

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

Eşgüdüm 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 Nuhöğlü

Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş Tezcan

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Korkut Kanadoğlu

Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muhammet Özkes

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu

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 Özok Sokak No: 8

06520 Balgat - ANKARA

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

web:www. barobirlik.org.tr

e-posta: yayin@barobirlik.org.tr

Abonelik / Subscription

Yıllık abone bedeli: 300 TL.

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /

Page Design and Offset Preparation

Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri

Basım Yeri / Printed by

ARCS Matbaa

Zübeyde Hanım Mah. Aslanbey Cad.

Tuna Han No: 101/2D İskitler / ANKARA

0 (312) 384 24 01

Sertifika No: 49427

Basım Tarihi / Printing Date : 27. 03. 2023

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 olmayanlar 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 hakem değerlendirme sürecinin tamamlanıp onaylandığı tarihi ifade eder.

7. Her yazı, yazara bildirilen sayının yayınlanacağı tarihe yetişecek 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, yayin@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 sonuna virgül konmalıdır.
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. Kurum, kuruluş, kurul, birleşim, oturum ve iş yeri, kanun, yönetmelik, anlaşma, sözleşme adlarına gelen eklerin kesme işaretiyle ayrılması,
Örneğin: Anayasa Mahkemesi'nin, Avukatlık Kanunu'nun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'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, İYUK'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 kelimedenden sonra bir harf boşluk bırakılmasına özen gösterilmesi,
12. Yazı içinde kullanılacak kısaltmalara; ilk seferinde açık haliyle birlikte parantez içinde kısaltılmış hali, sonrasında sadece kısaltılmış hali olmak üzere yer verilmesi,
13. 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 Ayşen SEYMEN ÇAKAR**
Kız Çocuklarına Yönelik Kesişimsel Ayrımcılık / Intersectional Discrimination Against Girls
- 25 Ezgi AYGÜN EŞİTLİ**
Kamu Görevlisinin Suçu Bildirmemesi Suçu Kapsamında Uzlaştırıcının Cezai Sorumluluğu / Criminal Responsibility of the Conciliator under the Crime of Failure by a Public Officer Report the Crime
- 55 Özgür KIZILTOPRAK**
İcra Satış İşlemlerindeki Vergi Uyuşmazlıklarında Görevli Yargı Yeri / Jurisdiction for Tax Disputes in Enforcement Turnovers
- 75 Emin GİTMEZ**
Akıllı Sözleşmeler: Fırsat Mı, Tehdit Mi? Avukatlık Mesleği Açısından Bir İnceleme / Smart Contracts: Opportunity or Threat? A Review in Terms of the Lawyer Profession
- 105 Şebnem NEBİOĞLU ÖNER**
Güncel Yargı Kararları Bağlamında Aşkın Zarar / Excess Damage in the Context Of Current Case Law
- 137 Alptekin Burak BOYDAK**
İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sigortası Bakımından Koronavirüs Özelinde Salgın Hastalıkların Değerlendirilmesi / Analysis of Epidemic Diseases in the Coronavirus Specification in Terms of Occupational Accident and Occupational Disease Insurance
- 157 Murat BALCI / Sinem TURAN**
Futbolda Hakem Hatası ve Kural Hatası / Referee's Error and Violation of a Rule in Football
- 173 Banu ŞİT KÖŞGEROĞLU**
Başlıca Tahkim Merkezlerinin Kuralları Uyarınca Milletlerarası Ticarî Tahkimde Üçüncü Kişilerin Davaya Dahil Edilmesi (Joinder) ve Davaya Katılması (Intervention) Joinder and Intervention of Third Parties in International Commercial Arbitration under the Rules of Leading Arbitral Institutions

203 Işıl EGEMEN DEMİR

Uluslararası Yatırım Hukukunda Vakıa Tespiti / Fact-Finding in International Investment Law

231 Murat KORKMAZ / Ayhan AYTAÇ / Hasan Basri KORUKLUOĞLU

Danıştay Dairelerinin Faaliyetlerindeki Başarısına İlişkin Bir İnceleme: Panel Veri Zaman Serisi Analizleri / An Investigation on the Success of the Departments of the Council of Consultant in the Operations: Panel Data Time Series Analysis

MAKALELER / ARTICLES

249 Muhammet ÖZEKES / Efe DİRİNİSA

Deprem ve Benzeri Felâket Durumlarında Medenî Usûl Hukuku Sorunları Hakkında Değerlendirmeler / Thoughts on Civil Procedural Aspects of Earthquakes and Other Natural Disasters

305 A. Füsun ARSAVA

Uluslararası Hukukun Anayasallaşması Sürecinde AB Örneği / The Case of the EU in the Process of Constitutionalization of International Law

