenleme yapmanın mümkün olduğu konuları içeren bir liste hazırlamakla görevlendirilmiştir.<sup>11</sup>

Uzmanlar Komitesi'nin ilk oturumu 01.04.1925 ile 08.04.1925 tarihleri arasında yapılmıştır. Bu oturumda Komite, Milletler Cemiyeti Genel Kurulu tarafından istenilen listeyi hazırlamıştır. Buna ek olarak, listedeki konuların tartışılması ve bu konuları düzenleyen taslak anlaşma metinlerinin hazırlanması amacıyla her birinde bir özel raportörün bulunduğu 11 adet alt komitenin kurulmasına karar verilmiştir.<sup>12</sup> Bu alt komitelerden biri de karasularının hukuki rejiminin belirlenmesi amacıyla kurulmuş ve alt komiteye özel raportör olarak Alman Hukukçu Walther Schücking atanmıştır.

Alt Komite tarafından hazırlanan rapor, Uzmanlar Komitesi'nin 15.01.1926 tarihli 2. Oturumu'nda sunulmuştur. Raporda, karasularının sınırlandırılması açısından özellikle kıyıya yakın bir ada ya da adalar grubunun mevcudiyeti halinde çeşitli zorluklar yaşanabileceği belirtilmiştir.<sup>13</sup> Bu durum dolayısıyla, hazırlanan ilk taslak anlaşmada takımdalara ilişkin bir düzenleme yapılmamış; fakat taslak anlaşmanın "Adalar" başlıklı 5. maddesinde adaların kıyı devletinin karasularının belirlenmesindeki etkisine ve kendi karasularına sahip olma koşuluna yer verilmiştir:

*"Bir kıyının yakınında yer alan ve sürekli deniz yüzeyinin altında kalmayan doğal adalar mevcutsa bunların karasularının kıyudan itibaren ölçülmesi durumunda bu deniz yetki alanının dışında kalması istisna olmak üzere, esas hat bu adalardan çizilecektir. İstisna durumunda ise, adaların kendi karasuları olacaktır."*<sup>14</sup>

<sup>11</sup> "Resolutions and Recommendations Adopted on the Reports of the First Committee", League of Nations Official Journal Special Supplement, 1924, S. 21, s. 10.

<sup>12</sup> "First Session of the Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law", American Journal of International Law Supplement, 1926, C. 20, S. 12, s. 12-13.

<sup>13</sup> Report to the Council of the League of Nations on the Questions Which Appear Ripe for International Law, League of Nations Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law, LoN Doc. C.196.M.70.1927.V., 1927.

<sup>14</sup> a.g.e. s. 72.

5. maddeye yönelik en önemli itiraz, alt komite üyesi De Magalhaes tarafından yapılmıştır. De Magalhaes, taslak maddenin asıl amacının orta okyanus takımadalarının karasularının sınırlandırılmasındaki etkilerinin belirlenmesi olduğunu ve bu belirleme yapılmadığından taslak maddenin amacına ulaşmadığını bildirmiştir. Ayrıca, bir takımadayı oluşturan adaların tek bir birim olarak düşünülerek kıyı devletinin karasularının takımadayı oluşturan adalardan en uzakta olanı esas alınarak sınırlandırılması gerektiğini belirtmiş ve 5. maddeye şu paragrafın eklenmesini talep etmiştir:<sup>15</sup>

*“Takımadalar söz konusu olduğunda, kapsamı içindeki adaların bir bütün oluşturduğu kabul edilecek ve kıyı devletinin karasularının genişliği, takımadanın merkezinden en uzaktaki adadan itibaren ölçülecektir.”<sup>16</sup>*

13.03.1930’da Uluslararası Hukukun Kodifikasyonu Konferansı Lahey’de 57 devletin katılımıyla başlamıştır. Konferans’ın temel amacı, Hazırlık Komitesi’nin hazırladığı raporda “Temeller” (Bases) adı verilen ve Uzmanlar Komitesi tarafından belirlenen konular üzerinde bir ortak iradenin oluşmasını engelleyen sorunları çözüme kavuşturmak, sonrasında belirtilen üç konunun hukuki çerçevesini çizmek olmuştur. Başta, belirlenen üç konudan her biri için birer tane komite kurulmasına karar verilmiş ve bu komitelerin konulara ilişkin temelleri tartışıp bunlarla ilgili Genel Kurul’a bir rapor sunması istenmiştir. Hazırlık Komitesi’nin, Konferans’ın usulüne ilişkin olarak hazırladığı taslağın aynı şekilde konferansa katılan devletler tarafından kabul edilmesi sonucunda, taslağın 6.maddesi uyarınca belirlenen üç konu ile ilgili, “Vatandaşlık Komitesi, Karasuları Komitesi ve Devletlerin Sorumluluğu Komitesi” oluşturulmuştur. Karasuları Komitesi, “2. Komite” olarak adlandırılmıştır. Bu komiteler, Hazırlık Komitesi’nin kendi konuları ile ilgili olarak hazırladığı raporda bulunan temelleri tartışarak bir andlaşma metni hazırlamakla görevlendirilmiştir.<sup>17</sup>

Konferans Genel Kurulu’nun 12.04.1930 tarihinde yaptığı 8. Genel Kurul Oturumu’nda, 2. Komisyon’un Konferans’ın başlamasından

<sup>15</sup> Munavvar, “Ocean States: Archipelagic Regimes in the Law of the Sea”, s. 143.

<sup>16</sup> “First Session of the Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law”, s. 67.

<sup>17</sup> Acts of the Conference for the Codification of International Law Vol. I-Plenary Meetings, LoN Doc. C.351.M.145.1930.V., 1930, s. 26.

itibaren bir aylık dönemde yaptığı çalışmaları içeren rapor sunulmuştur. Raporda karasularının iç sınırını belirleyen esas hattın "en düşük cezir hattı" esas alınarak çizileceği; ancak bu hat çizildikten sonra bir ada ya da bir adalar grubunun mevcut olduğu istisnai hallerin de değerlendirileceği belirtilmiştir. Komite tarafından yapılan değerlendirme sonucunda, takımadanın mevcudiyeti durumunda bu takımadanın, karasularının sınırlandırılmasında esas alınabilmesi için azami mesafe olarak alt komitenin üyelerinin on deniz milinde mutabakata vardıkları; fakat "yeterli derecede teknik detaya sahip olunmadığından bu konuya ilişkin bir düzenleme yapma fikrinden vazgeçilmesi gerektiği"<sup>18</sup> bildirilmiştir. Diğer taraftan, konferansta karasularının genişliği sorunu da çözülememiştir. Bunun üzerine 2. Komite raportörü ve Hollanda delegasyonu üyesi Jean Pierre Adrien François tam bir andlaşma metni hazırlanamadığını; en yakın zamanda sadece karasularının hukuki statüsünün belirlenmesine ilişkin uluslararası bir konferans yapılmasına yönelik karar alınmasını talep etmiştir. Bu talep oybirliğiyle kabul edilmiştir.<sup>19</sup>

Bu anlamda Birleşmiş Milletler öncesinde takımadalara ilişkin olarak yapılan çalışmaların temelinde, devletin kıyısından çok da uzak olmayan bir adalar grubunun kıyı devletinin karasularının belirlenmesinde hangi koşullar altında esas alınabileceği üstüne yoğunlaştığı görülebilir. Her ne kadar kodifikasyon denemelerinde bir ayırım yapılmamış olsa da çalışmalar büyük oranda kıyı takımadalarının düzenlenmesine yönelik olmuştur. Bunun en önemli nedeni tarihsel olarak, "orta okyanus takımadası" niteliğindeki devletlerin kolonici devletlerden bağımsızlıklarını kazanmamış olmalarıdır. Nitekim, uluslararası toplumda orta okyanus takımadalarının hukuki statülerinin belirlenmesine ilişkin inisiyatifin başat aktörleri olan Filipinler ve Endonezya ancak 20. yüzyılın ortalarında kolonici devletlerin etkisinden kurtularak bağımsızlıklarını elde edebilmişlerdir.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> a.g.e. s. 133.

<sup>19</sup> a.g.e. s. 50-51.

<sup>20</sup> Endonezya'nın ve Filipinler'in bağımsızlık sürecine yönelik detaylı bilgi için bkz. Dietmar Rothermund, *The Routledge Companion to Decolonization*, Routledge, Londra 2006, s. 71-81, 94-97.

## B. 1951 İngiltere-Norveç Balıkçılık Davası ve Birleşmiş Milletler Kapsamında Yapılan Faaliyetler

### 1. 1951 İngiltere-Norveç Balıkçılık Davası

İngiltere-Norveç Balıkçılık Davası'nda alınan karar, UHE ile başlayan ve Milletler Cemiyeti ile devam eden kıyı takımadalarının kıyı devletinin karasularının sınırlandırılmasındaki etkisinin belirlenmesine ve hangi koşullarda karasularının sınırlandırılmasında esas alınabileceğine ilişkin çalışmaları bir anlamda nihayete erdirmiştir.

1908 yılında İngiltere bayraklı çok sayıda balıkçı gemisinin Norveç'in kuzeyinde avlanması nedeniyle Norveç Hükümeti tarafından yabancıların, Norveç karasularında balıkçılık yapmasını engelleyecek birtakım tedbirler alınmıştır. Bu tedbirler dolayısıyla 1911 yılında bir balıkçılık gemisine el konulmuş; buna benzer engelleyici faaliyetler uzun süre devam etmiştir. Özellikle 1948'den sonra el koyma faaliyetleri artış göstermiştir.

İngiltere'nin Uluslararası Adalet Divanı'na 28.09.1949 tarihinde yaptığı başvuru sonucunda açılan davada, Norveç'in 1935 yılında çıkartılan bir Kraliyet Kararnamesi yoluyla ülkenin kuzey kıyısındaki münhasır balıkçılık bölgelerinin genişliğine yönelik yaptığı sınırlandırmanın normal esas hat yöntemine göre yapılmayıp; kıyının birtakım coğrafi özellikleri göz önünde bulundurularak çizilen hayali bir hatta göre yapılmasının hukuka aykırı olduğu iddia edilmiştir.

Belirtilen kararnamede uygulanan ve "Norveç Sistemi" adı verilen yöneme göre balıkçılık bölgelerinin dış sınırları düz esas hatlardan itibaren denize doğru dört deniz mili öteden geçecek şekilde konumlandırılmıştır. Bu düz esas hatlar temelde, kıyıdaki ya da Norveç "Skjaergaard"ını oluşturan çok sayıdaki ada ve adacıklardaki sabit esas noktalar kullanılarak çizilmiştir.<sup>21</sup> Diğer taraftan, dönemsel anlamda karasularının genişliğine yönelik azami bir değer ortaya konulamadığından bu esas noktaların belirlenmesinde kıyıdan uzaklık koşulu aranmamış; bunun yerine adalar, adacıklar ve kayalıklardan sürekli deniz yüzeyinin altında kalanlar ve kıyı doğrultusunda olmayanlar

<sup>21</sup> Norveç'in belirtilen bölgedeki sınırlandırma faaliyetinin tarihsel ve coğrafi arka planına yönelik detaylı bilgi için bkz. Waldock Humphrey M., "The Anglo-Norwegian Fisheries Case", *British Yearbook of International Law*, 1951, C. 28

dışarıda bırakılmıştır. İngiltere ise karasularının genişliğinin en fazla dört deniz mili olabileceği konusunda uluslararası toplumda bir genel kanunun mevcut olduğunu ve uluslararası hukukun kıyı devletine esas hatları çizme konusunda tam bir belirleme yapma yetkisi vermediğini; bunun çeşitli sınırlarının mevcut olduğunu belirtmiştir.<sup>22</sup>

Divan, uygulanan düz esas hat yönteminin diğer kıyıdaş devletler tarafından nasıl karşılandığını ve bu uygulamanın tarihsel gelişim sürecini inceledikten sonra şu karara varmıştır:

*"Divan, Norveç sisteminde kullanılan ve Norveç kıyısının kendine özgü coğrafyası dolayısıyla uygulanması zorunlu olan düz esas hat yönteminin, uyumsuzluk ortaya çıkmadan çok önce dahi, hükümetlerin tavrının bunu uluslararası hukuka aykırı görmediklerinin kanıtı olarak sürekli ve yeterli derecede uzun bir süre boyunca uygulanarak pekiştirildiğine karar vermiştir."*<sup>23</sup>

Bu karar doğrultusunda, düz esas hattın gerisinde kalan deniz alanının içsular olduğu kabul edildiğinden takımadayı oluşturan ada, adacık ve kayalıkların içinde kalan deniz alanları da içsular olarak görülmüştür. Kıyı takımadaları açısından, bu tür takımadaların kıyının doğrultusundan önemli derecede sapsmış olmaması, deniz alanları ile bu alanları çevreleyen ya da bölen kara oluşumları arasında yakın bir ilişkinin olması ve uzun süreli uygulamayla ortaya konabilecek yalnızca o bölgeye özgü ekonomik menfaatlerin mevcudiyeti halinde düz esas hatların çizilmesinde esas alınabileceğini belirtmiştir.<sup>24</sup>

Divan'ın verdiği kararın takımadalar bakımından iki açıdan önemi bulunmaktadır. Bunlardan ilki, Norveç kıyısının coğrafi farklılıklarının, karasularının belirlenmesi açısından normal esas hat dışında farklı bir sistemin uygulanmasını meşrulaştırmasıdır. İkincisi ise Skjargaard'daki balıkçılık kaynaklarına, yerel halkın ekonomik bağımlılığının da düz esas hattın kullanılması için bir meşruiyet nedeni olarak görülmesidir.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> Jens Evensen, "The Anglo-Norwegian Fisheries Case and Its Legal Consequences", *The American Journal of International Law*, 1952, C. 46, S. 4, s. 610-13.

<sup>23</sup> İngiltere-Norveç Balıkçılık Davası Kararı, 1951, para. 139.

<sup>24</sup> a.g.k. para. 132-133.

<sup>25</sup> a.g.k. para. 127-28.

## 2. 1958 ve 1960 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Konferansları

Yapılan kodifikasyon denemelerinin asıl olarak kıyı takımadalarını kapsaması, 20. yüzyılın ikinci yarısında bağımsızlığını kazanmış ve herhangi bir anakaraya bağlı olmayıp; yalnızca adalardan oluşan başta Endonezya ve Filipinler gibi devletlerin deniz alanlarındaki balıkçılık bölgelerini başka devletlerin balıkçılık gemilerinden korumak amacıyla çeşitli iç hukuk düzenlemeleri yapmalarını zorunlu kılmıştır. Bu doğrultuda ilk olarak Filipinler, 07.03.1955 tarihinde BM'ye konuya ilişkin bir sözlü nota vermiştir. Bu nota doğrultusunda "*Filipin Takımadası'na ait olan adaların etrafındaki, arasındaki ve bu adaları bağlayan tüm sular, genişliklerine ya da boyutlarına bakılmaksızın Filipinler'in münhasır egemenliğine tabi olan içsuların ya da ulusal sularının bölünmez bir parçası*"<sup>26</sup> sayılmıştır. Benzer bir düzenleme, Endonezya tarafından 13.12.1957 tarihli Djuanda Deklarasyonu<sup>27</sup> ile yapılmıştır.

1947 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 174 Numaralı Kararı ile BM kapsamında Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK) kurulmuştur.<sup>28</sup> Komisyon'un dayanağı BM Şartı'dır. Şart'ın 13/1-a maddesine göre "*BM Genel Kurulu; siyasal alanda uluslararası iş birliğini geliştirmek, uluslararası hukukun giderek geliştirilmesini ve yasalaştırılmasını teşvik etmekle görevlidir.*" UHK'nin görevi de bu madde gereğince UHK Statüsü'nün 18/1 ve 18/2. maddelerinde şu şekilde tanımlanmıştır:▪

*"Devletler tarafından oluşturulup oluşturulmadığına bakılmaksızın mevcut taslakları da göz önüne alarak, uluslararası hukuk kapsamında kodifiye edilmesi gereken konuları bulmak ve kodifiye edilmesini zorunlu olarak gördüğü konuları Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'na sunmaktır."*

Bunun sonucunda UHK, 1949'da yaptığı ilk oturumuna yönelik olarak BM Genel Kurulu'na sunduğu raporda karasularının hukuki statüsünü de "*kodifiye edilmesi gereken*" bir konu olarak belirlemiştir.<sup>29</sup> 1951'deki 3. Oturumu'na ilişkin BM Genel Kurulu'na verdiği ra-

<sup>26</sup> UHK, Yearbook of the International Law Commission Volume I-Summary Records of the Seventh Session, A/CN.4/SER.A/1955/Add. 1, 1955, s. 52-53.

<sup>27</sup> Djuanda Deklarasyonu'na ilişkin inceleme "*Takımada Devleti Kavramının Doğuşunda Endonezya'nın Rolü*" başlığı altında yapılmıştır.

<sup>28</sup> A/RES/174 (II) (15.11.1947).

<sup>29</sup> UHK, Report of the International Law Commission on the Work of its First Session, A/CN.4/13 ve Corr. 1-3, 1949, s. 280-81.

porda UHK, karasularının hukuki statüsüne yönelik çalışmaya başlanılacağını belirtmiş ve buna yönelik ilk adımı da, 1930 Konferansı'nda 2. Komisyon'un raportörlüğünü yapan Hollandalı hukukçu Jean Pierre Adrien François'yı karasularının hukuki statüsüne ilişkin özel raportör olarak görevlendirerek atmıştır.<sup>30</sup> UHK, karasularının hukuki statüsünü 1952'deki 4. Oturumu'nda, 1955'teki 7. Oturumu'nda ve 1956'daki 8. Oturumu'nda tartışmıştır.

François, karasularının hukuki statüsüne ilişkin hazırladığı ilk raporu UHK'nin 1952'deki 4. Oturumu'nda sunmuştur. Her ne kadar, yapılan çalışmada temelde karasularının genişliği sorunu çözülmeye çalışılsa da sabit bir değer üstünde uzlaşılammıştır. Adalar ise daha ziyade karasularının iç sınırının belirlenmesinde esas hatların çizilmesindeki etkileri açısından ele alınmıştır. Bununla beraber 1954 yılındaki oturumda "*adalar grubuna ilişkin düzenlemenin karasularının genişliği ile bağlantılı olduğundan dolayı, bu sorun çözüldükten sonra görüşülmesine*" karar verilmiştir.<sup>31</sup> Her ne kadar takımada kavramı ele alınmamış olsa da taslak andlaşmada, adalara ilişkin birtakım taslak maddeler önerilmiştir. Bunlardan bir bölümü adaların, kıyı devletinin esas hatlarının belirlenmesindeki rolüne ilişkin olsa da; "Adalar" başlıklı 10. maddede hem "ada" kavramının tanımı yapılmış; hem de adaların kendi karasularının olduğu belirtilmiştir. Ayrıca, bu kuralın açık denizdeki adalara uygulanacağı da bildirilmiştir.<sup>32</sup>

1955 yılındaki oturumda, 10. maddeye ilişkin Komisyon "*bu taslak andlaşmaya, adalar grubuna yönelik bir madde konulmasından şu anlık vazgeçilmesi gerektiğini; bununla beraber "Düz Esas Hat" başlıklı 5. maddenin kıyının yakınındaki bir adalar grubu için uygulanabileceğini ve kıyının yakınında olmayan ada grupları içinse genel kuralların zaten uygulandığını*" belirtmiştir.<sup>33</sup>

<sup>30</sup> Report of the International Law Commission on its Third Session, GAOR, 6th Session Supplement, U.N. Doc. A/CN.4/48 and Corr. 1 & 2, 1951, C. 2, S. 9, s. 140.

<sup>31</sup> UHK, Yearbook of the International Law Commission - Documents of the Sixth Session Including the Report of the Commission to the General Assembly, A/CN.4/SER.A/1954/Add.1, 1954, C. 2, s. 153.

<sup>32</sup> a.g.e. s. 156.

<sup>33</sup> UHK, Report of the International Law Commission Covering the Work of its Seventh Session 2 May - 8 July 1955, Official Records of the General Assembly, Tenth Session, A/2934, 1955, s. 37.

Diğer taraftan, bu oturumda takımadalar yalnızca İzlanda ve Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti tarafından ele alınmıştır. İzlanda, 1951 İngiltere-Norveç Balıkçılık Davası'nda verilen karardaki şartlardan biri olan "yakınlık şartını" karşılamayan bir adalar grubunun karasularının bağımsız bir esas hat sistemine göre belirlenmesi gerektiğini savunmuştur.<sup>34</sup> Yugoslavya ise, her ne kadar takımadaların hukuki statüsüne ilişkin bir yorumda bulunmasa da; düz esas hat sistemini reddettiğini bildirmiştir.<sup>35</sup>

Bu bağlamda 1958 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Konferansı'na sunulmak üzere hazırlanan taslak andlaşmada takımadaların hukuki statülerinin belirlenmesine ilişkin bir girişimde bulunulmadığı; bunun yerine yalnızca kıyı takımadalarının, kıyı devletinin karasularının belirlenmesindeki etkisine yönelik bir belirleme yapıldığı görülmüştür. Bununla beraber, takımada niteliğinin kazanılabilemesi için adalar arasındaki azami mesafenin de beş deniz mili olabileceği karara varılmış; fakat bu düzenleme taslak andlaşmada yer almamıştır.<sup>36</sup>

1956'daki oturumda, 1958'de yapılacak konferansta görüşülmek üzere kabul edilen taslak andlaşma, takımadalar açısından önceki oturumlar ile aynı doğrultuda olmuştur.

UHK'nin 8. Oturumu'nda kabul ettiği taslaktan sonra, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 21.02.1957 tarihli 658. Oturumu'nda "Uluslararası Deniz Hukuku'nun İncelenmesi Amacıyla Tam Yetkili Temsilciler Konferansı" başlıklı 1105 (XI) Numaralı Karar alınmıştır. Bu kararda, Uluslararası Deniz Hukuku'na yönelik yeni bir uluslararası konferans yapılacağı bildirilmiştir. Bunun üzerine BM'ye üye tüm devletler bu konferansa davet edilmiş ve bu devletlere UHK'nin 8. Oturumu'nda kabul ettiği taslak andlaşmalar gönderilerek bunlara ilişkin görüşlerini iletmeleri istenmiştir.

Konferans öncesinde, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'nin isteğiyle Norveçli hukukçu Jens Evensen'e "Takımadaların Karasularının Sınırlandırmasına İlişkin Belirli Hukuksal Durumlar" adında bir rapor hazırlanmıştır. Bu raporda takımadalar, kıyıya olan mesafelerine göre

<sup>34</sup> a.g.e. s. 47.

<sup>35</sup> a.g.e. s. 60-61.

<sup>36</sup> UHK, Yearbook of the International Law Commission Volume I - Summary Records of the Eighth Session, U.N. Doc. A/CN.4/SER. A/1956, 1956, s. 267.



ilk kez "kıyı takımadası" ve "orta okyanus takımadası" olarak ikiye ayrılmıştır. Kıyı takımadaları, "bir anakaraya, makul bir şekilde onun bir parçasını teşkil edecek kadar yakın olan ve içsuların dış sınırını oluşturan takımadalar" olarak; orta okyanus takımadaları ise, "kıyından, anakaranın ya da içsuların dış sınırının bir parçası sayılmayacak kadar uzak olan, okyanusta bulunan adalar grubu" olarak tanımlanmıştır.<sup>37</sup> Bununla beraber, taslak andlaşmanın 5. maddesinin asıl olarak kıyı takımadalarını ele aldığını; orta okyanus takımadalarına yönelik herhangi bir düzenlemenin bulunmadığını belirttikten sonra, yapılacak olan düzenlemede yer alması gereken unsurları da bildirmiştir.<sup>38</sup>

Cenevre Deniz Hukuku Konferansı 24.02.1958'de 86 devletin katılımıyla başlamış ve 27.04.1958'e kadar iki aydan uzun bir süre devam etmiştir. Konferans'ta orta okyanus takımadalarına yönelik herhangi bir tartışma yapılmamıştır. Buna karşın özellikle, taslak andlaşmanın yukarıda belirtilen 5. maddesine yönelik olarak yapılan görüşmeler sırasında Filipinler, ülkesini oluşturan adaların birbirlerine yakın olduğu, bu nedenle de tarihsel olarak tek bir bütün niteliğinde olan takımadalara en dıştaki adaların kıyıları esas alınarak ve kıyının genel doğrultusundan sapılmayacak şekilde düz esas hat yönteminin uygulanmasını teklif etmiş; fakat bir taraftan denizci devletlerin baskıları, diğer taraftan da konferansa katılan diğer devletlerin destek vermemesi nedeniyle teklifler geri çekilmiştir.<sup>39,40</sup> Konferansta kabul edilen dört uluslararası andlaşmadan biri olan "Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi"nde (KBBS) takımadalara yönelik bir düzenleme yer almamıştır.

<sup>37</sup> Jens Evensen, Certain Legal Aspects Concerning the Delimitation of the Territorial Waters of Archipelagos, A/Conf.13/18, 1958, s. 290.

<sup>38</sup> a.g.e. s. 301-302.

<sup>39</sup> Ngozi Caleb Kamalu, "Small States and the Regime of the Archipelago", *India Quarterly*, 1989, C. 45, S. 2/3, s. 238.

<sup>40</sup> Filipinler'in 5. ve 10. maddeye ilişkin teklifleri sıralı şekilde aşağıda verilmiştir: "Düz esas hat yöntemi, bir bütün oluşturan ve tarihsel anlamda bir birim olarak görülebilecek adalar ile tüm olarak düşünülebilecek nitelikteki takımadalara da uygulanacaktır. Esas hatlar, en dıştaki adaların kıyıları esas alınarak ve takımadanın genel yapısı göz önünde bulundurularak çizilecektir. Bu esas hatların gerisinde kalan deniz alanları içsular niteliğindedir."

"Kıyından açığa çıkan adalardan, bir bütün oluşturan ve tarihsel anlamda bir birim olarak görülebilecek adalar, tüm olarak düşünülebilir ve bu adaların karasularının belirlenmesinde 5. maddede belirtilen düz esas hat yöntemi uygulanabilir. Esas hatlar en dıştaki adaların kıyıları esas alınarak ve takımadanın genel yapısı göz önünde bulundurularak çizilecektir. Bu esas hatların gerisinde kalan deniz alanları içsular niteliğindedir." (Annexes, A/CONF.13/C.1/L.86-L.127, 1958, s. 239.)

Uluslararası Deniz Hukuku'nun temel sorunları olarak nitelendirilebilecek karasularının genişliği ve bitişik bölgede kıyı devletine münhasır balıkçılık hakkının hukuki statüsüne ilişkin herhangi bir düzenlemenin yapılamamış olması, 1958 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Konferansı'nın sonuçları bakımından UHK'nin belirlediği hedefe ulaşamadığını göstermektedir.<sup>41</sup>

1958 Konferansı'nda belirtilen iki sorunun çözülememesi üzerine Birleşmiş Milletler Genel Kurulu 10.12.1958 tarihli 783. Oturumu'nda 1307 (XIII) Numaralı Kararı almıştır. Bu kararla Genel Kurul, karasularının genişliği ile balıkçılık hakkı sorunlarını "uluslararası hukukun iki çok önemli konusu" olarak tanımlamış ve 1960 yılının Mart-Nisan aylarında bu sorunların çözülmesine ilişkin bir uluslararası konferans yapılacağını bildirmiştir. İkinci Deniz Hukuku Konferansı, 17.03.1960 ile 26.04.1960 tarihleri arasında 87 devletin katılımıyla başlamıştır. Bu konferansta da karasularının genişliğine yönelik uluslararası toplumda bir anlaşmaya varılamaması nedeniyle, baştan itibaren karasuları ile tamamen bağlı olduğu düşünülen takımadalara ilişkin bir düzenleme de yapılamamıştır.

Orta okyanus takımadalarına yönelik bir düzenleme yapılamaması dolayısıyla Filipinler ve Endonezya, Güney Asya'daki devletler ile çeşitli uluslararası andlaşmalar yapmak suretiyle bir taraftan bu kuralsızlık halini bölgesel de olsa ortadan kaldırmaya çalışmışlar; diğer taraftan da iç hukuklarında yaptıkları çeşitli düzenlemelerle<sup>42</sup> uluslararası toplumu bir düzenleme yapması konusunda zorlamışlardır.<sup>43</sup>

<sup>41</sup> Raymund T. Yingling, "Geneva Conference on the Law of the Sea", *International and Comparative Law Bulletin*, 1958, C. 2, S. 3, s. 21.

<sup>42</sup> Filipinler, 1958 Konferansı'nda verdiği tekliflerin reddedilmesi ve Konferans'ta orta okyanus takımadalarına ilişkin bir düzenlemenin yapılamaması sonucunda 1961 yılında "Filipinler'in Karasularının Esas Hatlarının Belirlenmesine Yönelik Kanun" adıyla çıkartılan 3046 sayılı Cumhuriyet Kanunu (Republic Act) ile 1958 Konferansı'nda teklif ettiği düzenlemeleri bir iç hukuk işlemiyle yürürlüğe koymuştur. Bu kanunda "takımadayı oluşturan adalardan en dıştakilerden itibaren, ileride yapılacak bir uluslararası andlaşma ile belirlenecek genişliğe kadar olan deniz alanı, karasularını oluşturur." hükmü yer almıştır. (Jay L. Batongbacal, "A Philippine Perspective on Archipelagic State Issues", *Maritime Studies*, 2002, S. 122, s. 19-20)

<sup>43</sup> Charlotte Ku, "The Archipelagic States Concept and Regional Stability in Southeast Asia", *Case Western Reserve Journal of International Law*, 1991, C. 23, S. 3, s. 471.

### 3. 1973-1982 3. Deniz Hukuku Konferansı

BM Genel Kurulu, Malta Daimî Temsilcisi Arvid Pardo'nun önerisiyle 18 Aralık 1967'de 2340 (XXII) Numaralı Karar'ı almıştır. Karar sonucunda görevi deniz yatağı ve okyanus tabanlarının barışçıl kullanımına yönelik bir uluslararası taslak andlaşma hazırlamak olan "Deniz Yatağı ve Okyanus Tabanlarının Devletlerin Egemenliği Dışında Kalan Bölümlerinin Barışçıl Amaçlarla Kullanımını İnceleme Geçici Komitesi"<sup>44</sup> kurulmuştur. Komite'nin asıl amacı her ne kadar devletin egemenliğinin erişmediği deniz ve okyanus tabanlarının barışçıl amaçlarla kullanılmasına yönelik hukuki çerçevenin çizilmesi olsa da Komite'nin bazı üyeleri tarafından, karasularının genişliklerinin devletten devlete fark ettiği bu nedenle öncelikli olarak bunun yeknesaklaştırılması gerektiği belirtilmiştir.<sup>45</sup> Komite toplantılarında deniz yatağı ile okyanus tabanının hukuki statüsünün ve genişliklerinin belirlenmesi amacıyla bir uluslararası konferans yapılması fikri ilk kez ortaya atılmıştır.<sup>46</sup> BM Genel Kurulu'nun 21.12.1968 tarihli 2467(XIII) Numaralı Kararı ile Komite "geçici" olmaktan çıkartılmış ve "Deniz Yatağı ve Okyanus Tabanının Devletlerin Egemenliği Dışında Kalan Bölümlerinin Barışçıl Amaçlarla Kullanımı Komitesi"ne dönüştürülmüştür. Komite'nin 1970'te Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'na verdiği raporun<sup>47</sup> sonucunda BM Genel Kurulu,

*"devletlerin egemenliği dışında kalan deniz yatağı ve okyanus tabanının ve bunların altındaki kaynakların eşitçe kullanılabilmesi, bu alanın tam bir tanımının yapılması, açık deniz, kıta sahanlığı, karasuları (uluslararası boğazlar ve genişlik sorunu da dahil olmak üzere) ve bitişik bölgedeki geçiş rejimlerinin hukuki çerçevesinin çizilmesi, açık denizde balıkçılık ve canlı kaynakların korunması (kıyı devletin öncelikli hakları da dahil olmak üzere), deniz çevresinin (kirlenmenin önlenmesi de dahil olmak üzere) korunması ve bilimsel araştırma ile ilgili olarak 1973'te bir uluslararası konferans yapılmasına"* karar vermiştir.<sup>48</sup>

<sup>44</sup> "Ad Hoc Committee to Study the Peaceful Uses of the Sea-Bed and the Ocean Floor beyond the Limits of National Jurisdiction"

<sup>45</sup> Report of the Ad Hoc Committee to Study the Peaceful Uses of the Sea Bed and the Ocean Floor Beyond the Limits of National Jurisdiction, U.N. Doc. A/Res/7230, 1968, s. 11.

<sup>46</sup> a.g.e. s. 15.

<sup>47</sup> Report of the Committee on the Peaceful Uses of the Sea Bed and the Ocean Floor Beyond the Limits of National Jurisdiction, U.N. Doc. A/7622, 1969.

<sup>48</sup> A/RES/2750(XXV)/C (17.12.1970).

Komite'nin esas konusu deniz yatağı ve okyanus tabanının düzenlenmesi olmasına rağmen; Genel Kurul'un, önceki konferanslar sırasında çözülememiş sorunların da çözülmesini amaçlayan bir konferans yapılmasına yönelik karar almış olması devletlerin büyük bölümünün bu konularla ilgili olarak uluslararası anlamda bir düzenlemenin olmamasından duydukları rahatsızlığın bir delili olarak gösterilebilir.<sup>49</sup> Bununla beraber, 1958'den sonra meydana gelen Üçüncü Dalga Dekolonizasyon Hareketleri kapsamında bağımsızlıklarını yeni kazanan devletlerin 1958 ve 1960 Deniz Hukuku Konferansları'nın karar alma süreçlerinde, kolonici devlete bağlı olduklarından, yer alamamaları; bağımsızlıklarını yeni kazanan devletlerde, bu iki konferans sonucunda oluşturulan kuralların yalnızca kolonici devletlerin menfaatlerinin korunması ve geliştirilmesi amacını taşıdığına yönelik bir genel kanı oluşturmuştur.<sup>50</sup> Bu kanı dekolonizasyon hareketleri sonucunda büyük bir değişim geçiren uluslararası toplumda, 1958 ve 1960 Deniz Hukuku Konferansları sonucunda alınan kararların uluslararası toplumun yeni düzenine uygun hale getirilmesine yönelik bir iradenin ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Mart 1971'de ise Komite, yapılacak konferansa kaynak niteliği taşıyacak taslak andlaşma metinlerinin hazırlanması amacıyla 3 adet alt komite kurulmasına karar vermiştir. Bu alt komitelerden ikincisi karasularının genişliği sorununu ve dolayısıyla takımada sularının belirlenmesini de kapsayan geniş bir konu yelpazesi<sup>51</sup> üzerinde çalışmakla görevlendirilmiştir.

1974 yılında ilk kez toplanan 2. Komite'ye 09.08.1974 tarihinde Fiji, Endonezya, Mauritius ve Filipinler, takımada devletlerinin hukuki statüsünü düzenleyen beş maddeden oluşan bir taslak sunmuşlardır.<sup>52,53</sup> Taslak maddelerde takımada sularının belirlenmesine ilişkin çeşitli

<sup>49</sup> John R. Stevenson/Bernard H. Oxman, "The Preparations for the Law of the Sea Conference", *The American Journal of International Law*, 1974, C. 68, S. 1, s. 2.

<sup>50</sup> Yoshifumi Tanaka, *The International Law of the Sea*, 3. Baskı, Cambridge University Press, Cambridge 2019, s. 32.

<sup>51</sup> Komite, 2. Alt Komite'yi "açık deniz, kıta sahanlığı, karasuları (uluslararası boğazlar ve genişlik sorunu da dahil olmak üzere) ve bitişik bölgenin hukuki rejimleri ile balıkçılık ve açık denizde canlı kaynakların korunmasına (kıyı devletlerinin öncelikli hakları da dahil olmak üzere) yönelik sorunları kapsayacak etraflı bir liste, sonrasında ise bir taslak andlaşma metni hazırlanması" ile görevlendirmiştir.

<sup>52</sup> a.g.e.

<sup>53</sup> Taslak maddelere yönelik tartışmalar aşağıda detaylı bir şekilde incelenmiştir.

hususlara yer verilmiş; bu işlemde düz esas hatların kullanılacağı belirtilmiştir. Fakat, adalar arasındaki azami mesafe ve kara alanının deniz alanına oranına yer verilmemiştir. Bu durum, İkinci Komite'nin 36. Oturumu'nda Japonya'nın temsilcisi tarafından da dile getirilmiştir. Temsilci beyanında, takımada esas hatlarının gerisinde kalan kara ve deniz alanlarının oranına ve bu tür esas hatların azami uzunluğuna yönelik “*nesnel bir ölçüt*” konulmasının zorunlu olduğunu belirtmiştir.<sup>54</sup> Bu öneri diğer devletler tarafından da büyük oranda benimsenmiştir.

Konferans sonucunda imzalanan BMDHS'nin “Takımada Devletleri” başlıklı IV. bölümü takımada devleti kavramını tanımlamış, esas hatlara yönelik azami bir sınır belirlemiş, takımada devletlerinin esas hatların gerisinde kalan ve takımada suları olarak adlandırılan deniz alanları üstünde egemen olduklarını bildirmiştir. “Terimlerin Anlamı” başlıklı 46. maddede takımada devleti, “*bir veya birden fazla takımadadan oluşan ve başka adaları içine alabilen bir devlet*”; takımada ise “*coğrafi, ekonomik ve siyasi bir bütün oluşturacak veya tarihi olarak bu şekilde addedilecek kadar birbirleriyle yakından bağlantılı suları ve diğer doğal özellikleri birbirine bağlayan bir adalar grubu ve bölümleri*”<sup>55</sup> olarak tanımlanmıştır. Bu tanım dolayısıyla İngiltere ve Yeni Zelanda gibi devletler de takımada devleti niteliğini haiz olabilir hale gelmişlerdir. Fakat bu devletler, kendilerini takımada devleti olarak nitelendirmemişler; bu nedenle de 46. maddenin kapsamı içinde değerlendirilmemişlerdir.<sup>56</sup>

Diğer taraftan takımada sularının sınırlandırılmasına yönelik olarak, Japonya temsilcisinin belirttiği iki ölçüt ele alınmıştır. “Takımada Esas Hatları” başlıklı 47. maddede esas hatların gerisinde kalan deniz alanları ile karalar arasındaki oranın en fazla 1/9 olabileceği belirtilmiş; ayrıca bir esas hattın uzunluğunun azami yüz deniz mili olabileceği, bununla beraber istisnai olarak tüm esas hatların %3'ünün uzunluğunun yüz yirmi beş deniz miline kadar çıkabileceği belirtilmiştir.

Günümüzde, BMDHS'nin takımada devletlerine ilişkin hükümlerinin gelenek hukuku kurallarına dönüştüğü savunulmaktadır.<sup>57</sup>

<sup>54</sup> Summary records of meetings of the Second Committee 36th meeting, A/CONF.62/C.2/SR.36, 1974, s. 261.

<sup>55</sup> Aslan Gündüz, Milletlerarası Hukuk, 10. Baskı, Beta Basım Yayın, Ankara 2019, s. 232-33.

<sup>56</sup> R. R. Churchill/A. V. Lowe, The Law of the Sea, Manchester University Press, Manchester 1988, s. 100.

<sup>57</sup> Kevin Baumert/Brian Melchior, “The Practice of Archipelagic States: A Study of

### III. Bir Takımda Devleti Olarak Endonezya ve Takımda Sularını Düzenlemeye İlişkin Faaliyetleri

Jeopolitik konumu nedeniyle uluslararası ticaret ve deniz aşırı sey-rüsefer açısından oldukça önemli olan Endonezya; Malakka Boğazı ve uluslararası taşımacılıkta yoğun bir şekilde kullanılan su yollarına sahip olmasının meydan getirdiği stratejik etki ile uluslararası ticarete başaktör olan birçok devletin dikkatini çekmiştir. Bunda, her tonajdan geminin yanaşabileceği birçok uluslararası limana sahip olması da etkili olmuştur. Başkenti Cakarta şehri ise, dünyanın en kalabalık metro-pollerinden biridir.