KIZ ÇOCUKLARINA YÖNELİK KESİŞİMSSEL AYRIMCILIK*

INTERSECTIONAL DISCRIMINATION AGAINST GIRLS

Kadın doğulmaz: Kadın olunur.
İnsan dışısının toplum içinde büründüğü biçimi belirleyen
hiçbir biyolojik, ruhsal, ekonomik yazgı yoktur;
...kadınsı diye nitelendirilen bu ürünü yaratan,
uygarlığın bütünüdür.**

Ayşen SEYMEN ÇAKAR***

Özet: Kız çocuklarına yönelik kesişimsel ayrımcılık, yaş ve cinsiyet unsurlarının birleştirilmesi suretiyle kız çocuklarına yönelik gerçekleştirilen ayrımcı muamelelerdir. Bu ayrımcılık türüne gerek tarihsel gerekse güncel pek çok örnek verilmesi mümkündür. Bu örnekler, kız çocuklarının birçok insan hakkını ihlal eden, insan onuruna ve insan hakları anlayışına aykırı uygulamalardır. Uygulamaların altında yatan en temel sebep ise toplumsal cinsiyet kalıplarındır. Toplumsal cinsiyet eşitsizliği ortadan kaldırılmadıkça, kız çocuklarına yönelik kesişimsel ayrımcılığın da son bulması olası görünmemektedir. Söz konusu kalıplar sebebiyle kız çocukları hem çocuk olmanın hem de ileride kadın olacak olmanın getirdiği yükün altında ezilmektedirler. Sorunun çözülmesi açısından atılması gereken en önemli adım, insan hakları eğitiminin yaygınlaştırılarak daha etkin bir hale getirilmesidir. Bu noktada hem devletlere ve hem de uluslararası örgütlere önemli bir görev düşmektedir.

Anahtar Kelimeler: Kız Çocukları, İnsan Hakları, Kesişimsel Ayrımcılık, Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliği

* Bu yazı araştırma ve yayın etiğine uygundur.

** Simone De Beauvoir, İkinci Cinsiyet, Cilt II, Fransızcadan Çev. Gülnur Acar Savran, 3. Baskı, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2021, s. 13.

*** Dr. Öğr. Üyesi, Anadolu Üniversitesi, aysenseymencakar@anadolu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3843-6120, Makalenin Gönderim Tarihi: 27.10.2022, Kabul Tarihi: 04.02.2023

Abstract: Intersectional discrimination against girls is discriminatory treatment against girls by combining age and gender elements. It is possible to give many historical and contemporary examples of this type of discrimination. These examples are practices that violate many human rights of girls, contrary to human dignity and understanding of human rights. The main reason underlying the practices is gender stereotypes. Unless gender inequality is eliminated, intersectional discrimination against girls does not seem likely to end. Because of these stereotypes, girls are crushed under the burden of both being a child and being a woman in the future. The most important step to be taken in terms of solving the problem is to expand human rights education and make it more effective. At this point, both states and international organizations have an important role to play.

Keywords: Girls, Human Rights, Intersectional Discrimination, Gender Inequality

1. GİRİŞ

Kesişimsel ayrımcılık, birden fazla ayrımcılık ölçütünün bir araya gelmesiyle eskisinden farklı ve daha ağır bir ayrımcılık türünün ortaya çıkmasıdır. Diğer ayrımcılık türlerine nazaran nispeten yeni bir kavram olarak nitelendirilmektedir. İlk ortaya atıldığı 1989 yılından sonra genellikle ırk ve kadın çalışmalarında kullanılan bir kavram olmuştur. Kavramın kullanılmasında en temel unsur, yaş, ırk, cinsiyet gibi farklı ayrımcılık ölçütlerinin bir arada gerçekleşmesidir. Fakat henüz yasal düzenlemelere ve yargısal pratiğe yeterince nüfuz ettiğini söylemek mümkün değildir.

Yargı organları, genellikle ayrımcılığı, tek bir ölçüt etrafında yani tek eksenli olarak incelemeye devam etmektedir. Oysaki kesişimsel ayrımcılığın somut olay incelemelerinde kullanılması, pek çok hak ihlalinin tespitine fayda sağlar niteliktedir. Örneğin mahkemeler kız çocuklarına yönelik kesişimsel bir ayrımcılığın gerçekleştiği iddiası ile karşılaştıkları durumlarda, konuya tek eksenli bakış açısıyla yaklaştıklarında, yaş ve cinsiyet unsurlarını ayrı ayrı inceleyeceklerdir. Bu durumda, kız çocuklarına yönelik gerçekleştirilen ayrımcı muamele, erkek çocuklarına gerçekleştirilmediğinden, yaş bakımından bir ayrımcılığın olmadığı tespitinde bulunacaklardır. İkinci inceleme ölçütü olan cinsiyet açısından değerlendirdiklerinde kadınların aynı tür ayrımcı muameleye tabi tutulup tutulmadığını değerlendirecekler ve bu noktada da ihlalin olmadığına karar verecekler ve hak kaybı doğacaktır. Oysaki mahkemeler yaş ve cinsiyet unsurunu bir arada değerlen-

dirdiğinde söz konusu ayrımcı muameleye yalnızca kız çocuklarının tabi tutulup tutulmadığına bakacak ve bu noktada ihlal kararı verilebilecektir. Dolayısıyla, keşişimsellik yaklaşımı, insan haklarının gerçekleştirilmesi ve geliştirilmesi bakımından fayda sağlayabilmektedir.

Kız çocuklarına yönelik keşişimsel ayrımcılık, yaş ve cinsiyet unsurlarının birleştirilmesi suretiyle kız çocuklarına yönelik gerçekleştirilen ayrımcı muamelelerdir. Bu ayrımcılık türüne gerek tarihsel gerekse güncel pek çok örnek verilmesi mümkündür. Bu örnekler, kız çocuklarının birçok insan hakkını ihlal eden, insan onuruna ve insan hakları anlayışına aykırı uygulamalardır. Uygulamaların altında yatan en temel sebep ise toplumsal cinsiyet kalıplarıdır. Toplumsal cinsiyet eşitsizliği ortadan kaldırılmadıkça, kız çocuklarına yönelik keşişimsel ayrımcılığın da son bulması olası görünmemektedir. Söz konusu kalıplar sebebiyle kız çocukları hem çocuk olmanın hem de ileride kadın olacak olmanın getirdiği yükün altında ezilmektedirler. Sorunun çözülmesi açısından atılması gereken en önemli adım, insan hakları eğitiminin yaygınlaştırılarak, daha etkin bir hale getirilmesidir. Bu noktada hem devletlere ve hem de uluslararası örgütlere önemli bir görev düşmektedir.

Bu çalışma ile amaçlanan, keşişimsel ayrımcılık kavramını tanıtarak, kız çocuklarının karşılaştıkları keşişimsel ayrımcılığı ve bunun zararlarını ortaya koymaktır. Aynı zamanda, ayrımcılık iddialarını keşişimsel bir yaklaşımla incelemenin önemi de vurgulanmaya çalışılmıştır. Yapılan kaynak taramalarında, keşişimsel ayrımcılığın genellikle engelli kadınlar ya da çalışan kadınlar ekseninde incelendiği görülmüştür. Dolayısıyla mevcut çalışma, kız çocuklarına yönelik ayrımcılığın keşişimselliğini ortaya koyan az sayıda çalışmadan biridir. Bu bakımdan çalışmanın, araştırmacılara katkı sağlayacağı umulmaktadır.

2. GENEL OLARAK AYRIMCILIK VE TÜRLERİ

Ayrımcılık, en yalın ifadesiyle, haklı ve makul bir gerekçe olmaksızın aynı durumda bulunan kişi veya gruplara karşı farklı; farklı durumda bulunan kişi veya gruplara karşı ise aynı muamele edilmesi şeklinde tanımlanabilir. Aristoteles,¹ bu durumu, eşit olan kişiler, eşit

¹ Aristoteles, Nikomakhos'a Etik, Eski Yunancadan Çev. Furkan Akderin, 5. Baskı, Say Yayınları, İstanbul, 2022, s. 110.

olmayan haklara ya da eşit olmayanlar, eşit haklara sahiplerse burada tartışma çıkar ve suçlama olur, ifadesiyle dile getirmektedir. Gerçekten de ayrımcılık yasağı ile eşitlik ilkesi arasında çok sıkı bir bağlantı vardır. Adeta bir madalyonun iki yüzü ya da siyam ikizleri oldukları söylenebilir.² Anayasa Mahkemesi de eşitlik ilkesinin, somut bir ölçü norm olarak ayrımcılık yasağını da içerdiğini belirtmiştir.³ Ayrımcı muamelelerin, bir kişi veya gruba yönelik ayırma, dışlama, kısıtlama veya tercihe tabi tutma şeklinde gerçekleşmesi gerekir.⁴ Ayrıca muamele farklılığının, nesnel ve makul bir gerekçesi de bulunmamalıdır.⁵