Endonezya, dünyanın en büyük takımda devleti olarak kabul edilmektedir. Yüzölçümü, 5.193.250 km<sup>2</sup> olup; yaklaşık 17.508 adet adadan oluşmaktadır. Coğrafi anlamda bir takımda niteliğinde olduğundan, oldukça geniş deniz yetki alanına sahiptir. Egemenliğinde bulunan ve egemen haklarını uygulayabildiği deniz yetki alanlarının kapsadığı alan yaklaşık 5.800.000 km<sup>2</sup>'dir. Söz konusu alanın 300.000 km<sup>2</sup>'sini karasuları, 2.800.000 km<sup>2</sup>'sini takımda suları, 2.700.000 km<sup>2</sup>'sini ise münhasır ekonomik bölge oluşturmaktadır.<sup>58</sup> Dünyanın en büyük takımda devleti olmasının yanı sıra Endonezya; dünyanın en geniş üçüncü münhasır ekonomik bölgesine sahiptir.<sup>59</sup>

Bu noktaya gelmesinde Endonezya'nın uluslararası toplum tarafından bir takımda devleti olarak kabul edilmesinin büyük etkisi bulunmaktadır. Endonezya, Hollanda'dan ayrılarak bağımsızlığını kazandığı 17.08.1945 tarihine kadar bir takımda devleti olarak kabul edilmemiştir.<sup>60</sup> Endonezya'nın uluslararası toplumun ilk takımda devleti olarak kabul edilmesinin temelinde, orta okyanus takımdası kavramının uluslararası toplum tarafından düzenlenme süreci bulunmaktadır. Bu sürecin ilerleyişine katkı sağlayan devletler arasında Endonezya da bulunmaktadır. Endonezya, takımda devleti kavramının

---

Studies", *Ocean Development & International Law*, 2015, C. 46, S. 1, s. 61.

<sup>58</sup> Dıkdık Mohamad Sodık, "The Indonesian Legal Framework on Baselines, Archipelagic Passage, and Innocent Passage", *Ocean Development & International Law*, 2012, C.43, S. 4, s. 330.

<sup>59</sup> Butcher, "Becoming an Archipelagic State: The Djuanda Declaration of 1957 and the "Struggle" to Gain International Recognition of the Archipelagic Principle", s. 30.

<sup>60</sup> a.g.e. s. 33.

uluslararası toplum tarafından tanınmasına yönelik çabalarını, 2. Dünya Savaşı'ndan sonra Hollanda'ya karşı verdiği bağımsızlık savaşını da adlandırdığı "*perjuangan*" (mücadele) kavramıyla eşleştirmiştir. Bu doğrultuda Endonezya, takimada devleti kavramının uluslararası anlamda tanınmasını ikinci bir bağımsızlık mücadelesi olarak görmüştür. Yaklaşık 25 yıl süren söz konusu mücadele sonucunda, Endonezya ve diğer takimada devletleri uluslararası hukuk literatürüne, takimada devleti kavramını kazandırmıştır. İlk kez BMDHS'de düzenlenen takimada devleti kavramı, birçok iç hukuk düzenlemesine de kaynak teşkil etmiştir. Günümüzde halen oldukça tartışmalı bir konu olmakla birlikte, birçok devlet tarafından kabul edilmiş ve uygulamaya konulmuştur.

### 1. Endonezya'nın Deniz Ülkesinde Egemenliğini Tesis Etme Faaliyetleri

17 Ağustos 1945'te Endonezya'nın kurucu lideri Ahmed Sukarno'nun Cakarta'da "Bağımsızlık Bildirisi"ni okumasıyla birlikte, bu tarihe kadar "Hollanda Doğu Hint Adaları"<sup>61</sup> adıyla Hollanda'nın bir kolonisi olan Endonezya, bağımsız bir devlet haline gelmiştir.<sup>62</sup> Fakat bağımsızlığa kadar geçen süreçte Hollanda, bölgedeki deniz alanlarında egemenliğini tesis etmeye yönelik birtakım girişimlerde bulunmuştur. Bu girişimlerin en başında, karasuları genişliğinin artırılmasına yönelik çalışmalar yer almıştır.

19. yüzyılda Hollanda Doğu Hint Adaları Hükümeti, deniz yetki alanlarını sınırlandırmaya yönelik bir girişimde bulunmamıştır. Ancak yüzyılın son çeyreğinde, Avustralyalı inci toplayıcılarının bu alana yoğun ilgi göstermesi sonucu Hükümet de dikkatini bu alana yönlendirmek zorunda kalmıştır. Avustralyalı inci toplayıcıları ile bölge halkı arasında çatışmaların yaşanması neticesinde Hollanda Doğu Hint Adaları Hükümeti, ivedilikle bir kararname çıkararak karasuları içerisinde yabancı gemilerin deniz kabukluları ve türevlerini toplamalarını yasaklamıştır. Söz konusu kararnamede karasularının tanımına yer verilmemiştir. Dönemin denizci devletlerinden biri olan İngiltere'ye

<sup>61</sup> "Netherlands East Indies"

<sup>62</sup> M. C. Ricklefs, A History of Modern Indonesia since c. 1200, 3. Baskı, Palgrave, Hampshire 2001, s. 260.

uyularak, karasularının genişliği üç mil olarak ilan edilmiştir. Böylece, kararname ile her bir ada tek başına üç mil karasuları genişliğine sahip olmuştur.<sup>63, 64</sup>

20. yüzyılın başlarında, birçok devlet gibi Hollanda Doğu Hint Adaları Hükümeti de halihazırda üç mil olan karasuları genişliğini artırma girişiminde bulunmuştur. 1905 yılında Hükümet, kıyıda altı mil mesafede bulunan kaya ve resif gibi oluşumların da kendi karasularına sahip olabileceğini ilan etmiştir.<sup>65</sup> 1927 yılına gelindiğinde ise Hollanda Doğu Hint Adaları'nın deniz alanlarının, "Hollanda Doğu Hint Adaları takımadalarındaki üç deniz mili mesafede bulunan kayalık, resif ve yığınları" da kapsadığını belirten bir kararname yayımlanmıştır.

Ancak 1935 tarihli Karasuları ve Deniz Bölgeleri Yönetmeliği'nde Hükümet, uluslararası hukuktaki tartışmalı konumu nedeniyle deniz alanlarının yalnızca bir iç hukuk işlemiyle genişletilmesi politikasından vazgeçmiştir.<sup>66</sup>

Hollanda Doğu Hint Adaları Hükümeti'nin deniz alanlarını tanımlamaya yönelik son girişimi, 1939 tarihli Karasuları ve Deniz Bölgeleri Yönetmeliği olmuştur.<sup>67</sup> Söz konusu Yönetmelik, 1935 tarihli Yönetmelik'i birçok yönden değiştirmesine rağmen, karasularının genişliği konusunda üç deniz mili uygulamasını değiştirmemiştir. Karasularının genişliğinin üç deniz mili olarak uygulanması, Hollanda Doğu Hint Adaları'nı oluşturan karşılıklı adaların arasında kalan de-

<sup>63</sup> Söz konusu Kararname'nin ilan edilmesi ile birlikte bölge devletleri arasında ve Avrupalı devletler ile Endonezya arasında tartışmalar yaşanmıştır. Ancak yaşanan bütün tartışmalara rağmen karasularının genişliği üç deniz mili olarak uygulanmaya devam edilmiştir.

<sup>64</sup> Butcher, "Becoming an Archipelagic State: The Djuanda Declaration of 1957 and the "Struggle" to Gain International Recognition of the Archipelagic Principle", s. 31.

<sup>65</sup> Birinci Dünya Savaşı sırasında, kıyıya yakın kaya ve resiflere yabancı güçlerin tesis inşa etmesinin önlenmesi amacıyla çözüm yolları arayışına gidilmiştir.

<sup>66</sup> 1935 Yönetmeliği, Hükümet'e deniz sınırları içerisinde daha fazla yetki vermiştir. Söz konusu yetkiler içinde en önemlisi, Japon donanma ve balıkçı gemilerinin gözetim faaliyetlerini kısıtlamak amacıyla, genel valiye bazı alanları "deniz bölgeleri" olarak belirleme yetkisidir. Buna ek olarak Yönetmelik, Doğu Hint Adaları'nın yerlisi olmayanların deniz bölgelerinde balık tutmasını yasaklamış. Ayrıca, bu deniz alanlarında hidrografik araştırma yapılmasını ve fotoğraf çekilmesini izne tabi tutmuştur.

<sup>67</sup> "The Territorial Sea and Maritime Districts Ordinance of 1939"



niz alanlarının açık deniz olarak nitelendirilmesine sebep olmuştur. Adalar arasında kalan deniz alanlarının açık deniz olarak nitelendirilmesi, tüm gemilerin bu deniz alanlarında seyrüsefer serbestisinden yararlanabileceği sonucunu ortaya çıkarmıştır.<sup>68</sup>

## 2. Takımada Devleti Kavramının Doğuşunda Endonezya'nın Rolü

Endonezya, her ne kadar "takımada devleti" kavramının BMDHS ile uluslararası hukuk literatürüne kazandırılmasında öncü devletler arasında yer alsa da yukarıda incelendiği gibi, konu BMDHS'nin imzalanmasına kadar geçen süreçte "kıyı takımadası" bakımından incelenmiştir.<sup>69</sup>

Uluslararası toplumun takımada devleti konusunda bir düzenleme yoluna gitmemesi ve uluslararası toplantılarda devletler tarafından getirilen önerilerin karşılıksız kalması, henüz uluslararası hukuk bakımından "takımada devleti" niteliğinde olmayan birkaç devleti harekete geçirmiştir. Bu kapsamda Endonezya ve Filipinler gibi devletler yaptıkları iç hukuk işlemleriyle deniz yetki alanlarını, anakaraya bağlı olan devletlerden farklı bir şekilde sınırlandırmak suretiyle coğrafi anlamdaki bu farklılığı öne çıkartmışlardır.

Takımada devleti kavramının gelişimi, Endonezya'nın deniz hukuku alanındaki gelişiminden ayrı düşünülemez.<sup>70</sup> Bu kapsamda Endonezya, 1945 yılında bağımsızlığını kazandıktan sonra, kara ülkesindeki egemenliğini sağlamadan tek yolunun ülkesini oluşturan adalar arasındaki bütünlüğü sağlamaktan geçtiği kanısıyla takımada devleti kavramının uluslararası toplum tarafından kabul edilmesine yönelik girişimlerde bulunmuştur.

Aslında hem 1945 hem de 1950 tarihli Endonezya Anayasaları, Endonezya'nın adalar arasındaki deniz alanlarının yetki alanına dahil olduğuna dair bir düzenleme içermemiştir. Ancak Avustralya Dışişle-

<sup>68</sup> Butcher, "Becoming an Archipelagic State: The Djuanda Declaration of 1957 and the "Struggle" to Gain International Recognition of the Archipelagic Principle", s. 30.

<sup>69</sup> Gökhan Yaşar Duran/Çağdaş Evrim Ergün, Uluslararası Hukukta Adalar, 1. Bası, Çakmak Yayınevi Ankara 2011, s. 38.

<sup>70</sup> Puspitawati, "Indonesia's Archipelagic Sea Lanes (ASLs) Designation: Rights Turning to Obligations?" s.267.

ri Bakanlığının arşivlerinde, Endonezya'nın 1950'li yılların başlarında deniz alanlarıyla ilgilenmeye başladığı ve çok daha geniş bir deniz alanını egemenliği kapsamına almaya yönelik yollar aradığına dair kanıtlar bulunduğu ileri sürülmüştür.<sup>71</sup>

Söz konusu çalışmalar içerisinde en önemli girişimi, 1957 tarihli Djuanda Deklarasyonu oluşturmuştur.<sup>72</sup> Endonezya'nın kara ve deniz ülkelerinin devletin münhasır egemenliği altında bütünleşmesini öngören Djuanda Deklarasyonu, 1957 yılında Endonezya Hükümeti'nin tek taraflı bir eylem planı sonucunda ortaya çıkmıştır.<sup>73</sup> Deklarasyon ilan edilmeden önce, Endonezya Hükümeti'nde konuya ilişkin derin fikir ayrılıkları nedeniyle birçok tartışma yaşanmıştır.<sup>74</sup> Müzakereler esnasında Endonezyalı siyasetçi Mochtar Kusumaatmaja'dan Hollanda bayraklı gemilerin Java Denizi'nden serbestçe geçişini engelleyecek yasal bir enstrüman bulması talep edilmiştir. Kusumaatmaja, müzakereye getirdiği bir Endonezya haritasında adaların en dış noktalarını düz temel çizgiler yoluyla birleştirerek sorunun çözümünü sunmuştur. Bu çözüm, Endonezya'nın takımda devleti olması yolunda bir başlangıç noktası olarak nitelendirilmiştir. Çizgiler Endonezya takımda devletin düz esas hatlarını oluştururken, çizginin gerisinde kalan sular ise iç sular olarak nitelendirilmiştir. Hükümet, Kusumaatmaja'nın çözümüne ve Bakanlıklar Arası Komite'nin karasularını on iki deniz

<sup>71</sup> Avustralya'nın devlet belgelerinde, Japon inci toplayıcılarının Avustralya'nın deniz alanlarında yaratacağı tahribatın meydana getirdiği korkunun benzerinin Endonezya halkında da mevcut olduğu belirtilmiştir. Bu sebeple, Endonezyalı yöneticilerin bir bildiri yayımlama gayreti içerisinde oldukları gözlemlendiği bildirilmiştir. (Butcher, "Becoming an Archipelagic State: The Djuanda Declaration of 1957 and the "Struggle" to Gain International Recognition of the Archipelagic Principle", s. 34.)

<sup>72</sup> Özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde Filipinler başta olmak üzere birçok devletin, deniz yetki alanlarını genişletme ve söz konusu alanlarda egemenliği sağlama çabası içerisinde olduğu görülmüştür. Filipinler 1955 yılında verdiği sözlü nota ile takımdalarını oluşturan adaların aralarında bulunan deniz alanlarının kara ülkesinin ayrılmaz bir parçası olduğunu ilan etmiştir.

<sup>73</sup> Endonezya Hükümeti'nin tek taraflı eylem planı olarak nitelendirilen Djuanda Deklarasyonu, KBBS'nin takımda kavramına yer vermemesinin gerekçelerinden birini oluşturmuştur. (a.g.e. s. 267.)

<sup>74</sup> Endonezya'nın kendisini bir takımda devleti olarak nitelendirmede tereddüte düşmesi, uluslararası toplumda karşılaşılabileceği tepkilerden çekinmesinin sonucudur. Endonezya'nın endişesinin temel nedeni, bu büyüklükte bir takımda devletinde egemenliğini koruyacak ve sürdürebilecek donanma gücü ve askeri teçhizattan yoksun olmasıdır. Karada ve denizlerde otoritenin sağlanamaması, başta korsanlık faaliyeti gibi birçok olumsuz sonuca neden olabilmektedir.

miline çıkarma önerisini desteklemiştir. Kusumaatmaja'nın çözümünün Endonezya'yı bütünleştirmesi, çözümü çekici kılan hususlardan en önemlisi olarak nitelendirilmiştir.<sup>75</sup>

13 Aralık 1957'de toplanan kabine üyeleri, Kusumaatmaja'nın çözümünü ve karasularının on iki deniz miline çıkarılması düşüncesini kabul etmiştir. Ancak on iki deniz mili genişliğindeki karasularının, tüm takımdayı çevreleyen düz esas hatlardan itibaren ölçülmeye başlanacağı belirtilmiştir. Aynı toplantı sonucunda üstünde anlaşılan hükümler, "Endonezya Cumhuriyeti'nin Su Alanlarına İlişkin Deklarasyon (Djuanda Deklarasyonu)" adıyla ilan edilmiştir. Söz konusu Deklarasyon'un, Endonezya devletinin kara ve deniz ülkesinde bütünlüğü sağladığı belirtilen maddesi şöyledir;

*"...Endonezya devletini oluşturan adaları çevreleyen, birbirini bağlayan, ve adalar arasındaki tüm sular... Endonezya devletinin topraklarının ayrılmaz parçalarıdır ve bu nedenle Endonezya devletinin münhasır egemenliği altındaki iç veya ulusal suların bir parçasıdır."*

Buna ek olarak, Deklarasyon'da Endonezya'nın deniz aşırı ticaretini korumak amacıyla şu düzenlemeye de yer verilmiştir: "Yabancı gemilerin bu iç sulardan zararsız geçişi, ihlal veya müdahale söz konusu olmadığı sürece garanti altındadır."

Karasularına ilişkin olarak ise "(Genişliği on iki deniz mili olan) Karasularının genişliği, Endonezya adalarının en dış noktalarını birbirine bağlayan esas hatlardan itibaren ölçülür." ifadesine yer verilmiştir.<sup>76</sup>

KBBS öncesinde uluslararası toplumda bu yönde bir iradenin ortaya çıktığından yukarıda bahsedilmiştir. Buna rağmen, Konferans

<sup>75</sup> Endonezya halkının büyük bir bölümü, 1950'li yıllarda Endonezya'nın toprakları arasında bütünlüğü sağlayamamasını bir "zayıflık" olarak görmüştür. Bunun bir sonucu olarak, Endonezya'nın uluslararası sulardan oluşan "delik"lerden ibaret bir ülke olduğu kanısı yerleşmeye başlamıştır. Diğer taraftan bu bölünmüşlüğü, Endonezya kanunlarının uygulanmasına ve Endonezya'nın ulus olma bilincine de engel olduğu düşünülmüştür. Takımadalara düz esas hattın uygulanması, Endonezya'nın karşılaştığı sorunlarla başa çıkabilmesini sağlarken, buna ek olarak birleşik bir Endonezya imajını da yaratmıştır. (Butcher, "Becoming an Archipelagic State: The Djuanda Declaration of 1957 and the "Struggle" to Gain International Recognition of the Archipelagic Principle", s. 38.)

<sup>76</sup> Djuanda Deklarasyonu'nun, en kısa sürede yasalaştırılması planlanmış ve Şubat 1958'de başlaması planlanan Deniz Hukuku Konferansı'nda durumunu koruyacağı belirtilmiştir.

sonucunda Sözleşme'ye takımda kavramına ilişkin bir düzenleme getirilmemiştir. Bu durum, eski kolonicisi Hollanda ile geçiş rejimi konusunda çeşitli sorunlar yaşayan Endonezya'nın aynı yıl içinde güvenlik ve savunma amacıyla belirli deniz alanlarını kendi balıkçılık gemileri dışındaki tüm yabancı gemilere kapatmasıyla etkisini göstermiştir.<sup>77</sup> Ancak yine de Djuanda Deklarasyonu'nun hem uluslararası toplum genelinde hem de Endonezya özelinde takımda devleti kavramının temellerini attığı söylenebilir.<sup>78</sup>

Endonezya'nın yaptığı bu düzenleme, özellikle deniz ticaretinde yoğun bir şekilde kullanılan boğazları ve deniz alanlarını iç sular niteliğine getirdiğinden başta Hollanda olmak üzere denizci devletler tarafından ağır bir şekilde eleştirilmiştir<sup>79</sup>. Devletlerden gelen tepkilerin merkezinde, Endonezya'nın seyrüsefer serbestisi ve açık deniz ilkelerini ihlal ettiği iddiaları yer almıştır. Deklarasyon'a gelen tepkiler, 1960 Deniz Hukuku Konferansı'nda da devam etmiştir. Özellikle ABD delegesi, Deklarasyon'u "*tüm milletlerin ortak mülkiyeti olan açık denizin azaltılması*" olarak nitelendirmiştir. Sovyetler Birliği de dahil olmak üzere birçok devletten tepki alan Endonezya, kınama haricinde başka bir yaptırımla karşılaşmamıştır.

Uluslararası toplumda böyle bir muhalefet ile karşılaşan Endonezya Hükümeti, ilk başta Djuanda Deklarasyonu'nu yasalaştırma kararında çekingen bir tavır gösterse de 1960'ta yapılacak olan Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Konferansı'nın yaklaşmasıyla birlikte kararını uygulamaya koymuştur. Djuanda Deklarasyonu, 18.02.1960 tarihinde 4 sayılı Endonezya Suları Kanunu ile resmen ilan edilmiştir.<sup>80</sup>

Endonezya Suları Kanunu'na, ülkeyi çevreleyen 196 düz esas hat-tın koordinatlarını ve esas hatlardan on iki deniz mili kadar uzanan

<sup>77</sup> Barbara Kwiatkowska, "The Archipelagic Regime in Practice in the Philippines and Indonesia - Making or Breaking International Law?", *International Journal of Estuarine and Coastal Law*, 1991, C. 6, S. 1, s. 15-16.

<sup>78</sup> Butcher, "Becoming an Archipelagic State: The Djuanda Declaration of 1957 and the "Struggle" to Gain International Recognition of the Archipelagic Principle", s. 40.

<sup>79</sup> John R. Brock, "Archipelago Concept of Limits of Territorial Seas", *International Law Studies*, 1980, C. 61, s. 333-34.