Ayrımcılık, doğrudan-dolaylı ayrımcılık, yapısal ayrımcılık, çoklu ayrımcılık, kesişimsel ayrımcılık gibi çeşitli türlere ayrılabilir. Doğrudan ayrımcılık eşit olmayan muamele vakalarıyla ilgilenirken, dolaylı ayrımcılık sonuçların eşitsizliğiyle ilgilenir.⁶ Doğrudan ayrımcılık, farklı muamele kavramıyla ifade edilirken, dolaylı ayrımcılık ise farklı etki kavramıyla açıklanır. Doğrudan ayrımcılık, belirli bir özelliğe sahip oldukları için bazı kişileri açıkça daha elverişsiz muameleye tabi tutan kuralları ifade etmektedir.⁷ Dolaylı ayrımcılık, görünüşte tarafsız hükümler, politikalar veya uygulamaların, belirli bir grubun üyelerini, daha olumsuz etkilediği durumları ifade etmektedir.⁸ Daha açık bir ifadeyle, aynı durumda bulunan kişi veya gruplara yönelik haklı ve makul olmayan farklı muamele doğrudan ayrımcılık olarak tanımlanır. Dolaylı ayrımcılıkta ise muamele farklılığı olmamakla birlikte,

² Mesut Gülmez, "İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler", *Çalışma ve Toplum*, S. 2, 2010, s. 221.

³ Anayasa Mahkemesi Birinci Bölüm, "Burcu Reis Başvurusu", Başvuru No: 2016/5824, Karar Tarihi: 28.12.2021, para. 34, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/5824?KelimeAra%5B%5D=ayr%C4%B1mc%C4%B1%C4%B1k/E.T.09.02.2022>.

⁴ Council of Europe, "Intersectionality and Multiple Discrimination", <https://www.coe.int/en/web/gender-matters/intersectionality-and-multiple-discrimination/E.T.25.07.2022>.

⁵ AİHM, "Dhahbi v. Italy", Başvuru No: 17120/09, Karar Tarihi: 08.04.2014, s. 2, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22Dhahbi%20v.%20Italy%22%5D%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-169377%22%5D%7D>/E.T. 25.07.2022.

⁶ Hugo Cossette-Lefebvre, "Direct and Indirect Discrimination: A Defense of the Disparate Impact Model", *Public Affairs Quarterly*, Vol. 34, No. 4, October 2020, s. 340.

⁷ Sophia Moreau, "What is Discrimination", *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 38, No. 2, Spring 2010, s. 154.

⁸ Cossette-Lefebvre, a.g.m., s. 341-342.

farklılık kişiler ya da gruplar arasındadır. Dolayısıyla farklı durumda bulunan kişi ya da gruplara uygulanan aynı muamele, bu kişi veya gruplar üzerinde farklı etki yaparak, sonuçların eşitsizliğine yani dolaylı ayrımcılığa yol açacaktır.

Yapısal ayrımcılık, toplumların işleyiş biçimlerine dokunan ve eşit fırsatlara ve gerçek eşitliğe ulaşmada engeller yaratan normlar, rutinler, tutum ve davranış kalıpları aracılığıyla işlemektedir.⁹ Örneğin belirli kişi veya gruplara yönelik tarihsel olarak uzun bir geçmişe sahip ve kalıplaşmış önyargıların ve bu önyargılara dayalı muamelelerin yapısal ayrımcılık oluşturduğu söylenebilir. Belirli kişi veya gruplara yönelik zararlı gelenekler bu grupta sayılabilir. Toplumsal cinsiyet kalıpları ve bu kalıplar sebebiyle uygulanan ayrımcı muameleler de bu gruptadır.

Ayrımcılığın diğer bir türü de kesişimsel ayrımcılıktır. Kesişimsel ayrımcılık, mevcut çalışmanın konusunu oluşturduğu için ayrı bir başlık altında ve daha detaylı incelenmesi gereği duyulmuştur. Bu sebeple söz konusu ayrımcılık türüne aşağıda ayrıca yer verilecektir.

3. KESİŞİMSEL AYRIMCILIK

Kesişimsel ayrımcılık, bir araya geldiğinde tek başına olan herhangi bir ayrımcılık biçiminden farklı ve benzersiz bir şey üreten çeşitli baskıların birleşimi olarak tanımlanmaktadır.¹⁰ Kesişimsel ayrımcılık, iki veya daha fazla ölçütün aynı anda ve birbirinden ayrılamaz bir şekilde etkileşime girerek farklı ve spesifik ayrımcılık biçimleri ürettiğinde gerçekleşir.¹¹

Günümüzde gerek uluslararası hukukta ve gerekse ulusal hukuk sistemlerinde eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı hukuki düzenlemelere kavuşmuş durumdadır. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Kişisel ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılı-

⁹ Council of Europe, a.g.m.

¹⁰ Ontario Human Rights Commission, "An Introduction to the Intersectional Approach", <https://www.ohrc.on.ca/en/intersectional-approach-discrimination-addressing-multiple-grounds-human-rights-claims/introduction-int-ersectional-approach#:~:text=The%20concept%20of%20'intersectionality'%20has,takes%20into%20account%20the%20historical%2C/E.T.25.07.2022>.

¹¹ Council of Europe, a.g.m.

ğın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası bu düzenlemelerden yalnızca birkaçıdır. Söz konusu düzenlemelerde ayrımcılık yasağının, kanun önünde eşitlik ilkesinin zıttı olarak yer aldığı görülmektedir.

Kanun önünde eşitlik ilkesi, herkesin ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi düşünce vs. herhangi bir ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit kabul edilmesidir. Dolayısıyla söz konusu hukuki düzenlemelerde ayrımcılık yasağı da hiç kimseye ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi düşünce vs. bakımlarından ayırım yapılmaması şeklinde yer almaktadır. Söz konusu hukuki düzenlemelerde yer alan eşit davranma yükümü ya da ayırım yapma yasağı, devlete yüklenen bir ödevdir. Görüldüğü gibi söz konusu düzenlemelerde birçok ayrımcılık ölçütü yer almakta ve sınırlı bir sayım yapılmamaktadır. İşte, kesişimsel ayrımcılık, bu ayrımcılık ölçütlerinden birkaçının bir araya gelerek yeni, benzersiz ve daha ağır bir ayrımcılık oluşturması durumudur.

Kesişimsellik terimini ilk olarak Amerikalı hukuk profesörü Kimberlé Crenshaw, 1989 yılında, Amerika'da Afrika kökenli kadınlara yönelik gerçekleştirilen ayrımcılığı ifade etmek üzere kullanmıştır. Crenshaw,¹² kesişimsel feminizmi “çeşitli eşitsizlik biçimlerinin sıklıkla birlikte gerçekleştiği ve birbirini şiddetlendirdiği yolu görmek için bir prizma” olarak açıklamıştır. Yani kesişimsellik teorisi, baskının sadece tek bir türde olmadığını, farklı birçok baskı türlerinin olduğunu ve bunların da hep birlikte eşitsizlik yarattığını hatırlatmaktadır.¹³ Terim ilk ortaya çıktığı dönemde sıklıkla ırk ayrımcılığının cinsiyet temelli uygulandığı vakaların incelenmesinde kullanılmıştır.

Kesişimsel ayrımcılık, birbirinden ayrılamaz şekilde aynı anda işleyen ve birbiriyle etkileşime giren birçok kişisel nitelikler veya kim-

¹² United Nations Women, “Intersectional Feminism: What It Means and Why It Matters Right Now”, 1 July 2020, <https://www.unwomen.org/en/news/stories/2020/6/explainer-intersectional-feminism-what-it-means-and-why-it-matters/E.T.25.07.2022>.

¹³ Ayşenur Merve Şafak Uzun, Kesişimsellik Bağlamında Akademik Alanda Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliğinin Analizi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019, s. 38.

liksel özellikler temelinde gerçekleşmektedir.¹⁴ Kimlik ve ayrımcılık kavramları birbirleriyle yakın ilişki içindedir. Kişiler bazen kimliklerinde yer alan bir özellik sebebiyle ayrımcı muameleye tabi tutulurken bazen de birden çok kimlik özelliğinin bir araya gelmesi sebebiyle ayrımcılığa uğramaktadır ki bu noktada kesişimsel ayrımcılık söz konusu olmaktadır. Örneğin bir kişi yalnızca yaşı sebebiyle örneğin çocuk olması sebebiyle ayrımcılığa uğrayabilirken bazen de örneğin yaşı ve ırkının birleşmesi sonucu farklı bir ayrımcılığa uğrayabilir. Yani ilk durumda kişi, çocuk olması sebebiyle ayrımcılığa uğrarken, ikincisinde belirli bir ırka mensup çocuk olması sebebiyle ayrımcılığa uğramaktadır. Bu ikinci örnekte, söz konusu ırka mensup olmayan diğer çocukların ya da o ırka mensup yetişkinlerin ayrımcı muameleye tabi tutulması söz konusu değildir. Ayrımcılığa uğrayan, yalnızca o ırka mensup olan çocuklardır. Dolayısıyla, bu bir kesişimsel ayrımcılık örneğidir.