<sup>80</sup> Butcher, "Becoming an Archipelagic State: The Djuanda Declaration of 1957 and the "Struggle" to Gain International Recognition of the Archipelagic Principle", s. 41.

karasuları kuşağını gösteren bir harita da eklenmiştir. Söz konusu haritaya Şekil 1'de yer verilmiştir. 1960 tarih ve 4 sayılı Kanun, Djuanda Deklarasyonu'nun ilanında olduğu gibi Hollanda başta olmak üzere denizci devletler tarafından tepkiyle karşılanmıştır.<sup>81</sup>

Ayrıca Endonezya Hükümeti, yabancı gemilerin Endonezya sularından geçebilme koşullarını ayrıntılı bir şekilde açıklayan 1962 tarih ve 8 sayılı Yönetmelik'i ilan etmiştir. Endonezya söz konusu Yönetmelik'te, sularından geçişle ilgili karasularında gerçekleştirilen zararsız geçiş hakkında farklı olarak "iç denizde zararsız geçiş, Endonezya tarafından kasıtlı olarak tanınmış bir imkandır." şeklinde bir düzenlemeye yer vermiştir.<sup>82</sup> Bu sebeple, Endonezya'nın bu imkânı geri çekme hakkını saklı tuttuğu belirtilmiştir. Ayrıca yabancı savaş gemilerinin karasularından geçmeden önce, geçme niyetlerini bildirmeleri istenmiştir.<sup>83</sup>



Şekil 1. 1960 tarih ve 4 sayılı Kanun kapsamında yer alan Endonezya'nın karasuları ile takimada sularını gösteren harita.<sup>84</sup>

<sup>81</sup> Jack A. Draper, "The Indonesian Archipelagic State Doctrine and Law of the Sea: "Territorial Grab or Justifiable Necessity?", *International Lawyer*, 1977, C. 11, S. 1, s. 147.

<sup>82</sup> John G. Butcher/R.E. Elson, *Sovereignty and the Sea: How Indonesia Became an Archipelagic State*, NUS Press, Singapur 2017, s. 120.

<sup>83</sup> Butcher, "Becoming an Archipelagic State: The Djuanda Declaration of 1957 and the "Struggle" to Gain International Recognition of the Archipelagic Principle", s. 42.

<sup>84</sup> Butcher/Elson, "Sovereignty and the Sea: How Indonesia Became An Archipelagic State", s.113.

Endonezya, bir takımada devleti olarak resmen tanınmak amacıyla Singapur, Malezya ve Tayland başta olmak üzere komşu devletleriyle deniz yetki alanları sınırlandırma andlaşmaları yapmıştır.<sup>85</sup> Endonezya'nın söz konusu andlaşmaları yapmaktaki amacı, bölge devletlerinin güvenini ve desteğini kazanmak olmuştur. Ayrıca Endonezyalı yetkililer de deniz hukukuyla ilgili katıldıkları akademik konferanslarda Endonezya'nın deniz yetki alanlarını sınırlandırmaya yönelik iç hukuk işlemleriyle, diğer devletler gibi ülkenin güvenliğini ve toprak bütünlüğünü sağlamaya çalıştığını öne sürmüşlerdir.<sup>86</sup>

Daha sonraki yıllarda da Endonezyalı yetkililer takımada devleti konusundaki tutumlarını istikrarlı bir şekilde sürdürmüşlerdir. 1969 yılında ise yapılacak olan üçüncü bir deniz hukuku konferansının planlama çalışmalarına katılmışlardır. Endonezyalıların takımada devleti kavramı konusundaki istikrarlı ve cesur tutumları, BMDHK'da da kendini göstermiştir. Yaklaşık dokuz yıl süren görüşmelerde, takımada devleti ile ilgili oturumlarda Endonezya'nın 1957 yılında yayımladığı Djuanda Deklarasyonu ile "kendisini bir takımada devleti olarak ilan ettiği" belirtilmiştir.

Takımada devleti kavramının uluslararası anlamda tanınması amacıyla Endonezya, Filipinler, Mauritius ve Fiji'den oluşan bir grup devlet, 14.03.1973 tarihinde bir taslak öneri hazırlayıp Deniz Yatağı Komitesi'ne sunmuştur. Söz konusu dört devletin sunmuş olduğu düzenleme teklifi şöyledir:

*"1. Bileşen adaları ve diğer doğal özellikleri içsel bir coğrafi, ekonomik ve politik varlık oluşturan ve tarihsel olarak böyle kabul edilebilecek bir takımada*

<sup>85</sup> Yapılan deniz yetki alanı andlaşmalarından en önemlileri şunlardır: 1971'de ve 1975'te Tayland ile yapılan kıta sahanlığı sınırlandırma andlaşmaları, 1969'da kıta sahanlığı ve 1970'te Malezya ile yapılan karasuları sınırlandırma andlaşmaları ve 1973'te Singapur ile yapılan karasuları sınırlandırma andlaşması. (Vivian Louis Forbes, *Indonesia's Delimited Maritime Boundaries*, Springer Publishing, New York 2013, s. 35.)

<sup>86</sup> Diğer taraftan, çeşitli uluslararası konferanslara ve Asya-Afrika Hukuk Müşavirliği Komitesi gibi uluslararası örgütlerin toplantılarına katılarak özellikle bağımsızlığını yeni kazanmış devletlerden taleplerine destek olmalarını istemiştir. (Butcher, "Becoming an Archipelagic State: The Djuanda Declaration of 1957 and the "Struggle" to Gain International Recognition of the Archipelagic Principle", s. 43.)

*devleti, en dıştaki adaların en dış noktalarını ve takımada devletinin karasularının kapsamının belirlendiği veya belirlenebileceği takımadaların kuruyan resiflerini birbirine bağlayan düz esas hatlar çizebilir.*

2. *Esas hatlar dahilindeki sular, derinlikleri veya kıyıdan uzaklıkları ne olursa olsun, deniz yatağı ve toprak altı ile üstündeki hava sahası ve bunların tüm kaynakları takımada devletinin egemenliğine tabidir.*

3. *Takımada devletinin sularından yabancı gemilerin zararsız geçişine, mevcut uluslararası hukuk kuralları dikkate alınarak, ulusal mevzuata uygun olarak izin verilecektir. Bu geçiş, takımada devleti tarafından amaca uygun olarak belirlenecek deniz yollarından yapılacaktır.*<sup>87,88</sup>

9 Ağustos 1974 tarihindeki oturumda söz konusu taslak maddelerden yola çıkılarak takımada devletleriyle ilgili beş maddelik ayrıntılı bir taslak hazırlanmıştır.<sup>89</sup> 12.08.1974 tarihli 36. Oturum'da Endonezya devleti temsilcisi Hasjim Djalal, söz konusu beş madde hakkında bir açıklama yapmıştır.<sup>90</sup>

Endonezya, Filipinler, Mauritius ve Fiji'den oluşan dört devletin takımada kavramı konusundaki kararlı duruşu ve uzun yılları alan mücadelesi sonucunda BMDHS'nin IV. bölümünde takımada devleti kavramı kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir.

<sup>87</sup> United Nations General Assembly, Report Of the Committee on the Peaceful Uses of the Sea-bed and the Ocean Floor Beyond the Limits of National Jurisdiction, 1973, s.1.

<sup>88</sup> Dört devletin sunmuş olduğu takımada prensiplerinin orijinal metni için bkz. UN Doc. A/AC.138/SC. II/L.15

<sup>89</sup> "Fiji, Indonesia, Mauritius and Philippines: Draft Articles Relating to Archipelagic States, A/CONF.62/C.2/L.49".

<sup>90</sup> Djalal, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 42. Oturumu'nda takımada devleti kavramının Endonezya gibi devletler için ulusal birlik, siyasi istikrar, ekonomik, sosyal ve kültürel birlik ve toprak bütünlüğü açılarından gerekli olduğunu ifade etmiştir. Endonezya, her zaman ülkesini, deniz alanlarını ve insanlarını ayrılmaz bir şekilde birbirine bağlı olarak görmüştür. Endonezya milletinin hayatta kalması, bu üç unsurun birliğine bağlı olmuştur. Takımada devletinin düzenlenmemiş olması durumunda Endonezya'nın ülkesini oluşturan adaların kıyılarının olduğu deniz alanlarının büyük bölümü ülkenin birliğini, güvenliğini ve toprak bütünlüğünü tehlikeye atabilecek faaliyetlere açık bir şekilde, "açık deniz paketleri" haline gelme riski altında olacaktı.

"Summary Records of Meetings of the Second Committee 36th meeting, A/CONF.62/C.2/SR.36".

### 3. BMDHS'nin İmzalanmasından Sonraki Süreçte Endonezya'nın Takımada Sularına Yönelik İç Hukuk Düzenlemeleri

BMDHS ile Endonezya'nın takımada devleti kavramı konusundaki kararlı mücadelesinin başarı ile sonuçlanmıştır. Endonezya, takımada devleti niteliğindeki diğer devletlerin desteğini alarak kavrama uluslararası anlamda tanınırlık kazandırmıştır. 1957 yılında Djuanda Deklarasyonu ile açık ve somut bir biçimde başlayan süreç, yaklaşık 25 yılın sonunda tamamlanmıştır.

Her ne kadar takımada devleti kavramı, BMDHS ile düzenlenmiş olsa da uygulamaya geçilebilmesi devletlerin iç hukukunda düzenleme yapmalarını gerektirmiştir. Özellikle Sözleşme'nin "*Takımada-lar Arasından Geçiş Hakkı*" başlıklı 53. maddesi, takımada devletlerine şartların oluşması ve gereken duyurunun yapılması halinde yeni geçiş yollarını tespit edebilme imkânı vermiştir. Ancak ilan edilen geçiş yollarının ve trafik ayırım şemalarının uluslararası hukuka uygun olması gerektiği belirtilmiştir. Bu düzenlemeden hareketle, takımada devletleri yabancı gemilerin geçiş yollarını belirlemek amacıyla iç hukuklarında gerekli düzenlemeleri yapmışlardır.

Aynı madde kapsamında, takımada devletlerinin geçiş yolu ve trafik ayırım şemalarını yeniden belirlemelerinde teklif usulü öngörülmüştür. Takımada devletlerinin, tekliflerini yetkili uluslararası organizasyona sunmaları istenmiştir. Madde kapsamında, yetkili uluslararası kuruluş açıkça belirtilmemişse de uygulamada söz konusu kuruluş Uluslararası Denizcilik Örgütü (IMO) olarak kabul edilmiştir.

1982 yılında BMDHS'nin imzalanması sonrasında, taraf devletler farklı tarihlerde Sözleşme'yi iç hukuklarında onaylamışlardır. Endonezya 1985 tarih ve 17 sayılı Kanun ile BMDHS'yi iç hukuklarında yaptıkları düzenlemelerle onaylamıştır. Ancak BMDHS'nin 308. maddesinde, Sözleşme'nin altmışıncı onay veya katılma belgesinin tevdi ile yürürlüğe gireceği belirtilmiştir.<sup>91</sup> Bu sebeple Sözleşme, 16.11.1994 tarihinde altmışıncı devlet olarak Guyana'nın Sözleşme'yi onaylaması sonrasında yürürlüğe girmiştir.<sup>92</sup>

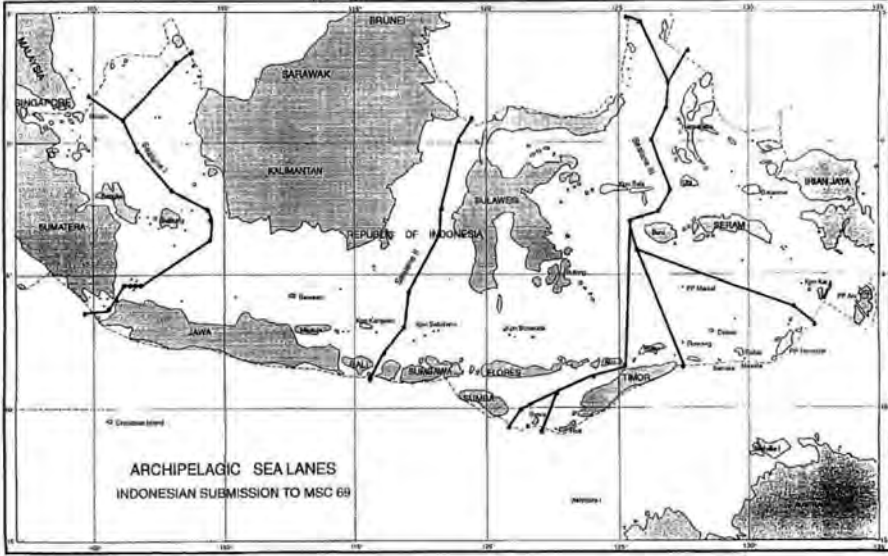
<sup>91</sup> BMDHS'nin 308. maddesi

<sup>92</sup> "The United Nations Convention on the Law of the Sea (A Historical Perspective)".



Sözleşme'nin yürürlüğe girmesi sonrasında Endonezya, 53/7. maddeye dayanarak takımada geçiş yollarını belirleme çalışmaları başlatmıştır. Çalışmalar sonucunda, 1996 yılında 6 sayılı Endonezya Milli Suları Kanunu'nu yayımlanmıştır. Söz konusu kanunda, yabancı gemilerin Endonezya'nın takımada sularından geçiş yolları belirlenmiştir. Endonezya, 1996 tarih ve 6 sayılı Kanun ile takımada deniz yollarından geçişi belirleyerek IMO'ya sunan ilk ve tek takımada devleti olmuştur.<sup>93</sup>

Öneride yer alan takımada sularından geçişler, üç temel geçiş yolu üstünden yapılmıştır. Birinci geçiş yolu Güney Çin Denizi ile Hint Okyanusu arasında, ikinci geçiş yolu ise Celebes Denizi ile Hint Okyanusu arasında konumlandırılmıştır. Üçüncü geçiş yolunun ise iki kuzey ve üç güney ucu bulunmaktadır. Kuzey uçlarını, Molucca Denizi ve Banda Denizi oluştururken; Hint Okyanusu, Timor Denizi ve Arafura Denizi ise güney uçlarını oluşturmaktadır. Şekil 2'de söz konusu geçişleri gösteren haritaya yer verilmiştir.



Şekil 2. 1996 tarih ve 6 sayılı Kanun'da düzenlenen Endonezya'nın takımada sularından geçiş yollarını gösteren harita. (Soldaki hat birinci geçiş yolunu, ortadaki hat ikinci geçiş yolunu, sağdaki şekil ise üçüncü geçiş yolunu göstermektedir.)<sup>94</sup>

<sup>93</sup> Puspitawati, "Indonesia's Archipelagic Sea Lanes (ASLs) Designation: Rights Turning to Obligations?", s. 273.

<sup>94</sup> "Annex 9 Resolution MSC.72(69) Adoption, Designation and Substitution of Archipelagic Sea Lanes".

Ancak haritadan da anlaşılacağı üzere, Endonezya takımada suları geçiş yollarını yalnızca kuzey-güney doğrultusunda belirlemiştir. IMO'ya sunulan öneride, doğu-batı güzergahına ilişkin bir belirleme yer almamıştır. Bu durum, Avustralya ve ABD'nin tepkisini çekmiş ve söz konusu devletler Endonezya'nın doğu-batı güzergahında da bir geçiş yolu belirlemesini talep etmişlerdir. Endonezya'nın takımadada suları geçiş yollarını kısmi olarak belirlemesi, uluslararası toplumda tepkiyle karşılanırsa da IMO kapsamında yer alan Deniz Güvenliği Komitesi, 19.05.1998 tarihindeki 69. Oturumu'nda Endonezya'nın önerisini onaylayarak "Takımadada Deniz Yollarının Kabulü, Belirlenmesi ve Değiştirilmesine İlişkin Genel Hükümler"i kabul etmiştir.<sup>95,96</sup> IMO'nun onayına müteakiben Endonezya, "Endonezya Hükümeti'nin Takımadada Deniz Yollarından Geçiş Hakkını Kullanan Yabancı Gemi ve Uçakların Belirlenmiş Takımadada Deniz Yollarından Geçiş Hak ve Yükümlülüklerine İlişkin 2002 tarih ve 37 sayılı Yönetmelik"i yürürlüğe koymuştur.<sup>97</sup>

Söz konusu Yönetmelik'in 3. maddesinde geçiş yolları ile ilgili olarak, "Endonezya sularının diğer kısımlarında geçiş yolunun kullanılması, bu sulara geçiş amacıyla deniz şeridinin belirlenmesinden sonra yapılabilir." ifadesi yer almıştır. Ayrıca 15. maddede "Bu düzenlemenin yürürlüğe girmesinden altı ay sonra, yabancı gemiler ve uçaklar, bu düzenlemede şart koşulduğu üzere, yalnızca belirlenmiş geçiş yollarından geçiş hakkını kullanabilirler." ifadesine yer verilmiştir.<sup>98</sup> Buradan hareketle, yabancı gemilerin takımadada geçiş yollarından geçişinin yalnızca Endonezya tarafından belirlenmiş yukarıda bahsedilen üç kuzey/güney geçiş yolunu içerdiği ve belirlenmemiş yollardan ise sadece zararsız geçiş haklarının bulunduğu söylenebilmektedir.

BMDHS'nin 17. maddesinde tüm gemilerin, bir kıyı devletinin karasularından geçişi boyunca zararsız geçiş hakkının bulunduğu düzenlenmiştir. 52. maddede ise karasularına benzer şekilde, tüm gemilerin takımadada sularından zararsız geçiş haklarının olduğundan bahsedil-

95

a.g.e.

96

Puspitawati, "Indonesia's Archipelagic Sea Lanes (ASLs) Designation: Rights Turning to Obligations?", s.275.

97

ag.e. s. 277.

98

a.g.e.

miştir.<sup>99</sup> Temelini BMDHS'den alan takımadada sularından gemilerin zararsız geçiş hakkı, Endonezya iç hukukunda da yer almıştır. 1996 tarih ve 6 sayılı Endonezya Milli Suları Kanunu'nun 11 ve 12. maddeleri ve "Zararsız Geçiş Hakkını Kullanan Yabancı Gemilerin Hak ve Görevlerine İlişkin 2002 tarih ve 36 sayılı Yönetmelik", takımadada sularından zararsız geçiş hakkının yer aldığı düzenlemeleri içermektedir.

1996 tarih ve 6 sayılı Endonezya Milli Suları Kanunu'nun 12/1. maddesi uyarınca Endonezya, silahlı tatbikatlar da dahil olmak üzere güvenliğini korumak için gerekli olması halinde, karasularının veya takımadaların belirli bölgelerinde yabancı gemilerin zararsız geçişini geçici olarak askıya alabilmektedir.

Endonezya kanun ve yönetmeliklerinin zararsız geçişle ilgili hükümleri BMDHS'nin ilgili kurallarına uyma amacını taşımaktadır. Endonezya karasularında ve takımadalarda deniz çevresinin korunması, güvenlik ve bilimsel araştırma konularındaki düzenlemeler arasında yakın ilişki bulunmaktadır. Endonezya mevzuatının temel amacının, Endonezya karasularından ve takımadalardan geçen yabancı gemilerin BMDHS'nin amacı ile tutarlı bir şekilde hareket etmesini sağlamak olduğu belirtilmiştir.<sup>100</sup>

#### IV. Sonuç

20. yüzyıl, uluslararası hukukun kodifikasyon sürecinin hızlandığı, devletler arası iş birliğinde ve diplomatik anlamda rekabette artışın gözlemlendiği bir dönem olmuştur. Söz konusu iş birliği ve devletler arası uyumazlıklar, uluslararası hukukta yeni kavram ve olguların ortaya çıkmasına, uluslararası toplumun harekete geçmesine zemin hazırlamıştır. Uluslararası toplum, dönemin ihtiyaçları ve devletlerin talepleri doğrultusunda uluslararası hukukun birçok alanında çalışma yürütmüştür.

Uluslararası hukukun aksine, uluslararası deniz hukukunda denizci devletler ile kıyı devletleri arasındaki mücadele hukukun şekillenmesinde büyük rol oynamıştır. Uluslararası deniz hukukunda

<sup>99</sup> Churchill/Lowe, *The Law of the Sea*, s. 105.

<sup>100</sup> Sodık, "The Indonesian Legal Framework on Baselines, Archipelagic Passage, and Innocent Passage", s. 336.

düzenlenen birçok kavram ve olgunun, gelenek hukuku bir kenara bırakılırsa, devletlerin tekil iradeleriyle ilk kez ortaya çıktığı, sonrasında uluslararası anlamda destek ve tanınırlık kazandığı ve nihayetinde uluslararası bir düzenlemeye kavuştuğu görülmektedir.