Crenshaw'a göre kimlik siyasetiyle ilgili sorun, bazı eleştirmenlerin iddia ettiği gibi farklılığı aşmada başarısız olması değil, tam tersi, sık sık grup içi farklılıkları bir araya getirmesi veya görmezden gelmesidir. Kadına yönelik şiddet bağlamında, kimlik politikalarındaki bu farklılığın ortadan kaldırılması sorunludur, çünkü temelde birçok kadının maruz kaldığı şiddet genellikle kimliklerinin ırk ve sınıf gibi diğer boyutları tarafından şekillendirilmektedir.¹⁵ Crenshaw'ın, burada vurguladığı nokta, bir grup içerisinde de belirli farklılıkların olduğu ve bazen söz konusu grubun tamamen değil yalnızca diğerlerinden ayrılan bazı özellikleri sebebiyle belirli grup üyelerinin ayrımcı muamelelere tabi tutulduğudur. Hatta öyle ki söz konusu farklı özelliklere sahip grup üyeleri, yalnızca grup dışındaki kişiler tarafından değil grup içinde yer alan kişiler tarafından dahi ayrımcı muameleye tabi tutulabilmektedir. Bu durumu, feminist teoriler kapsamında örneklendirebilmek mümkündür. Şöyle ki ikinci dalga kadın hareketinde, tüm kadınların kız kardeşliği tezinden hareket edilmiş; yani kadınlar tek bir grup olarak değerlendirilmiştir. Zamanla, bu grubun içerisinde

¹⁴ European Institute for Gender Equality, "Intersectional Discrimination", <https://eige.europa.eu/thesaurus/terms/1492/E.T.25.07.2022>.

¹⁵ Kimberlé Crenshaw, "Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics and Violence Against Women of Color", *Stanford Law Review*, Vol. 43, No. 6, Jul. 1991, s. 1242.

de farklılıkların olduğu ve bu grubun homojen bir yapıda olmadığı anlaşılmıştır. Hatta söz konusu farklılıklar sebebiyle bazı kadınların, yalnızca erkekler tarafından değil kadınlar tarafından da ayrımcılığa uğratıldıkları anlaşıldıkça, ikinci dalga kadın hareketlerine tepkiler doğmuş ve üçüncü dalga kadın hareketi ortaya çıkmıştır. İşte kesişimsel ayrımcılık, üçüncü dalga kadın hareketi içerisinde kendisine böylece yer bulmuştur. Postmodern feminizm olarak da adlandırılan bu yaklaşıma göre, kadınlar grubu içerisinde de bazı kadınlar cinsiyetleri ve yoksullukları, bazıları cinsiyetleri ve ırkları gibi farklı ölçütlerin bir araya gelmesi sebebiyle ayrımcılığa uğramaktadır. Bu noktada Afrika kökenli kadınların ya da Müslüman kadınların, yalnızca erkekler tarafından değil örneğin Batılı kadınlar, hatta Batılı kadın hakları savunucuları tarafından dahi ayrımcı muameleye tabi tutuldukları sıklıkla dile getirilmektedir.

Kesişimsel ayrımcılık görece yeni bir kavramdır ve şu anda geniş çapta kabul edilse de henüz hukuki düzenlemelere ve yasal uygulamaya tam olarak yansımamıştır.¹⁶ Uluslararası hukuk ve politika çevreleri geleneksel olarak ayrımcılığı tek eksenli bir açıyla yani ayrımcılığın tek bir ölçütüyle ele almaktadır. Bu sınırlı ve parçalı yaklaşımlar, hukuk kurumlarının şu anda kesişimsel ayrımcılık vakalarını ele almak için nasıl yetersiz bir donanımına sahip olduğunu göstermektedir.¹⁷

Ayrımcılığın birden fazla gerekçesine kesişimsel bir yaklaşım uygulamak çok sayıda avantaja sahiptir. İnsanların ayrımcılığı nasıl deneyimlediğinin karmaşıklığını, ayrımcılık deneyiminin benzersiz olabileceğini kabul eder ve grubun sosyal ve tarihsel bağlamını dikkate alır. Kesişimsel ayrımcılık vakaları ortaya çıktığında, kesişimsellik analizinden yararlanmak, soruşturmalardan davalara kadar şikayetlerin ele alınmasında ve ilgili politikaların geliştirilmesinde büyük yararlar sağlayacaktır.¹⁸

Yargı organları, genellikle ayrımcılığı, tek bir ölçüt etrafında yani tek eksenli olarak incelemeye devam etmektedir. Oysaki kesişimsel

¹⁶ Council of Europe, a.g.m.

¹⁷ Center for Intersectional Justice-European Network Against Racism, "Intersectional Discrimination in Europe: Relevance, Challenges and Ways Forward", 2019, s. 20, https://www.intersectionaljustice.org/img/intersectionality-report-FINAL_yizq4j.pdf/E.T. 25.07.2022.