Bu anlamda, uluslararası deniz hukuku kapsamında yer alan takımada kavramının uluslararası toplum tarafından kabul edilmesi önem kazanmaktadır. Takımada kavramından ilk kez 20. yüzyılın başlarında gerçekleştirilen konferans ve toplantılarda bahsedilmiştir. 1951 İngiltere-Norveç Balıkçılık Davası'na kadar, yalnızca taslak ve öneri kapsamında kalan "takımada" kavramı, söz konusu dava ile ilk kez bir uluslararası organizasyonun çalışmasının bir parçasını oluşturmuştur. Ancak burada bahis konusu olan takımada, kıyı takımadası kavramının karşılığı olarak kullanılmıştır. Orta okyanus takımadası kavramının bir düzenleme yoluyla ilk kez ortaya çıkışı, Endonezya'nın 1957 yılında ilan etmiş olduğu Djuanda Deklarasyonu ile gerçekleşmiştir.

1957 Djuanda Deklarasyonu ile kendisinin bir takımada devleti olduğunu ilan eden Endonezya, birçok devlet tarafından tepkiyle karşılaşmış, ancak mücadelesinden vazgeçmemiştir. Dönemin denizci devletleri, takımada devleti kavramının uluslararası hukuk kapsamında düzenlenmesine açık deniz ve seyrüsefer serbestisi ilkelerine engel oluşturacağını iddia etmişlerdir. Ancak Endonezya gibi devletler, takımada devletin uluslararası toplum tarafından tanınmamasını bir egemenlik sorunu olarak nitelendirmiştir.

Endonezya'nın kararlı duruşuna rağmen, 1958 ve 1960 Deniz Hukuku Konferansları'nda takımada devleti kavramı ele alınmamıştır. Filipinler başta olmak üzere birçok takımada devletin desteğini alan Endonezya'nın talep ve girişimleriyle BMDHS'de takımada devleti kavramına uluslararası anlamda ilk kez yer verilmiştir. Endonezya, 25 yıllık mücadelesi sonucunda başarıya ulaşmış ve 17.508 adadan oluşan kara ülkesinde egemenliği tesis edebilme imkanına kavuşmuştur. Takımada devleti kavramının uluslararası anlamda tanınması, bireysel anlamda devlet girişimlerinin başarıya ulaşabileceğinin bir kanıtını oluşturmuştur.

BMDHS'nin yürürlüğe girmesine müteakip Endonezya, 1996 yılında takımada sularındaki geçiş yollarını belirleyen önerisini IMO'ya sunmuştur. Endonezya'nın önerisi, doğu-batı güzergahını içermemesi

sebebiyle itirazla karşılaşmasına rağmen 1998 yılında Deniz Güvenliği Komitesi tarafından onaylanmıştır. Komite'nin öneriyi onaylaması üzerine Endonezya, öneriyi kodifiye ederek geçiş yollarını belirlemiş ve BMDHS'nin takımada devletlerine ilişkin kurallarına tam uyumu amaç edindiğini bir kez daha uluslararası topluma göstermiştir.

Takımada kavramı, Türk uluslararası hukuk literatüründe yeteri kadar incelenmemesine rağmen uluslararası hukuk açısından oldukça önemli bir yer teşkil etmektedir. Konunun anlaşılabilmesi, akademisyen ve araştırmacıların dikkatlerini bu alana yönlendirmesine bağlıdır. Ayrıca bireysel devlet girişimlerinin, başarıyla sonuçlanmasında önemli bir örnek niteliğinde olan takımada kavramının kodifikasyon süreci, Türkiye'nin dış politikası açısından da yol gösterici mahiyettedir. Türkiye'nin Doğu Akdeniz ve Adalar Denizi'nde çoğunluğa karşı yürütmüş olduğu bireysel diplomatik mücadelede, Endonezya gibi bir stratejik ortağın doğrudan veya dolaylı katkısı büyük önem taşıyacaktır.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Butcher John G./Elson Robert, *Sovereignty and the Sea: How Indonesia Became an Archipelagic State*, NUS Press, Singapur 2017.
- Churchill Robin R./Lowe Vaughan, *The Law of the Sea*, 2. Baskı, Manchester University Press, Manchester 1988.
- Dietmar Rothermund, *The Routledge Companion to Decolonization*, Routledge, Londra 2006.
- Ergün Gökhan/Duran Yaşar/Çağdaş Evrim, *Uluslararası Hukukta Adalar*, Çakmak Yayınevi, Ankara 2011.
- Forbes Vivian L., *Indonesia's Delimited Maritime Boundaries*, Springer Publishing, New York 2013.
- Gündüz Aslan, *Milletlerarası Hukuk*, 10. Baskı, Beta Basım Yayın, Ankara 2019.
- Pazarıcı Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 2. Cilt, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2014.
- Ricklefs Merle C., *A History of Modern Indonesia since C. 1200*, 3. Baskı, Palgrave, Hampshire 2001.
- Syatauw J. J. G., *Some Newly Established Asian States and the Development of International Law*, Martinus Nijhoff, Lahey 1961.
- Tanaka Yoshifumi, *The International Law of the Sea*, 3. Baskı, Cambridge University Press, Cambridge 2019.

### Kitap Bölümleri

Butcher John G., "Becoming an Archipelagic State: The Juanda Declaration of 1957 and the "Struggle" to Gain International Recognition of the Archipelagic Principle", *Indonesia Beyond the Water's Edge: Managing an Archipelagic State*, düz. Robert Cribb/Michele Ford, ISEAS, Singapur 2009, s. 28-48.

### Makaleler

Batongbacal Jay L., "A Philippine Perspective on Archipelagic State Issues", *Maritime Studies*, 2002, S. 122, s. 18-31.

Baumert Kevin/Melchior Brian, "The Practice of Archipelagic States: A Study of Studies", *Ocean Development & International Law*, 2015, C. 46, S. 1, s. 60-80.

Brock John R., "Archipelago Concept of Limits of Territorial Seas", *International Law Studies*, 1980, C. 61 s. 328-64.

Draper Jack A., "The Indonesian Archipelagic State Doctrine and Law of the Sea: "Territorial Grab or Justifiable Necessity?", *International Lawyer*, 1977, C. 11, S. 1, s. 143-62.

Evensen Jens, "The Anglo-Norwegian Fisheries Case and Its Legal Consequences", *The American Journal of International Law*, 1952, C. 46, S. 4, s. 609-30.

Kamalu Ngozi C., "Small States and the Regime of the Archipelago", *India Quarterly*, 1989, C. 45, S. 2/3, s. 233-45.

Ku Charlotte, "The Archipelagic States Concept and Regional Stability in Southeast Asia", *Case Western Reserve Journal of International Law*, 1991, C. 23, S. 3, s. 463-78.

Kwaitowska Barbara, "The Archipelagic Regime in Practice in the Philippines and Indonesia - Making or Breaking International Law?", *International Journal of Estuarine and Coastal Law*, 1991, C. 6, S. 1, s. 1-32.

Puspitawati Dhiana, "Indonesia's Archipelagic Sea Lanes (Asls) Designation: Rights Turning to Obligations?", *Hasanuddin Law Review*, 2018, C. 4, S. 3, s. 265-80.

Sodik Dikdik Mohamad, "The Indonesian Legal Framework on Baselines, Archipelagic Passage, and Innocent Passage", *Ocean Development & International Law*, 2012, C. 43, s. 330-41.

Stevenson John R./Oxman Bernard H., "The Preparations for the Law of the Sea Conference", *The American Journal of International Law*, 1974, C. 68, S. 1, s. 1-32.

Waldock Humphrey M., "The Anglo-Norwegian Fisheries Case", *British Yearbook of International Law*, 1951, C. 28, s. 114-71.

Yingling Raymond T., "Geneva Conference on the Law of the Sea", *International and Comparative Law Bulletin*, 1958, C. 2, S. 3, s. 10-21.

### Kurumsal Yayınlar

Annex 9 Resolution Msc.72(69) Adoption, Designation and Substitution of Archipelagic Sea Lanes, 19.05.1998.

Annexes, A/CONF.13/C.1/L.86-L.127, 1958.

Eighth Session. U.N. Doc. A/CN.4/SER. A/1956, 1956.

- "Fiji, Indonesia, Mauritius and Philippines: Draft Articles Relating to Archipelagic States A/Conf.62/C.2/L.49".
- "First Session of the Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law", *American Journal of International Law*, 1926, C. 20, S. 12, s. 12-16.
- Institut De Droit International Annuaire, Schmidt Periodicals GMBH, 1927, C. 33.
- "Resolutions and Recommendations Adopted on the Reports of the First Committee" *League of Nations Official Journal Special Supplement*, 1924, S. 21, s. 9-11.
- "Summary Records of Meetings of the Second Committee 36th Meeting A / Conf.62/C.2/Sr.36".
- "The Territorial Sea and Maritime Districts Ordinance of 1939".
- "The United Nations Convention of the Law of the Sea (a Historical Perspective)".
- Certain Legal Aspects Concerning the Delimitation of the Territorial Waters of Archipelagos, A/CONF.13/18, 1958.
- Report of the International Law Commission on its Third Session, GAOR, 6th Session Supplement, U.N. Doc. A/CN.4/48 and Corr. 1 & 2, 1951, C. 2, S. 9.
- Report of the Ad Hoc Committee to Study the Peaceful Uses of the Sea Bed and the Ocean Floor: Beyond the Limits of National Jurisdiction. U.N. Doc. A/Res/7230, 1968.
- Report of the Committee on the Peaceful Uses of the Sea-Bed and the Ocean Floor Beyond the Limits of National Jurisdiction, A/7622, 1969, S. 22.
- Report to the Council of the League of Nations on the Questions Which Appear Ripe for International Law. League of Nations Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law, LoN Doc. C.196.M.70.1927.V, 1927.
- Report of the International Law Commission Covering the Work of Its Seventh Session 2 May - 8 July 1955, Official Records of the General Assembly, Tenth Session. A/2934, 1955.
- Report of the International Law Commission on the Work of Its First Session. A/CN.4/13 and Corr. 1-3, 1949.
- Yearbook of the International Law Commission Volume I.-Summary Records of the Fourth Session, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/1952.
- Yearbook of the International Law Commission Volume II.-Documents of the Sixth Session Including the Report of the Commission to the General Assembly, A/CN.4/SER.A/1954/Add.1, 1954.
- Yearbook of the International Law Commission Volume I.-Summary Records of the Seventh Session, A/CN.4/SER.A/1955/Add. 1, 1955.

### E. Tezler

- Mohamed Munavvar, "Ocean States: Archipelagic Regimes in the Law of the Sea", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dalhousie University, 1993.

# CEZA MAHKEMELERİ ULUSLARARASI REZİDÜEL MEKANİZMASI\*

## INTERNATIONAL RESIDUAL MECHANISM FOR CRIMINAL TRIBUNALS

Merve KÜÇÜK\*\*

**Özet:** Ceza Mahkemeleri Uluslararası Rezidüel Mekanizması, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin Eski Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemeleri (YUCM ve RUCM)'nin görevlerinin sona ermesiyle onlardan kalan dosyaları bir araya getirerek sonlandırmak için kurduğu bir uluslararası mahkemedir. Rezidüel (residual) kelimesi İngilizce'de kalıntı, arta kalan anlamlarına gelmektedir. Öyleyse Mekanizma isminden de açık olduğu üzere bahsedilen Mahkemelerden arta kalanları bir araya toplayarak sona erdirmek amacıyla kurulmuştur. Bu kapsamda faaliyete geçen Mekanizma'da şu an çeşitli aşamada davalar görülmekte, duruşmalar gerçekleştirilmektedir. Mekanizma YUCM ve RUCM'den kalan dosyaları tamamladığı zaman görevini sona erdirmiş olacaktır. Bununla birlikte bahsedilen her iki uluslararası ceza mahkemesi de ad hoc olarak kurulmuştu ve dosyalar kapandığında görevleri sona erecekti. Ancak kurulmalarının üzerinden uzun zaman geçmesine rağmen hala bazı dosyalar tamamlanamamış, bazı kaçaklar ise yakalanamamıştı. Bu sebeple planlanan Tamamlama Stratejisi'nin son adımı olan bu mahkeme söz konusu dosyaları inceleyecek, kaçakların yakalanması için çaba sarf edecek ve uluslararası topluma Ruanda ve Eski Yugoslavya dosyalarının kapandığını gösterecektir. İşte bu maksatlarla kurulan Mekanizma'nın nasıl işlediği ve yargı yetkisi bu çalışmada incelenmeye çalışılmaktadır. Bu kapsamda öncelikle genel olarak uluslararası ceza hukukunun gelişiminden, daha sonra YUCM ve RUCM'den bahsedilecektir. Son olarak Mekanizma'nın güncel yargılamaları incelenecek ve Uluslararası Ceza Mahkemesi ile dar anlamda bir karşılaştırma yapılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Uluslararası Ceza Hukuku, Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, Rezidüel Mekanizma, Birleşmiş Milletler

**Abstract:** International Residual Mechanism for Criminal Tribunals is an international court established by the United Nations Security Council to bring together the remnants of the International Criminal Courts of Rwanda and Former Yugoslavia after their termi-

\* Çalışma araştırma ve yayın etiğine uygun olarak hazırlanmıştır.

\*\* Arş. Gör., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, mrvkucuk@ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0003-2894-6087, Makalenin Gönderim Tarihi: 01.07.2021, Kabul Tarihi: 01.07.2021



nation. Although the mechanism is a new court, it does not examine new cases. Moreover, it does not have the power to prepare new indictments. It has the power only to terminate existing cases and to have those still on the run to be tried if they are caught. When the Mechanism has accomplished the cases from the International Criminal Courts of the Former Yugoslavia and Rwanda, it will terminate its mandate. Both of the aforementioned international criminal courts were established as ad hoc and their duties would end when the cases were closed. However, some cases could not be completed and some fugitives could not be caught, although it has been a long time since their establishment. Therefore, this court will examine the cases in question, make efforts to catch the fugitives and show the international community that the Rwanda and Former Yugoslavia matters are closed. The Mechanism which established for these purposes, is going to be examined in this study in terms of its functions and jurisdiction. In this context, firstly the development of international criminal law in general, then the International Criminal Courts of Former Yugoslavia and Rwanda will be mentioned. Finally, the current trials of the Mechanism will be examined and a narrow comparison will be made with the International Criminal Court.

**Keywords:** International Criminal Law, International Criminal Tribunal for Rwanda, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Residual Mechanism, United Nations

## Giriş

Ceza Mahkemeleri Uluslararası Rezidüel Mekanizması (Mekanizma), Birleşmiş Milletler (BM) Güvenlik Konseyi'nin 22 Aralık 2010'da almış olduğu 1966 sayılı kararla kurulmuştur<sup>1</sup>. Bu Mekanizma'nın amacı, sırasıyla 2015 ve 2017 yıllarında faaliyetlerini sonlandıran YUCM ve RUCM'den kalan dosyaları incelemek ve bu mahkemelerin mirasını korumaktır.

Rezidüel (residual) kelimesi İngilizce'de kalıntı, arta kalan anlamlarına gelmektedir. Öyleyse Mekanizma isminden de açık olduğu üzere bahsedilen Mahkemelerden arta kalanları bir araya toplayarak sona erdirmek amacıyla kurulmuştur.

Bu kapsamda faaliyete geçen Mekanizma'da şu an çeşitli aşamada davalar görülmekte, duruşmalar gerçekleştirilmektedir. Mekanizma YUCM ve RUCM'den kalan dosyaları tamamladığı zaman görevini sona erdirmiş olacaktır.

Dolayısıyla Mekanizma yeni bir mahkemedir ancak bu mahkemede yeni davaların görülmesi mümkün değildir. Zira Mekanizma'nın

<sup>1</sup> SC Res. 1966 (2010).

yeni iddianame hazırlama yetkisi yoktur. Yalnızca var olan dosyaları tamamlama ve hala kaçak olan kişiler yakalandıkları takdirde onların yargılanmalarını sağlama yetkisi vardır.

İşte bu maksatlarla kurulan Mekanizma'nın nasıl işlediği ve yargı yetkisi bu çalışmada incelenmeye çalışılmaktadır. Bu kapsamda öncelikle genel olarak uluslararası ceza hukukunun gelişiminden, daha sonra YUCM ve RUCM'den bahsedilecektir. Son olarak Mekanizma'nın güncel yargılamaları incelenecek ve Uluslararası Ceza Mahkemesi ile dar anlamda bir karşılaştırma yapılacaktır.

## I. Uluslararası Ceza Hukukunun Gelişimi

Uluslararası hukuk geleneksel olarak devletlerin hak ve sorumluluklarını düzenlerken; ceza hukuku ise bir devlet tarafından cezai yaptırımlara tabi tutulan bireylere yöneliktir. Doğrudan bireylere sorumluluk yükleyen ve uluslararası kuruluşlar yoluyla ihlalleri cezalandırmayı hedefleyen uluslararası ceza hukuku ise, nispeten yeni ve gelişmekte olan bir alandır.<sup>2</sup>

İnsanlık tarihinde gerçekleşen bazı olaylar uluslararası toplumun vicdanını rahatsız etmiştir. Bu olaylar sonucu yerel mahkemelerde yapılan yargılamalar ise her zaman adaletin gerçekleşmesini sağlayamamıştır.<sup>3</sup> Örneğin Birinci Dünya Savaşı sonrası savaş suçları işleyenlerin uluslararası bir mahkemede yargılanması istenmiş, ancak politik nedenlerle böyle bir mahkemenin kurulması mümkün olmamıştır. Savaş suçluları yerel mahkemelerde yargılanmışlar ancak bu yargılamalar uluslararası toplumun adalet duygusunu tatmin etmekten uzak kalmıştır.<sup>4</sup>

Yerel mahkeme yargılamalarının etkisiz olabilmesinin yanı sıra, bazen iç çatışmalar devletin yargı da dahil olmak üzere temel kurumlarını yıkmış olabilir. Böyle bir durumda da ağır suçların cezalandırılması için bir uluslararası mahkeme gereklidir.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Robert Cryer/Hakan Friman/Darryl Robinson/Elizabeth Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, 2007, s. 1.

<sup>3</sup> Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, ss. 285-286.

<sup>4</sup> Tezcan/Erdem/Önok, ss. 285-286.

<sup>5</sup> ICC Judge Philippe Kirsch, "Applying the Principles of Nuremberg in ICC", Key-

Aslında bir uluslararası ceza mahkemesi oluşturulması fikri yeni değildir. Yaklaşık bir asırdan fazla süredir bazı devletler ve yöneticiler böyle bir mahkemenin kurulması istemiştir. Böyle bir mahkemenin kalıcı olarak kurulması ise ancak 1998’de Uluslararası Ceza Mahkemesi’ni (UCM) kuran Roma Statüsü’nün kabul edilmesiyle gerçekleşebilmiştir.<sup>6</sup>

Belirtmek gerekir ki, bu gelişme öncesinde de geçici olarak kurulan bazı uluslararası ceza mahkemeleri olmuştur. Bunlardan ilk ikisi Nürnberg ve Tokyo Askeri Ceza Mahkemeleri’dir. Her iki mahkeme de İkinci Dünya Savaşını takiben kurulmuş olup; bunlar ad hoc ve özel yetkili mahkemelerdir.<sup>7</sup>

Bu mahkemelerin kuruluşundan önce dünyada savaş suçları için yalnızca birkaç tane uluslararası kovuşturma örneği vardı. Birinci Dünya Savaşı sırasında işlenen savaş suçlarından sorumlu kişilerin yargılanması için yapılan girişimler ise engellenmiştir. Bu durumun başlıca sebebi Müttefiklerin kendi savaş suçlarının soruşturulmasını istememeleriydi.<sup>8</sup>

Nürnberg ve Tokyo Askeri Ceza Mahkemeleri uluslararası ceza hukukunun gelişmesine, uluslararası hukuki normların oluşmasına ve ulus ötesi adalet kavramına katkıda bulunmuşlardır. Bu husus özellikle bugünkü UCM, Yugoslavya ve Ruanda Mahkemeleri gibi uluslararası ceza mahkemelerinin öncüsü niteliğindeki Nürnberg mahkemesi için geçerlidir.<sup>9</sup> Nürnberg yargulamaları olmasaydı belki de bugün UCM’den bahsetmemiz mümkün olmayacaktı.<sup>10</sup>

---

note Address at the Conference “Judgment at Nuremberg” held on the 60th Anniversary of the Nuremberg Judgment, 2006, s. 3. [https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ED2F5177-9F9B-4D66-9386-5C5BF45D052C/146323/PK\\_20060930\\_English.pdf](https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ED2F5177-9F9B-4D66-9386-5C5BF45D052C/146323/PK_20060930_English.pdf) (E.T. 25.04.2021)

<sup>6</sup> Dominic McGoldrick/Peter Rowe, “Introduction”, *The Permanent International Criminal Court Legal and Policy Issues* (Ed. Dominic McGoldrick/Peter Rowe/Eric Donnelly), Hart Publishing, 2004, s. 1.

<sup>7</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 261.

<sup>8</sup> Rachel Kerr, *The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Oxford University Press, 2004, s. 22.

<sup>9</sup> Kerstin von Lingen, “Transcultural Justice at the Tokyo Tribunal”, *History of Warfare* (Ed. Kelly DeVries/John France/Micheal S. Neiberg/Frederick Schneid), Brill, 2018, s. 1.

<sup>10</sup> Hans Peter Kaul, “The International Criminal Court: Current Challenges and Perspectives”, *Washington University Global Studies Law Review*, V. 6, I. 3, 2007, ss. 575-582, s. 640.

Nürnberg yargılamaları iki temel ilkeye dayanıyordu. Bunlardan ilki bireylerin en ciddi uluslararası suçlardan sorumlu tutulması gerekliliği, ikincisi ise bu kişilerin adil yargılanarak cezalandırılmalarıdır.<sup>11</sup> Bu iki ilke bugün de gerek çalışmanın devamında bahsedilecek olan Mekanizma, gerekse UCM yargılamalarının da temelini oluşturmaktadır.

Dolayısıyla uluslararası ceza hukuku tarihi esas olarak İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra başlar ve genellikle kurumlardan oluşmaktadır. 1990'lara kadar uluslararası düzeyde başarıya ulaşan emsaller Nürnberg ve Tokyo Mahkemeleri olmakla, 1990'larda uluslararası toplum iki yeni uluslararası ceza mahkemesi deneyimi yaşayacaktır.<sup>12</sup>

### A. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi

Eski Yugoslavya, II. Dünya Savaşı esnasında kurulmuş ve altı cumhuriyetten oluşan bu bir federasyondur. Bu federasyon Sırları, Hırvatları, Bosnalı Müslümanları, Arnavutları, Slovenleri ve diğer etnik grupları komünist rejim altında bir araya getirmişti. Ancak 25 Haziran 1991'de Slovenya ve Hırvatistan'ın bağımsızlık ilanları üzerine Eski Yugoslavya Federal Cumhuriyeti teknik olarak varlığını sona erdirmiştir. Daha sonra 1992 yılının Nisan ayına kadar, Makedonya ve Bosna-Hersek de bağımsızlıklarını ilan ettiler.<sup>13</sup> Böylece Federasyon içinde yalnızca Sırbistan ve Karadağ kalmış oldu. Bu devletler de 2006'da ayrılarak bağımsızlıklarını ilan etmişlerdir.

Bosna'nın bağımsızlık ilanına Bosnalı Sırlar direniş göstermişlerdir. Radovan Karadžić<sup>14</sup>'in liderliğinde toplanan Sırlar, Müslümanlar ve Hırvatları ayrılmaları halinde öldürüleceklerine dair tehdit etmişlerdir.

<sup>11</sup> Kirsch, s. 3.

<sup>12</sup> McGoldrik, "The Origins and Development of the Permanent International Criminal Court", *The Permanent International Criminal Court Legal and Policy Issues* (Ed. Dominic McGoldrik/Peter Rowe/Eric Donnelly), Hart Publishing, 2004, s. 14.

<sup>13</sup> <https://www.icty.org/en/about/what-former-yugoslavia> (E.T. 26.05.2021)

<sup>14</sup> Radovan Karadžić YUCM'de yapılan yargılama sonrası 40 yıl hapis cezasına çarptırılmış; temyiz aşamasında cezası Mekanizma tarafından ömür boyu hapse yükseltilmiştir. Bkz. <https://www.irmct.org/en/cases/mict-13-55> (E.T. 04.01.2020)

Bağımsızlık ilanları üzerine Sırp çoğunluklu Yugoslav ordusu önce Slovenya sonra da Hırvatistan'a girmiştir. Daha sonra Hırvatistan'dan çekilen ve ismi Bosnalı Sırp Ordusu olarak değiştirilen Yugoslav ordusu birimleri, Sırp ağırlıklı toprakların büyük bir kısmını işgal ederek bir milyondan fazla Bosnalı Müslüman ve Hırvat'ın, etnik temizlik kapsamında yerlerinden edilmesine neden olmuştur.

Savaşı durdurmak için girişilen -BM dahil- uluslararası çabalar başarısız olmuş<sup>15</sup> ve toplamda 100.000'den fazla kişi hayatını kaybetmiştir. Savaş ancak 1995 yılında NATO'nun Bosnalı Sırp'ları bombalamasının ardından Müslüman ve Hırvat orduların karada üstünlük sağlamalarıyla sona ermiştir.<sup>16</sup>

20. yüzyılın son 10 yılında uluslararası toplumun tanık olduğu ve Avrupa'nın tam ortasında gerçekleşen bu insanlık trajedisi, kısa sürede BM'nin dikkatini çekmiştir.<sup>17</sup> BM İnsan Hakları Komisyonu,<sup>18</sup> 14 Ağustos 1992'de bir karar alarak Komisyon Başkanından "Eski Yugoslavya topraklarındaki insan hakları durumunu ilk elden araştırmak" için özel bir raportör atamasını talep etmiştir.<sup>19</sup> Konuyla ilgili raporda Eski Yugoslavya topraklarında uluslararası insancıl hukukun ihlallerine ilişkin ciddi kanıtlar olduğu, özellikle Bosna Hersek'te etnik temizlik, toplu katliam ve sistematik tecavüz gibi faaliyetlerin gerçekleştiği belirtilmiştir.<sup>20</sup> Güvenlik Konseyi de aynı dönemde bir karar alarak Genel Sekreter'den konuya ilişkin tarafsız bir uzmanlar komisyonu kurmasını talep etmiştir.<sup>21</sup> Bunun üzerine Genel Sekreter bir Uzmanlar Komisyonu kurmuş ve 1949 Cenevre Sözleşmelerinin ihlallerinin araştırılmasını istemiştir.<sup>22</sup> Komisyon, çeşitli kaynaklardan bilgi toplama-

<sup>15</sup> Rona Aybay, Uluslararası Yargı, Alfa, 2013, s. 92.

<sup>16</sup> <https://www.bbc.com/news/world-europe-17632399> (E.T. 15.04.2021)

<sup>17</sup> Yusuf Aksar, Implementing International Humanitarian Law From the Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court, Routledge, 2004, s. 8.

<sup>18</sup> İlk olarak Ekonomik ve Sosyal Konsey'in yardımcı organı olarak 1946 yılında kurulan ve 2006'da Genel Kurul kararı ile isim değiştirerek yeniden düzenlenen kuruluştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/AboutCouncil.aspx> (E.T. 09.01.2022)

<sup>19</sup> Commission on Human Rights Res. 1992/S-1/1 (1992).

<sup>20</sup> Economic and Social Council Res. E/CN.4/1992/S-1/9 (1992).

<sup>21</sup> SC Res. 780(1992).

<sup>22</sup> Report of the Secretary-General on the establishment of the Commission on Experts pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 780 (1992).

mış ve birçok soruşturma yürütmüştür.<sup>23</sup>Soruşturmaların sonucunda Genel Sekreter'e Eski Yugoslavya topraklarında uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlallerine ilişkin kanıtlarının yer aldığı raporlarını sunmuştur.<sup>24</sup>

1992 yılının ortalarında, bahsedilen raporlar Güvenlik Konseyi'ni dört adım atmaya yöneltmiştir; kınama, yayın, soruşturma ve mahkeme kurmak suretiyle suçluların cezalandırılması.<sup>25</sup>

Bu suçlara son vermek ve sorumlu kişilerin yargılanması için gerekli önlemleri almak, ciddi insan hakları ihlallerinden sorumlu olan kişilerin yargılanması için ad hoc bir uluslararası mahkemenin kurulması bu amacı gerçekleştirmeye, barışın yeniden inşası ve korunmasına katkı sağlayacaktır. Ayrıca bu mahkemenin kuruluşu bahsedilen suçların durdurulması ve zararların tazmin edilmesini sağlamayı amaçlamaktadır.

İşte bu gerekçelerle ve Güvenlik Konseyi'nin 25.05.1993 tarih ve 827 sayılı kararıyla BM Andlaşması'nın VII. Bölümü kapsamında, YUCM kurulmuştur. Hem Uzmanlar Komisyonunun oluşturulması hem de YUCM'nin kuruluşu, BM ve Güvenlik Konseyi'nin uluslararası anlaşmazlıklardaki rolü için tarihi bir atılım oluşturmaktadır. Güvenlik Konseyi'nin Andlaşmanın VII. Bölümüne dayanarak bir mahkeme kurması mihenk taşı niteliğinde bir gelişmedir. Bu aşamada Güvenlik Konseyi kararı bir uluslararası andlaşmaya tercih edilmiştir zira böylelikle daha hızlı hareket edilebilecek ve dağılmakta olan Yugoslavya'nın rızasına gerek olmayacaktı.<sup>26</sup>

YUCM, Balkanlar'daki yönetilemez çatışmaların sona erdirilmesine dair bir ümitsizlikten doğmuştur.<sup>27</sup> Özellikle Soğuk Savaş'ın sona ermesinin ardından Güvenlik Konseyi üyelerinin ideolojik mücadele-

<sup>23</sup> Jackson Maogoto, "The Experience of the Ad Hoc Tribunals for the Former Yugoslavia and Ruanda", *The Legal Regime of the International Criminal Court* (Ed. Jose Doria/Hans-Peter Gasser/M. Cherif Bassiouni), Martinus Nijhoff, 2009, s. 65.

<sup>24</sup> UN Doc. S/25274 of 9 February 1993.

<sup>25</sup> James C. O'Brien, "The International Tribunal for Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia", *American Journal of the International Law*, V. 87, I. 4, 1993, ss. 639-659, s. 640.

<sup>26</sup> Ilias Bantekas/Susan Nash, *International Criminal Law*, Second Edition, Cavendish Publishing, 2003, s. 339.

<sup>27</sup> William A. Schabas, *The UN International Criminal Tribunals*, Cambridge University Press, 2006, ss. 3-4.

yi bir kenara bırakarak uluslararası bir önlem almak için siyasi irade oluşturmaları mümkün hale gelmiş ve böyle bir mahkeme kurulabilmiştir.<sup>28</sup> Ayrıca bir Güvenlik Konseyi karar eki olarak YUCM Statüsü, BM Andlaşması'nın 25. maddesi uyarınca tüm üyeler için bağlayıcı niteliktedir. Hiç kuşkusuz, böyle bir sonuca, bir andlaşma müzakeresiyle ulaşılmaması hiçbir zaman mümkün olmayacaktır.<sup>29</sup>

YUCM Statüsü, kısmen Nürnberg ve Tokyo Mahkemelerinden emsaller taşımaktaydı.<sup>30</sup> Statü hazırlanırken hem Nürnberg ve Tokyo mahkemelerinin Statüleri, hem de kalıcı bir Uluslararası Ceza Mahkemesi için hazırlanan taslak statü ile çeşitli üye devletlerin tavsiyeleri de dikkate alınmıştır.<sup>31</sup>

YUCM, "galiplerin adaleti" olarak eleştirilen kendisinden önceki mahkemelerden farklı olarak galip devletlerin bir organı değil, uluslararası toplumun bir organı olarak kurulmuştur. Bu anlamda uluslararası toplumdaki gelebilecek eleştirileri en aza indirmek için ciddi bir çaba sarf edilmiştir. Hukuken Güvenlik Konseyi'nin yardımcı kuruluşu niteliğinde olmakla birlikte YUCM, bağımsız bir mahkeme niteliğini haizdir.<sup>32</sup>

YUCM yargılamaları esnasında Savcılık/Tadić davasında Mahkemenin yetkisine üç nedenle itiraz edilmiştir. Tadić ilk olarak Güvenlik Konseyi tarafından mahkemenin hukuka aykırı olarak kurulduğunu iddia etmiştir. Sonrasında yerel mahkemelere göre bu mahkemeye öncelik verilmesinin uygun olmadığını belirtmiş ve son olarak da Mahkemenin yalnızca uluslararası çatışmalar kapsamında işlenen insanlık suçlarını yargılayabileceğini ileri sürerek Bosna-Hersek'te yaşananların bir iç savaş olduğunu ve uluslararası niteliği bulunmadığını iddia etmiştir.

Bu iddialar üzerine inceleme yapan Mahkeme, kendisinin hukuki bir biçimde kurulduğunu belirterek Güvenlik Konseyi kararının hukukiliğini incelemeye girişmiştir. Bu inceleme üzerine Mahkeme, Güvenlik Konseyi'nin BM Andlaşması'nın VII. bölümü kapsamında barış

<sup>28</sup> Maogoto, s. 66.

<sup>29</sup> Ilias/Nash, s. 340.

<sup>30</sup> McGoldrick, s. 24.

<sup>31</sup> Maogoto, s. 67.

<sup>32</sup> McGoldrick, s. 24.

ve güvenliğin sağlanması için alınabilecek meşru bir önlem olduğuna karar vermiştir.<sup>33</sup>

Kuruluşundan bu yana YUCM'nin hiçbir zaman kalıcı bir mahkeme olması niyetiyle hareket edilmemiştir. Yetkileri zaman, yer ve konu olarak sınırlı olmakla birlikte, teorik olarak işlevi tamamlandığında yaratıcısı tarafından feshedilebilecekti.<sup>34</sup> YUCM, 2017 yılında faaliyetlerini sona erdirmiştir.

YUCM'de faaliyetler sona erdirilene kadar toplam 161 kişi hakkında soruşturma açılmıştır. Bunlardan 90 tanesi mahkûm olmuş, 18'i beraat etmiş, 13 dava yerel mahkemelere devredilmiş, 37 kişi ise yargılanmaları esnasında veya henüz yargılanmadan hayatlarını kaybetmişler veya haklarında soruşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiştir. 2 dava ise şu an Mekanizma'da görülmeye devam etmektedir.<sup>35</sup>

## B. Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi

Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurulmasına yol açan olaylar aslında daha da geçmişe dayanmaktadır. Ruandalıların yaklaşık %85'i Hutudur, ancak Tutsi azınlığı ülkeye uzun süre hâkim olmuştur. 1959'da Hutular Tutsi monarşisini devirmiş ve on binlerce Tutsi Uganda da dahil olmak üzere çeşitli komşu ülkelere kaçmıştır. Bu Tutsi sürgünlerinden bir grup, Ruanda Yurtsever Cephesi (RPF) isimli bir isyancı grubu oluşturmuştur.

6 Nisan 1994 gecesi, her ikisi de Hutu olan o zamanki Cumhurbaşkanı Juvenal Habyarimana ve Burundi'deki meslektaşı Cyprien Ntaryamira'yı taşıyan bir uçak düşürülmüş ve uçaktaki herkes hayatını kaybetmiştir. RPF, soykırımın bahanesi olarak uçağın Hutular tarafından vurulduğunu iddia etmiştir.<sup>36</sup>

Bunun üzerine iktidarda olan Hutular olaydan RPF'yi suçlamış ve derhal iyi organize edilmiş bir katliam kampanyası başlatmışlardır. Sıradan vatandaşlar Hutu hükümeti tarafından komşularına karşı si-

<sup>33</sup> ICTY, Prosecution v. Dusko Tadić A/K/A "Dule" Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, paras. 34-44. <https://www.icty.org/x/cases/tadic/tdec/en/100895.htm> (E.T. 20.05.2021)

<sup>34</sup> Ilias/Nash, s. 340.

<sup>35</sup> <https://www.icty.org/en/cases/key-figures-cases> (E.T. 01.06.2021)

<sup>36</sup> <https://www.bbc.com/news/world-africa-26875506> (E.T. 25.05.2021)



lahlanmaları için teşvik edilmiştir.<sup>37</sup> Tutsi liderliğindeki RPF, Temmuz ayı başlarında bir askeri darbeye ülkenin kontrolünü ele geçirene kadar, yüz binlerce Ruandalı ölmüş ve 2 milyon kadar Ruandalı komşu ülkelere kaçmıştır.

1994 yılında başlayan ve yaklaşık 3 ay süren Tutsi azınlığına ve bazı Tutsi yanlısı Hutulara karşı gerçekleşen bu katliamlar, Eski Yugoslavya'da yaşanan vahşetten bile daha korkunçtu. Zira üç ay gibi kısa bir sürede soykırımın sonucu olarak en az 500.000 ila 1 milyon kişinin öldüğü tahmin edilmektedir.<sup>38</sup>

Ruanda'da gerçekleşen katliamların uluslararası toplumun dikkatini çekmesi uzun sürmemiştir. Güvenlik Konseyi 1994'te konuyu gündemine alarak 8 Kasım'da 955 sayılı kararla bir RUCM'yi kurmaya karar vermiştir.<sup>39</sup> Mahkemenin Statüsü de bu karara ekli olarak düzenlenmiştir.

Bu kararın giriş metninde sistematik olarak, yaygın ve açıkça soykırım ve uluslararası insancıl hukukun ihlalinin Ruanda'da gerçekleştiğini gösteren raporlara dayanılmış ve durumun uluslararası barış ve güvenliğe tehdit oluşturmaya devam ettiği tespit edilmiştir.

Güvenlik Konseyi, bu tür suçlara son verilmesi ve sorumlu kişilerin adalete ulaştırılması için etkin tedbirler almaya kararlı olarak Ruanda'nın özel koşullarında, uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlallerinden sorumlu kişilerin kovuşturulmasının, bu amacın gerçekleştirilebileceğini ve ulusal uzlaşma sürecine ve barışın inşası ve sürdürülmesine katkıda bulunacağını belirtmiştir. İşte bu gerekçelerle kurulan RUCM, Ruanda devleti ve bazı diğer devletler topraklarında işlenen soykırım ve diğer uluslararası insancıl hukukun ağır ihlallerden sorumlu Ruanda vatandaşlarını yargılama amacını taşımaktadır.

Yargı yetkisi, hükümler ve ceza ile ilgili olarak, RUCM, YUCM ile benzerdir, ancak tam olarak aynı değildir. Örneğin, YUCM'de olduğu gibi, RUCM de eşzamanlı ve birincil yargı yetkisine sahiptir. Yine RUCM'nin yargı yetkisi de gerçek kişilerle sınırlıdır. Ancak RUCM'nin

<sup>37</sup> <https://www.history.com/topics/africa/rwandan-genocide> (E.T. 25.05.2021)

<sup>38</sup> Ilias/Nash, s. 340.

<sup>39</sup> Sc Res. 955 (1994).

konu bakımından yargı yetkisi, YUCM'ninkinden farklıdır, çünkü Ruanda'da yaşanan katliamların aslında uluslararası niteliği yoktu.<sup>40</sup>

Güvenlik Konseyi, bir yandan Hutu Hükümeti ile RPF arasında silahlı çatışmada uluslararasılık unsuru bulunmamakla birlikte organize bir soykırım kampanyasının gerçekleştiğini kabul etmek durumunda kalmıştır.<sup>41</sup>

Bu duruma çözüm olarak RUCM, Ruanda hükümeti kuvvetleri ile RPF arasındaki çatışmanın II. Protokolde düzenlenen *uluslararası olmayan silahlı çatışmalar* kapsamına girdiğini tespit etmiştir. RPF, sorumlu bir general altında Ruanda'nın bir bölümünü kontrol etmekte ve askeri eylem gerçekleştirebilme potansiyeline sahipti.<sup>42</sup>

Ruanda'daki katliam, titizlikle hesaplanan ve sonradan kanıtlandığı gibi kapsamlı idari ve lojistik planlama gerektiriyordu. Ruanda'da yaşananlar, Nagazaki ve Hiroşima'dan bu yana gerçekleşen en büyük toplu katliam olarak tarihe geçmiştir.<sup>43</sup>

Yargılamalar esnasında tıpkı yukarıda bahsedilen Tadić davasında olduğu gibi, Savcılık/Kanyabashi davasında RUCM'nin kuruluşunun hukuki olmadığına dair itiraz edilmiştir. RUCM de itirazı, barışı tehdit eden durumların tespiti ile uluslararası bir mahkemenin kuruluşunun Andlaşmanın 41. maddesi kapsamındaki yetkileri arasında olduğunu belirterek reddetmiştir.<sup>44</sup>

Ruanda konusu Güvenlik Konseyi'nin gündemine geldiğinde, YUCM kurulmuş ve işlemeye başlamıştı. Yugoslavya'da yaşananlardan hiç de aşağıda kalmayan katliamın yaşandığı Ruanda'da böyle bir tedbir alınmamasının, Güvenlik Konseyi'nin açıkça ayrımcı davrandığı yorumlarına sebep olabileceği düşünülmüştür.<sup>45</sup>

Bu gerekçeyle Güvenlik Konseyi üyelerinin çoğu, Ruanda'nın Eski Yugoslavya kadar ulusal çıkarlarıyla ilgili olduğunu düşünmese de eleştirilere karşı benzer bir tedbir geliştirmek durumunda kalmışlar-

<sup>40</sup> McGoldrik, s. 37.