¹⁸ Ontario Human Rights Commission, a.g.m.

ayrımcılığın somut olay incelemelerinde kullanılması pek çok hak ihlalinin tespitine fayda sağlar niteliktedir. Örneğin mahkemeler kız çocuklarına yönelik kesişimsel bir ayrımcılığın gerçekleştiği iddiası ile karşılaştıkları durumlarda, konuya tek eksenli bakış açısıyla yaklaşıtlarında, yaş ve cinsiyet unsurlarını ayrı ayrı inceleyeceklerdir. Bu durumda, kız çocuklarına yönelik gerçekleştirilen ayrımcı muamele, erkek çocuklarına gerçekleştirilmediğinden, yaş bakımından bir ayrımcılığın olmadığı tespitinde bulunacaklardır. İkinci inceleme ölçütü olan cinsiyet açısından değerlendirdiklerinde kadınların aynı tür ayrımcı muameleye tabi tutulup tutulmadığını değerlendirecekler ve bu noktada da ihlalin olmadığına karar verecekler ve hak kaybı doğacaktır. Oysaki mahkemeler yaş ve cinsiyet unsurunu bir arada değerlendirdiğinde söz konusu ayrımcı muameleye yalnızca kız çocuklarının tabi tutulup tutulmadığına bakacak ve bu noktada ihlal kararı verebilecektir.

Örneği biraz daha açmak gerekirse, bir şirkette stajyer öğrenci alımlarında yalnızca erkek öğrenciler tercih edilmektedir. Fakat bu işyerinde yetişkin kadınlar da çalışmaktadır. Dolayısıyla somut olay incelemesinde tek eksenli bakış açısıyla hareket edildiğinde, yaş bakımından bir ayrımcılık bulunmamaktadır. Çünkü 18 yaşın altında erkekler yani erkek çocukları stajyer olarak görev alabilmektedir. Yalnızca cinsiyet eksenli bakıldığında da ayrımcılık bulunmamaktadır çünkü kadınlar bu işletmede çalışabilmektedir. Dolayısıyla tek eksenli bakış açısıyla hareket edildiğinde insan haklarının ihlali yönünde bir tespit kararı verilmemesi mümkündür. Oysaki konu kesişimsel yaklaşımla ele alındığında, söz konusu işletmede kız çocuklarının stajyer olarak görev alamadığı ve bu noktada kesişimsel ayrımcılığın yapıldığı tespit edilecektir.

3.1. Kız Çocuklarına Yönelik Kesişimsel Ayrımcılık

Çocukluk kavramı, tarih içinde toplumun inançlarına, ekonomilerine ve kültürlerine göre değişen bir kavram olarak yer almaktadır.¹⁹ Diğer bir deyişle çocukluk biyolojik ve psikolojik olduğu kadar kül-

¹⁹ Selen Acehan, Ayşegül Bilen, Mehmet Oğuzhan Ay, Müge Gülen, Akkan Avcı ve Ferhat İçme, "Çocuk İstismarı ve İhmalinin Değerlendirilmesi", *Arşiv Kaynak Tarama Dergisi*, C. 22, S. 4, 2013, s. 592.

türel bir olgudur. Çocuk ve çocukluk tarih biliminin de her daim ilgi alanında yer almıştır.²⁰ Bilimsel alandaki ilerlemeler, insan hakları konusunda yapılan çalışmalar ile çocuğa ait bütün tanım ve kavramlar değişim geçirmiştir. Çocukluk kavramı uzun yıllar boyunca henüz yetişkin olmamış, kendi kararlarını alamayan, biyolojik bir geçiş dönemi olarak tanımlanmıştır.²¹ Dolayısıyla, çocuk terimi tanımlanırken sosyoloji, hukuk, tıp vs. farklı alanlarda farklı niteliklerin ön plana çıkarılması mümkün olabilmektedir. Çocuk henüz bedensel, ruhsal ve sosyal yönlerden erginliğe ve olgunluğa ulaşmamış bireydir.²² Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin yapmış olduğu çocuk tanımına göre ise kendisine uygulanan kanun uyarınca daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, 18 yaşına kadar olan her insan çocuktur.²³

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, ikinci maddesinde ırk, renk cinsiyet vs. temelinde ayrımcılığı mutlak olarak yasaklamaktadır.²⁴ Cinsiyet açısından değerlendirildiğinde kız çocukları ile erkek çocukları arasında, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'de yer alan hakların tanınması ve etkin bir şekilde kullanılması bakımından ayırım yapmama yükümlülüğü taraf devletlere yüklenmiştir. Söz konusu yükümlülüğün, yalnızca devletin, kamu görevlileri eliyle ayrımcı muamele yapmaması şeklinde dar yorumlanması mümkün değildir.