<sup>41</sup> Ilias/Nash, s. 347.

<sup>42</sup> Ilias/Nash, s. 353.

<sup>43</sup> Maogoto, s. 71.

<sup>44</sup> ICTR, Prosecutor v. Nyiramasuhuko et al., Case No. ICTR-98-42-T, s. 5.

<sup>45</sup> Maogoto, s. 72.

dır.<sup>46</sup> Aslında RUCM'nin görevi YUCM'ye tahsis edilebilirdi, ancak bu durum da uluslararası toplumda Ruanda'nın ikinci plana konulduğu şeklinde yorumlanabilirdi.<sup>47</sup>

Ancak genel olarak Ruanda'daki yargılamalar ciddi finansal kısıtlamalarla karşı karşıya kalmış ve mahkeme kararlarının yerel dile çevrilmesindeki zorluklar gibi sebeplerle eleştirilmiştir.<sup>48</sup> RUCM 2015'te faaliyetlerini sona erdirmiş olup; RUCM'de toplam 93 kişi hakkında soruşturma açılmış, 62 kişi ceza almış ve 14 kişi beraat etmiştir. 10 dava yerel mahkemelere aktarılmış, 3 firari sanık hakkındaki dosyalar Mekanizma'ya aktarılmış, 2 kişi yargılama sona ermeden hayatını kaybetmiş ve 2 kişi hakkında da soruşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiştir.<sup>49</sup>

Bahsedilen iki mahkeme aldığı eleştirilere rağmen; uluslararası toplumun bu iki uluslararası mahkeme deneyimine önemsiz demek mümkün değildir. Zira kalıcı bir Uluslararası Ceza Mahkemesi kurma müzakerelerinin, ancak YUCM ve RUCM'nin başarılı bir şekilde kurulmasını takiben ciddiyetle yeniden ele alındığı açıkça görülmektedir.<sup>50</sup>

## II. Ceza Mahkemeleri Uluslararası Rezidüel Mekanizması

Güvenlik Konseyi Eski Yugoslavya ve Ruanda'da işlenen uluslararası suçlar konusunda genel yetkiye sahip mahkemeler kurmayı amaçlamıyordu. Bu mahkemeler BM Andlaşması'nın VII. Bölümü kapsamında kabul edilen bir karar temelinde kurulduğundan, hedefleri açıkça şüpheli ve sanıkları adalete teslim etmek, onlara kendilerini savunma hakkı vermek ve adil yargılanmalarını sağlamaktı. Böylelikle uluslararası barış ve güvenlik tehditlerine son verilmiş olacaktı. Bu görev tamamlandığında ve uluslararası barış ve güvenliğe yönelik tehditler engellendiğinde de mahkemeler yargı faaliyetlerini sonlandıracaktı.<sup>51</sup>

<sup>46</sup> Maogoto, s. 72.

<sup>47</sup> McGoldrik, s. 39.

<sup>48</sup> McGoldrik, s. 39.

<sup>49</sup> <https://unictr.irmct.org/en/tribunal> (E.T. 20.04.2021)

<sup>50</sup> Guido Acquaviva, "Was a Residual Mechanism for International Criminal Tribunals Really Necessary?", *Journal of International Criminal Justice*, V. 9, I. 4, 2011, ss. 789-796, s. 792.

<sup>51</sup> Acquaviva, s. 790.

Yapıları gereği her iki mahkeme de *ad hoc* nitelikte idi. Bunun anlamı ilgili yargılamaları tamamladıktan sonra görevlerinin sona ereceğiydi. Bu çerçevede hakimler, bir “*Tamamlama Stratejisi*” geliştirdiler. Bu stratejinin amacı, Mahkeme’nin görevini başarılı bir şekilde, zamanında ve Eski Yugoslavya ve Ruanda’daki yerel hukuk mercileri ile koordineli bir şekilde tamamladığından emin olmaktı. Bu kapsamda üç aşamalı bir plan geliştirildi.<sup>52</sup>

Bu plan kapsamında; YUCM’nin kuruluşundan tam on yıl sonra 2003’te Güvenlik Konseyi, Yugoslavya ve Ruanda Mahkemelerini 2004’ün sonuna kadar soruşturmaları, 2008’in sonuna kadar yargılama faaliyetlerini ve 2010’da da tüm işlerini tamamlamak için gerekli önlemleri almaya davet etmiştir.<sup>53</sup>

Planın ilk aşaması başarıyla tamamlanmış ve 31 Aralık 2004’e kadar tüm soruşturmalar tamamlanmıştır. Ancak bazı firarilerin yakalanmasının gecikmesi,<sup>54</sup> davaların niteliği ve adil yargılama ilkesinin uygulanabilmesi için planlanan ikinci tarih gecikmiş ve revize edilmesi gerekmiştir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, her iki mahkeme de özellikle en üst düzey sanıklara odaklanmıştır. Daha orta ve alt düzey sanıklar için yerel mahkemelerde davalar açılmıştır. Yerel yargı mercilerinin böyle bir soruşturma ve kovuşturma başlatmak için uluslararası mahkemelerin iznine ihtiyaçları yoktur. Dahası, bu durum gerek BM gerekse uluslararası toplumca teşvik edilmiş olup, örneğin; Bosna-Hersek, Sırbistan ve Hırvatistan’da savaş suçlarının soruşturma ve kovuşturmaları için özel mekanizmalar oluşturulmuştur. YUCM bu kuruluşlara danışmanlık hizmeti sağlamış ve yerel yargı organlarının güçlendirilmesi için ciddi bir destek vermiştir.

Bahsedilen “*Tamamlama Stratejisi*”nin en son ve önemli adımlarından birisini ise Uluslararası Ceza Mahkemeleri Rezidüel Mekanizması’nın kurulmasıdır. Mekanizma’nın kurulma amacı; Yugoslavya ve Ruanda Mahkemelerinin yargı yetkisini, haklarını, yükümlülüklerini ve temel işlemlerini devam ettirmek ve bu Mahkemelerin mirasını korumaktır.

<sup>52</sup> <https://www.icty.org/en/about/tribunal/completion-strategy> (E.T. 01.06.2021)

<sup>53</sup> SC Res. 1503 (2003).

<sup>54</sup> Örn, Goran Hadžić ancak 20 Temmuz 2011’de yakalanabilmiştir. Bkz. <https://www.icty.org/en/about/tribunal/completion-strategy> (E.T. 01.06.2021)

Güvenlik Konseyi, 22 Aralık 2010 tarihinde Ceza Mahkemeleri için Uluslararası Rezidüel Mekanizması'nın kurulmasına ilişkin hukuki dayanağı oluşturan 1966 sayılı kararı kabul etmiştir. Bu kararın ilk ekinde de Mekanizma'nın Statüsü düzenlenmiştir. Mekanizma Statüsü'nün giriş metninde Mahkeme'nin Eski Yugoslavya ve Ruanda'nın özel koşullarında, barışın yeniden inşası ile korunmasına katkıda bulunan "geçici tedbirler" olarak oluşturulduğu belirtilmiştir.<sup>55</sup> Bu da Mekanizma'nın kurulması için hukuki gerekçeyi oluşturmaktadır.

## A. Mekanizma'nın Yapısı, İşlevleri ve Yargı Yetkisi

### 1. Mekanizma'nın İşlevleri

Mekanizma, faaliyeti süresince, Statü'de belirtildiği üzere (m. 2) YUCM ve RUCM'nin fonksiyonlarını sürdürecektir. Mekanizma öncelikle, hala firari olan bireylerin takibini yapılmasına odaklanarak; bu kişiler tutuklandıktan sonra da onları yargılayarak cezasız kalmalarını önlemeyi amaçlamaktadır.<sup>56</sup>

Bu bağlamda Mekanizma'nın işlevleri şu şekilde sıralanmıştır;

- Kalan firarilerin takibi ve soruşturulması,
- Temyiz işlemleri,
- Kararların yeniden incelenmesi işlemleri,
- Yargılamanın yenilenmesi,
- Mahkemeye gelmeyenler ile gerçeğe aykırı ifade verenlerin kovuşturulması,
- Yerel yargı mercilerine aktarılan davaların izlenmesi,
- Suçtan zarar görenlerin ve tanıkların korunması,
- Hükümlerin uygulanmasının takibi,

<sup>55</sup> [https://www.irmct.org/sites/default/files/documents/101222\\_sc\\_res1966\\_statute\\_en\\_0.pdf](https://www.irmct.org/sites/default/files/documents/101222_sc_res1966_statute_en_0.pdf)

<sup>56</sup> Giorgio Tortora, "The Mechanism for International Criminal Tribunals: A Unique Model and Some of Its Distinctive Challenges", *American Society of International Law*, V. 21, I. 5, 2017. <https://www.asil.org/insights/volume/21/issue/5/mechanism-international-criminal-tribunals> (E.T.23.05.2021)

- Yerel yargı mercilerine yardımcı olmak,
- Arşivlerin korunması ve yönetimi.<sup>57</sup>

Bunların yanı sıra Mekanizma, YUCM ve RUCM tarafından yerel mercilere aktarılan ve Eski Yugoslavya ve Ruanda'da uluslararası insancıl hukukun ağır ihlallerinden sorumlu olan kişilerin yargılanmalarıyla ilgili olarak, böyle bir talep gelmesi halinde yerel makamlara yardım edecektir (m. 28).

## 2. Mekanizma'nın Yapısı

Mekanizma iki bölgede hizmet verecek şekilde düzenlenmiştir. Yapılardan birisi Birleşik Tanzanya Cumhuriyeti'nin Arusha kentinde, diğeri de Hollanda'nın Lahey kentinde yer almaktadır (m. 3). Arusha'daki yapı RUCM, Lahey'deki yapı da YUCM'den kalan dosyaları inceleyecektir.

Mekanizma toplamda bir Başkan, bir Savcı ve bir Yazı İşleri Bürosundan oluşur. Başkan, Mekanizma'nın her iki kolunda da yetki sahibi olup, Dava Dairelerini, Savcılığı ve Yazı İşlerini düzenli olarak denetler. Başkan, Güvenlik Konseyi Başkanı ve Mekanizma Hakimlerine danıştıktan sonra, Genel Sekreter tarafından atanır (m. 11). Savcı, Genel Sekreter tarafından aday gösterilir ve Güvenlik Konseyi tarafından atanır (m. 14). Yazı İşleri Müdürü de Genel Sekreter tarafından atanır (m. 15).

Mekanizma'nın her iki bölgesinde de birer Dava Dairesi ve iki bölgenin paylaştığı tek bir Yazı İşleri Bürosu, Savcılık ve Temyiz Dairesi bulunmaktadır.

Hakimler, Genel Kurul tarafından dört yıllığına seçilir ve Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul'a danışarak Genel Sekreter tarafından atanır (m. 10). Hakimler, Mekanizma'nın iki bölgesinde de ancak gerektiği takdirde ve Başkanın talebi üzerine hazır bulunur. Mümkün olduğu sürece ve Başkan tarafından böyle bir karar alınması halinde hakimler görevlerini uzaktan yerine getireceklerdir.

Ayrıca hakimler, yalnızca listede buldukları için herhangi bir ücret veya yardım almayacaktır. Başkan tarafından görevlendirilmele-

<sup>57</sup> <https://www.irmct.org/en/about/functions> (E.T. 23.05.2021)

rinin ardından, Mekanizma için işlevlerini yerine getirdikleri her gün için ücret alırlar (m. 8/4).

Savcı ise Genel Sekreterin önerisi üzerine Güvenlik Konseyi tarafından atanır. Statü'nün 1. maddesi kapsamına giren kişilerin soruşturma ve kovuşturmalarından sorumludur. Savcı, Mekanizma'nın ayrı bir organı olarak bağımsız hareket eder. Herhangi bir hükümetten veya başka bir kaynaktan talimat isteyemez veya alamaz (m. 14).

Savcılık, şüpheli, mağdur ve tanıkları sorgulama, delil toplama ve yerinde inceleme yapma yetkisine sahiptir. Gerek görüldüğü takdirde Savcılık, ilgili devlet makamlarından yardım isteyebilir (m. 16/2).

Ayrıca Mekanizma içerisinde adil yargılanma ilkesi kapsamında bir adli yardım sistemi kurulmuştur. Avukatlık ücretini karşılayamayan şüpheli ve sanıklara gerektiği takdirde bu bürodan müdafii atanacaktır. Adli yardım sistemini Yazı İşleri Bürosu yönetecektir (m. 19/4/d)

### 3. Mekanizma'nın Yargı Yetkisi

Mekanizma YUCM ve RUCM Statüleri'nde belirlenen kişi, yer, zaman ve konu bakımından yargı yetkilerini devam ettirir (m. 2). Bu sebeple YUCM ve RUCM'nin bu konudaki yetkilerini sırayla inceleyip Mekanizma'nın varsa farklı yetkilerini de ayrıca belirtmek gerekir.

#### a. Konu Bakımından

Mekanizma genel anlamda YUCM Statüsü'nün 1-8 maddeleri ve RUCM Statüsü'nün 1-7 maddeleri arasında düzenlenen yetkileri sürdürmektedir. Bu maddeler arasında ilk olarak YUCM'nin konu bakımından yargı yetkisine bakmak gerekir. Konu bakımından YUCM, Cenevre Sözleşmeleri'nin ağır ihlali, savaş teamül ve kurallarının ihlali, soykırım ve insanlığa karşı suçları yargılama konusunda yetkilidir. Bu fiillerin tanımları ve ayrıntıları da ilgili Statü'de düzenlenmiştir.

RUCM ise; soykırım, insanlığa karşı suçlar ve Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesi ile ek II. Protokolün ihlali suçlarında yetkilidir. Her ne kadar RUCM Statüsü YUCM Statüsü'nü baz alarak hazırlanmış olsa da konu bakımından Mahkemelerin yargı yetkilerinin farklılaştığı görülmektedir. Öyleyse Mekanizma, konu bakımından sayılan bu suçları oluşturan fiilleri yargılama konusunda yetkili olacaktır.

### b. Kişi Bakımından

YUCM Statüsü'ne göre Mahkeme, uluslararası insancıl hukukun ağır ihlalden sorumlu; Statü'de yer alan suçlardan birisini planlamış, emretmiş, azmettirmiş, işlemiş veya planlaması, hazırlanması ve işlenmesine yardım ve iştirak etmiş kişileri yargılayacaktır. Ayrıca failin resmi görevi veya sıfatı da yargılanmasına engel değildir. Öyleyse Mekanizma da şu anda YUCM Statüsü'nde yer alan bu suçlardan birisini işlemiş veya işlenmesine yardım etmiş kişileri yargılayabilecektir.

RUCM ise, soykırım ve uluslararası insancıl hukukun diğer ağır ihlallerinden sorumlu olan kişileri yargılamakla yetkilendirilmiştir. Öyleyse kişi bakımından Mekanizma da aynı kişileri yargılama yetkisine sahiptir.

Bu kapsamda Mekanizma, yetkili olduğu suçlar kapsamında bu suçları işlediğinden şüphe duyulan en üst düzeyde kişileri, isnat edilen suçun ağırlığı ve sanığın sorumluluk düzeyini de göz önüne yargılayacaktır. En üst düzeyde olmasa da daha önce YUCM ve RUCM'de hakkında iddianame düzenlenmiş kişileri, yerel mercilere aktarmak için tüm çabaları sarf ettikten sonra bu mümkün olmadığı takdirde yargılama yetkisine sahiptir. Statü'nün 22. Maddesine göre Mekanizma'nın bu kişilere verebileceği ceza hapis cezası ile sınırlıdır.

Mekanizma bahsedilen kişilerin dışında şu kişiler hakkında da yargılama yapabilecektir;

- Mekanizma veya Mahkemeler tarafından adaletin yerine getirilmesine bilerek veya isteyerek müdahale eden veya etmiş olan kişiler ile mahkemeye itaatsizlik<sup>58</sup> edenler,
- Mekanizma ya da Mahkeme huzurunda bilerek ve isteyerek yanlış ifade veren tanıklar.

Bu kişiler yargılanmadan önce adaletin sağlanması ve elverişli olup olmama durumu gözetilerek dosyanın Statü'nün 6. Maddesi uyarınca yerel makamlara gönderilmesi hususu karara bağlanacaktır. Bu kişilere verilecek ceza ise, yedi yılı geçmeyen bir hapis cezası veya

<sup>58</sup> Bu suç daha çok Anglo-Amerikan hukuk sisteminin bir yansımasıdır. Türk hukukunda tam bir karşılığı olmayan bu suçla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. M. Şükrü Alpaslan, "Anglo-Amerikan Hukukunda Mahkemeye Saygısızlık Suçu ve Türk Hukukundaki Durum", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul, 1974, ss. 243-287. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/96610> (E.T. 25.04.2021)



Usul ve Delil Kuralları<sup>59</sup>na göre belirlenecek bir miktar para cezası veya her ikisi birden olabilir.

Mekanizma, bu Maddenin kapsamındakiler dışındaki kişilere karşı herhangi bir yeni iddianame düzenleme yetkisine sahip değildir (m. 1). Bunun yanı sıra hem YUCM ve RUCM'nin hem de Mekanizma'nın yalnızca gerçek kişileri yargılama yetkisi vardır.

### c. Yer Bakımından

Mekanizma'nın yer bakımından yargı yetkisi için YUCM ve RUCM'nin yetkilerini incelemek yeterli olacaktır. YUCM'nin yer bakımından Eski Yugoslavya Cumhuriyeti'nin toprakları, hava sahası ve karasularıdır.

RUCM'nin yer bakımından yetkisi ise daha geniştir. Mahkeme Ruanda devletinin toprakları ile hava sahası yanında, Ruanda vatandaşlarının komşu devlet ülkesinde işlediği suçlar bakımından da yetkilidir. Öyleyse Mekanizma yer bakımından hem Eski Yugoslavya topraklarında işlenen suçlar bakımından, hem de Ruanda ve komşu ülkelerde işlenen suçlar bakımından yetkilidir.

### d. Zaman Bakımından

Zaman bakımından YUCM'nin yetkisi, 1 Ocak 1991'den itibaren başlar. Yetkinin sona ereceği herhangi bir tarih ise belirtilmemiştir.<sup>60</sup>

RUCM ise yalnızca 1 Ocak 1994 ile 31 Aralık 1994 tarihleri arasında işlenmiş suçları yargılama yetkisine sahiptir. Öyleyse Mekanizma, YUCM kolu bakımından 1 Ocak 1991'den günümüze, RUCM kolu bakımından ise belirtilen zaman aralığında yetkiye sahip olacaktır. Mekanizma'nın faaliyetlerini ne zaman sonlandıracağı bilinmediğinden zaman bakımından yargı yetkisinin ne zaman sona ereceği de şu an için belli değildir.

## 4. Verilebilecek Cezalar

Öncelikle belirtmek gerekir ki hem YUCM hem RUCM hem de

<sup>59</sup> <https://www.irmct.org/en/documents/rules-procedure-and-evidence> (E.T. 01.06.2021)

<sup>60</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 318.

Mekanizma Statüleri'nde ölüm cezası yer almamaktadır. Bu Statülere göre verilebilecek en ağır ceza hürriyeti bağlayıcı cezadır (m. 22).

Statü'nün 1. maddesinin 2 ve 3. fıkralarında belirtilen yani en üst düzey sanıklara verilebilecek ceza hapis cezası ile sınırlıdır. Bunun dışında Mekanizma veya Mahkemeler tarafından adaletin yerine getirilmesine bilerek veya isteyerek müdahale eden veya etmiş olan kişiler ile mahkemeye itaatsizlik edenler ile Mekanizma ya da Mahkeme huzurunda bilerek ve isteyerek yanlış ifade veren tanıklara yedi yılı geçmeyen hapis cezası veya Usul ve Delil Kuralları'na göre belirlenecek bir para cezası veya her ikisi birden verilebilir.

Hapis cezasına ek olarak Tek Hâkim veya Temyiz Dairesi, sanığı herhangi bir malın veya suç oluşturan bir davranıştan elde edilen malın iadesine karar verebilir. Ayrıca bu iade için icra yetkisi de kullanabilir.

Hapis cezasının şartları belirlenirken YUCM ve RUCM'deki genel uygulama göz önünde bulundurulur. Hapis cezasına hükmedilirken işlenen suçun ciddiyeti ile sanığın bireysel durumu gibi hususlar da dikkate alınır.

YUCM, RUCM veya Mekanizma tarafından verilen bir hükümlü mahkûm olan kişi, cezasını çekmekte olduğu devletin kanunları uyarınca affa uğrar veya cezasının hafifletilmesi söz konusu olursa, ilgili devlet Mekanizma'yı konuyla ilgili bilgilendirecektir. Hükümlünün cezası ancak, Mekanizma Başkanının böyle bir kararın adalet ve hukuk genel ilkelerine uygun olduğuna karar vermesi halinde affedilebilir veya azaltılabilir.

### 5. Non Bis in Idem İlkesi

Mekanizma Statüsü'nde doğrudan *non bis in idem* ilkesine yer verilmiştir (m. 7). Buna göre hiç kimse daha önce YUCM, RUCM veya Mekanizma tarafından yargılanmış olduğu halde uluslararası insancıl hukukun ağır ihlallerine ilişkin yerel mahkemelerde tekrar yargılanamaz.

Ancak aksi durumda, yani kişiler uluslararası insancıl hukukun ağır ihlallerine ilişkin yerel mahkemede yargılanmış olsa dahi, bazı şartlarla Mekanizma'da tekrardan yargılanabilecektir. Bu şartlar;

- Kişinin yargılandığı fiilin basit bir suç olarak tanımlanması veya,

- Yerel mahkemenin tarafsız ve bağımsız olmaması, sanığı uluslararası cezai sorumluluktan kurtarmak için hareket edilmiş olması veyahut davanın özenle görülmemiş olmasıdır. Bu şartta bahsedilen hususlar birlikte aranmamakla birlikte bu durumlardan birinin oluşmuş olması yeniden yargılanma için yeterli olacaktır.

Bahsedilen iki şarttan birisi gerçekleştiği takdirde Mekanizma, *non bis in idem* ilkesinin istisnası olarak tekrardan yargılama yapabilecektir. Mekanizma bu kapsamda bir ceza verdiği takdirde, daha önce aynı kişinin aynı suç için yerel mahkemeden almış olduğu cezayı dikkate alır.

## 6. Temyiz

Temyiz Dairesi mekanizmanın her iki kolu için de ortaktır (m. 4). Mekanizmanın Başkanı Temyiz Dairesinin bir üyesi olacak, diğer üyeleri atayacak ve işlemlerine başkanlık edecektir. Tek hâkim kararına karşı temyiz başvurusunda bulunulması durumunda, Temyiz Dairesi üç hâkimden oluşacaktır. Bir Yargılama Dairesi kararına karşı temyiz başvurusunda bulunulması durumunda ise Temyiz Dairesi beş hâkimden oluşur (m. 12/3).

Mekanizma, Mekanizma'nın ilgili kolunun başlangıç tarihinde veya sonrasında alınan kararlara veya verilen cezalara karşı başvuru- lan tüm temyiz işlemlerini yürütme ve tamamlama yetkisine sahiptir (Statü Ek 2 m. 2).

Hükümlüler veya Savcı, aşağıdaki şartlardan birinin oluştuğu iddiasıyla Temyiz Dairesi'ne başvurabilir;

- Hukuki meselede kararı geçersiz kılacak derecede bir hata,
- Adaletin yerini bulmasını engelleyen bir yanlış.

Temyiz Dairesi, Tek Hâkim veya Dava Dairesi tarafından alınan kararları onaylayabilir, tersine çevirebilir veya düzeltebilir (m. 23/2).

## 7. Karar İncelemesi

Tek hâkim veya bir Dava Dairesi tarafından verilen bir kararın incelenmesi için başvuru yapılması durumunda Başkan, konuyu incelemek için üç hâkimden oluşan bir Dava Dairesi oluşturur. Temyiz Dairesi tarafından verilen bir kararın incelenmesi için başvuruda bulunulması durumunda ise, incelemeye ilişkin Temyiz Dairesi beş hâkimden oluşacaktır (m. 12/4).

Hükümlü; Tek Hâkim, Dava Dairesi, YUCM, RUCM veya Mekanizma Temyiz Dairesi'ndeki yargılama sürecinde bilinmeyen ve kararı etkileyebilecek yeni bir gerçeğin ortaya çıkması durumunda Mekanizma'ya kararın gözden geçirilmesi için başvuruda bulunabilir (m. 24).

Savcı da nihai kararın ilan edildiği günden itibaren bir yıl içinde böyle bir başvuruda bulunabilir. Temyiz Dairesi bu bir durumda ön inceleme yaparak yeni kanıtın kararı etkileyebilecek nitelikte olup olmadığına hakimlerin çoğunluk oyuyla karar verir. Ancak bu karar üzerine karar incelemesi yapılabilir (m. 24).

### **8. Yerel Mahkemelerle İlişki ve Dosyaların Yerel Mahkemelere Devri**

Mekanizma ve yerel mahkemeler hem en üst düzey hem de üst düzey olmayan kişileri kovuşturma konusunda eşzamanlı yargı yetkisine sahiptir. Bununla birlikte Mekanizma'nın ulusal mahkemelere göre öncelikli yargı yetkisi vardır (m. 5/2).

En üst düzey kişiler bakımından Mekanizma, resmi olarak ulusal mahkemelerden Statü'ye ve Usul ve Delil Kuralları'na uygun olarak yargılama yetkilerini ertelemelerini talep edebilir.

Mekanizma, en üst düzey olmayan kişiler ile, Mekanizma veya Mahkemeler tarafından adaletin yerine getirilmesine bilerek veya isteyerek müdahale eden veya etmiş olan kişiler ile mahkemeye itaat-sizlik edenler ve Mekanizma ya da Mahkeme huzurunda bilerek ve isteyerek yanlış ifade veren tanıkların dosyalarını yerel mahkemele-re devretme yetkisine sahiptir. Mekanizma bu kişilerin dosyalarının yerel mahkemelere devretmek için gereken tüm çabayı göstermekle yükümlüdür (m. 6/1).

Bir iddianamenin kabulünden sonra ve duruşma başlamadan önce, sanığın Mekanizma yetkisi kapsamında gözaltında olup olmadığına bakılmaksızın, Başkan, davanın yerel mahkemeye devredilip edilmeyeceğine karar verecek bir Duruşma Dairesi tayin edebilir. Böyle bir devir kararı ancak;

- Yerel mahkeme suçun işlendiği bölgede ise veya,
- Yerel mahkeme sanığın gözaltına alındığı yerde ise veya,
- Yerel mahkemenin yargı yetkisine sahip ve böyle bir davayı kabul

etmek istemesinin yanı sıra bunun için hazırlıklı olması, böylelikle davanın ilgili devlet içerisinde uygun mahkemeye gönderilmesi halinde verilebilir (m. 6/2).

En üst düzey olmayan kişilerin dosyalarının yerel mahkemeye devri konusunda Mekanizma, isnat edilen suçların ağırlığı ile sanığın sorumluluk düzeyini de dikkate alır.

Dava Dairesi de re'sen veya savcılığın talebi üzerine, uygun olduğu takdirde, sanığın duruşma hakkı olacağı ve adil yargılanacağı konusunda ikna olursa ve sanığa ölüm cezası verilmeyecek veya ölüm cezası uygulanmayacaksa böyle bir devre karar verebilir (m. 6/4).

Mekanizma, uluslararası ve yerel kuruluşların yardımı ile YUCM, RUCM veya kendisi tarafından yerel mahkemelere devredilen dosyaların takibini yapacaktır (m. 6/5).

Duruşma Dairesi; YUCM, RUCM veya Mekanizma tarafından hakkında dava açılmış ve dosyası yerel mahkemeye devredilmiş kişi hakkında hüküm verilmeden önce devir kararının şartlarının ortadan kalktığı ve bu durumun adaleti etkileyebileceğine karar verirse, Savcılığın talebi üzerine veya re'sen devlet yetkililerine konuyu bildirdikten ve cevap hakkı verdikten sonra, devir kararını iptal eder ve bunun için resmi bir talepte bulunur (m. 6/6).

## **B. Mekanizma'daki Güncel Yargılamalar ve Mekanizma'nın Geleceği**

Mekanizma'da güncel olarak toplam; 82 biten dava, 2 devam eden dava, 1 adet hazırlık duruşması, 1 temyiz öncesi dava, 11 transfer edilen dava, 1 firari, 1 mahkemeye itaatsizlik dosyası bulunmaktadır.<sup>61</sup>

Şu an Mekanizma'da devam etmekte olan dava aşamasındaki dosyalardan ilki Stanišić ve Simatović dosyasıdır. Bu kişiler YUCM'de yargılanmış olup ilk derece mahkemesinde beraat etmişlerdir. Üzerlerine atılı suçlar insanlığa karşı suçlar (işkence, insan öldürme, sürgün etme ve insancıl olmayan hareketler) ve savaş teamül ve kurallarının ihlali idi. Temyiz aşamasında ilk derece mahkemesinin kararını bozan YUCM Temyiz Dairesi, 15 Aralık 2015'te sanıkların üzerlerine atılı tüm suçlar hakkında yeniden yargılanmalarına karar vermiştir. Daha sonra

<sup>61</sup> <https://www.irmct.org/en/cases> (E.T. 03.06.2021)

Tamamlama Stratejisi kapsamında dava Mekanizma'ya devredilmiş ve 2017'de sanıkların hazırlık duruşması yapılmıştır.<sup>62</sup> Şu anda dava devam etmekte süreç boyunca 51 tanık dinlenmiş ve Savcılık Şubat 2019'da iddianamesini tamamlamıştır.

Mekanizma'da görülmekte olan diğer dava ise Maximilien Turinabo, Anselme Nzabonimpa, Jean de Dieu Ndagijimana, Marie Rose Fatuma, and Dick Prudence Munyeshuli dosyasıdır. Sanıklar Mekanizma ve RUCM'ye karşı mahkemeye itaatsizlik suçlarından yargılanmaktadır.<sup>63</sup>

Mekanizma'nın görevinin ne zaman sona ereceği belli değildir. Devam eden davalar sona erse de henüz yakalanamamış kişiler olması Mekanizma'nın görevini tamamlamasını geciktirebilecektir. Güvenlik Konseyi kararına göre Mekanizma'nın işleyişi her 2 yılda bir tekrardan gözden geçirilecektir. Bununla birlikte, Mekanizma'nın uzun vadede beklentileri karşılayıp karşılayamayacağını önümüzdeki süreç gösterecektir. Bunun da yapılacak yargılamaların etkin şekilde yürütülmesine ve temyiz işlemlerine bağlı olduğu açıktır.<sup>64</sup>

Aslında böyle bir Mekanizma'ya neden ihtiyaç duyulduğu sorusu sorulabilir. Zira hem YUCM hem de RUCM ad hoc mahkemelerdi ve görevlerini tamamladıkları zaman zaten varlıkları sona erecekti. Güvenlik Konseyi'nin böyle bir karar almasındaki sebep, yargılamaların iyiden iyiye uzamasını engelleyerek bir an önce Eski Yugoslavya ve Ruanda konusunu kapatmak istemek gibi görünmektedir.

Ancak akıllara Mekanizma da önümüzdeki yıllar içerisinde yargılamaları ivedilikle tamamlayamazsa bu durumda Mekanizma'nın işlevlerini devralması için yeni bir mahkeme mi kurulacaktır sorusu gelmektedir. Bu sorunun cevabı süreç içerisinde Mekanizma'nın nasıl işlediğine göre şekillenecektir.

Ayrıca, 2002'den bu yana kurulmuş ve işlemekte olan UCM de akıllara gelebilir. Neden RUCM ve YUCM'deki dosyalar halihazırda işlemekte olan bir uluslararası ceza mahkemesine devredilmek yerine yeni bir mekanizma kurulma ihtiyacı duyuldu? Öncelikle, UCM

<sup>62</sup> Case Information Sheet s. 2. Bkz. [https://www.irmct.org/sites/default/files/cases/public-information/cis-stanisic-simatovic-en\\_1.pdf](https://www.irmct.org/sites/default/files/cases/public-information/cis-stanisic-simatovic-en_1.pdf) (E.T. 22.12.2019)

<sup>63</sup> <https://www.irmct.org/en/cases/mict-18-116>

<sup>64</sup> Tortora.

BM'nin bir organı değildir, BM çatısı altında da kurulmamıştır. UCM Roma Konferansı sonucu oluşturulan uluslararası bir andlaşma ile kurulmuştur.<sup>65</sup> Ayrıca UCM'nin yargı yetkisi yerel makamlara göre ikincil nitelik taşır. Oysa hem RUCM hem de YUCM yerel makamlarla eş zamanlı yetkiye sahip olmakla belli suçlar bakımından öncelik sahibiydiler. Bunun yanı sıra her ne kadar UCM de uluslararası suçları yargılıyor olsa da genel nitelikli bir mahkemedir. Oysa RUCM ve YUCM özel yetkiliydi ve sadece Statüleri'nde sayılan suçlardan dolayı yargılama yapıyorlardı. İşte bu sebeplerle dosyaların UCM'ye aktarılması uygun olmazdı.

### Sonuç

BM Güvenlik Konseyi'nin ad hoc nitelikle kurduğu YUCM ve RUCM'nin görevlerini devralarak tamamlaması amacıyla kurduğu Mekanizma, görevine başlamış ve bahsedilen mahkemeler görevlerini tamamlamıştır.

Mekanizma yukarıda da belirtildiği üzere bu mahkemelerden kalan yargılamaları sürdürecektir, yeni iddianame oluşturamayacak, tanık dinleyebilecek ve yerinde inceleme yapabilecektir. Ayrıca gerektiği takdirde yargılamanın yenilenmesi, karar inceleme ve temyiz işlemlerini de yerine getirebilecektir.

Mekanizma, önceki mahkemelerde ceza almış olup, şu anda cezaevinde bulunan kişilerin de takibini yapacaktır. Yerel makamlarla iletişim halinde olup uygun olduğu takdirde dosyaların yerel mahkemeye devri öncelik taşımaktadır.

Mekanizma'nın YUCM ve RUCM'ye yöneltilen eleştirilere maruz kalıp kalmayacağı ise ayrı bir soruyu oluşturmaktadır. Bilindiği üzere Güvenlik Konseyi kararıyla kurulmaları sebebiyle bu mahkemelerin yargı yetkisine itiraz edilmişti. Her ne kadar söz konusu mahkemeler kendilerini ilgili suçları yargılamaya yetkili görmüşlerse de, aynı itirazların aslında Mekanizma için yapılması da mümkündür. Böyle bir durumda Mekanizma'nın kendini yetkili görüp görmeyeceği ise zaman içerisinde ortaya çıkacaktır. Ancak böyle bir itirazın, Mekanizma'nın yeni bir mahkeme olmaması ve yalnızca YUCM ve RUCM'nin görevlerini devralmış olmasından dolayı kabul görmeyeceğini söylemek mümkün görünmektedir.

<sup>65</sup> Tezcan/Erdem/Önok, ss. 336-337.

Mekanizma'daki yargılamaların ise ne zaman biteceği ve bundan sonrasında Mekanizma'ya ne olacağı henüz belli değildir. Ancak Mekanizma'nın işlevi yalnızca YUCM ve RUCM'nin işlevlerini tamamlamak olduğuna göre, Mekanizma'nın da en sonunda görevini tamamlayacağı, yani açıkça Statü'de geçmese bile ad hoc bir mahkeme olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Aksar Yusuf, *Implementing International Humanitarian Law From the Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court*, Routledge, 2004.
- Aybay Rona, *Uluslararası Yargı*, Alfa, 2013.
- Bantekas Ilias/Susan Nash, *International Criminal Law*, Second Edition, Cavendish Publishing, 2003.
- Cryer Robert/Hakan Friman/Darryl Robinson/Elizabeth Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, 2007.
- Kerr Rachel, *The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Oxford University Press, 2004.
- Lingen Kerstin von, "Transcultural Justice at the Tokyo Tribunal", *History of Warfare* (Ed. Kelly DeVries/John France/Micheal S. Neiberg/Frederick Schneid), Brill, 2018.
- Maogoto Jackson, "The Experience of the Ad Hoc Tribunals for the Former Yugoslavia and Ruanda", *The Legal Regime of the International Criminal Court* (Ed. Jose Doria/Hans-Peter Gasser/M. Cherif Bassiouni), Martinus Nijhoff, 2009.
- McGoldrik Dominic/Peter Rowe, "Introduction", *The Permanent International Criminal Court Legal and Policy Issues* (Ed. Dominic McGoldrik/Peter Rowe/Eric Donnelly), Hart Publishing, 2004.
- McGoldrik Dominic, "The Origins and Development of the Permanent International Criminal Court", *The Permanent International Criminal Court Legal and Policy Issues* (Ed. Dominic McGoldrik/Peter Rowe/Eric Donnelly), Hart Publishing, 2004.
- Schabas William A. *The UN International Criminal Tribunals*, Cambridge University Press, 2006.
- Tezcan Durmuş/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

### Makaleler

- Acquaviva Guido, "Was a Residual Mechanism for International Criminal Tribunals Really Necessary?", *Journal of International Criminal Justice*, V. 9, I. 4, 2011, pp. 789-796.



- Alpaslan M. Şükrü, "Anglo-Amerikan Hukukunda Mahkemeye Saygısızlık Suçu ve Türk Hukukundaki Durum", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul, 1974, ss. 243-287.
- Kaul Hans Peter, "The International Criminal Court: Current Challenges and Perspectives", *Washington University Global Studies Law Review*, V. 6, I. 3, 2007, pp. 575-582.
- Kirsch ICC Judge Philippe, "Applying the Principles of Nuremberg in ICC", Keynote Address at the Conference "Judgment at Nuremberg" held on the 60th Anniversary of the Nuremberg Judgment, 2006.
- O'Brien James C., "The International Tribunal for Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia", *American Journal of the International Law*, V. 87, I. 4, 1993, pp. 639-659.
- Tortora Giorgio, "The Mechanism for International Criminal Tribunals: A Unique Model and Some of Its Distinctive Challenges", *American Society of International Law*, V. 21, I. 5, 2017.

### **Güvenlik Konseyi Kararları ve İnternet Kaynakları**

- SC Res. 1503 (2003).
- SC Res. 1966 (2010).
- SC Res. 780(1992).
- Commission on Human Rights Res. 1992/S-1/1 (1992).
- <https://www.irmct.org/en/cases>
- <https://www.irmct.org/en/about/functions>
- <https://www.icty.org/en/about/tribunal/completion-strategy>
- <https://www.icty.org/en/about/what-former-yugoslavia>
- <https://www.bbc.com/news/world-europe-17632399>
- <https://www.icty.org/en/about/tribunal/completion-strategy>
- <https://www.icty.org/en/cases/key-figures-cases>
- <https://www.bbc.com/news/world-africa-26875506>
- <https://www.history.com/topics/africa/rwandan-genocide>
- <https://unictr.irmct.org/en/tribunal>
- <https://ww1.habsburger.net/en/chapters/leipzig-trials-1921-1927-between-national-disgrace-and-juridical-farce>
- [https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ED2F5177-9F9B-4D66-9386-5C5BF45D052C/146323/PK\\_20060930\\_English.pdf](https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ED2F5177-9F9B-4D66-9386-5C5BF45D052C/146323/PK_20060930_English.pdf)
- <https://www.asil.org/insights/volume/21/issue/5/mechanism-international-criminal-tribunals>
- <https://www.icty.org/en/press/appeals-chamber-judges-unanimously-confirm-tribunals-jurisdiction>
- [https://www.irmct.org/sites/default/files/cases/public-information/cis-stanisic-simatovic-en\\_1.pdf](https://www.irmct.org/sites/default/files/cases/public-information/cis-stanisic-simatovic-en_1.pdf)
- <https://www.irmct.org/en/documents/rules-procedure-and-evidence>
- <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/AboutCouncil.aspx>