İnsan hakları alanında devletin üç tür yükümlülüğü bulunmaktadır. Bunlar, saygı duyma, koruma ve yerine getirme yükümlülüğüdür. Yukarıda belirtildiği şekliyle, devlet eliyle çocuklar arasında ayrımcı muamele uygulanması, saygı yükümlülüğünün ihlali anlamına gelir. Çünkü negatif bir yükümlülük olarak saygı yükümlülüğü, devlete, "ihlal etmeme" ödevi yükler. Fakat insan haklarının muhatabının devlet olması, insan haklarının yalnızca devlet tarafından ihlal edilebileceği anlamına gelmemektedir. İnsan hakları, yine insanlar tarafından

²⁰ Zeynep Berna, Erdiller Yatmaz, Ersoy Erdemir ve Fetiye Erbil, "Çocuk ve Çocukluk: Okul Öncesi Öğretmen Adayları Anlatıyor", *Eğitimde Nitel Araştırmalar Dergisi*, C. 6, S. 3, 2018, s. 286.

²¹ Mehmet Sağlam ve Neriman Aral, "Tarihsel Süreç İçerisinde Çocuk ve Çocukluk Kavramları", *Çocuk ve Medeniyet*, C. 1, S. 2, 2016, s. 43.

²² Umur C. Karadoğan, "Çocuk ve Çocukluk Kavramının Tarihsel Süreçte Değerlendirilmesi", *Çocuk ve Medeniyet*, C. 4, S. 7, 2019, s. 196.

²³ Birleşmiş Milletler, "Çocuk Haklarına Dair Sözleşme", 1989, <https://www.unicef.org/turkey/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%99Fme/E.T.25.07.2022>.

²⁴ Birleşmiş Milletler, "Çocuk Haklarına Dair Sözleşme".

ihlal edilebilmektedir. Böyle bir durumda da devletin sorumluluğu ortadan kalkmamakta, tam aksine koruma sorumluluğu devreye girmektedir. Devlet, insan haklarının, kişiler, gruplar ya da terör örgütleri eliyle ihlal edilmesini önlemek ve kişileri bu tür saldırılara karşı korumak yükümlülüğünü haizdir.

Koruma yükümlülüğü, kadınların ve kız çocuklarının insan hakları noktasında büyük önem arz etmektedir. Çünkü kadınlara ve kız çocuklarına yönelik şiddetin kamusal alandan ziyade özel alanda gerçekleştirildiği malumdur. Ev içi şiddet; ataerkil toplum yapısı, aile mahremiyeti, aile şerefi, namus vs. kavram ya da paravanlar altında çoğu zaman gizli kalmakta ya da örtbas edilmektedir. Yine toplumsal cinsiyet kalıpları sebebiyle kadının çalışmasının genellikle ev içiyile sınırlı kalması, kadın emeğinin değerinin sorgulanmasına, kadının ekonomik ve sosyal sömürüye uğramasına yol açmaktadır. Ev içinde yani özel alanda kadınların ve kız çocuklarının maruz kaldıkları daha pek çok şiddet ve ayrımcılık örneği verebilmek mümkündür. Burada vurgulanmak istenen ise insan haklarının muhatabı olarak devletin yalnızca kamusal alanda değil özel alanda gerçekleşen ayrımcılık ve şiddeti de önleme yükümlülüğü altında olmasıdır ki bunun hukuki dayanağı koruma sorumluluğudur.

Devletin insan hakları alanında diğer bir yükümlülüğü ise yerine getirme yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük uyarınca devlet, yasal ve idari düzenlemeler oluşturmak, bu düzenlemelerin etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamak ve insan hakları alanında ihlaller ortaya çıktığında etkin soruşturma ve yargılama yapmak yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülüğün tam olarak yerine getirilebilmesi için devletin, ilgili yasal, idari ya da yargısal mekanizmaları da oluşturmuş olması gereklidir.

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'de belirtildiği gibi çocuklar arasında cinsiyet temelli ayrımcılık yapmak yasaktır ve bu tür ayrımcılığı önlemek devletin görevidir. Kız çocukları, çocuklara yönelik cinsiyet temelli ayrımcılığın mağduru olabilecekleri gibi kadına yönelik ayrımcı bazı muamelelerin de mağduru olabilmektedirler. Henüz ruhsal ve bedensel gelişimlerini tamamlamamış olmaları sebebiyle bir kadın olarak değerlendirilmemekle birlikte, cinsiyetleri sebebiyle uğradıkları bu ayrımcı muameleler kendine özgü ihlal tipleri oluşturmaktadır.

Çocuk olmayla ilgili mağdur edilebilirlik yanında kız çocukları, kadınların haklarını engelleyen uygulamaların da hedefi olmaktadır. Dolayısıyla kız çocukları hem çocuk olmalarından dolayı hem de cinsiyetlerinden dolayı iki kez mağdur edilmektedirler.²⁵ Hem çocuk olmanın hem de ileride kadın olacak olmanın üzerlerine yükledikleri toplumsal yükün katmerli baskısına uğratılmaktadırlar. O halde kadına yönelik ayrımcılığın ne olduğu noktası üzerinde durmakta da fayda vardır.

Kadınların insan hakları ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, kadınların bunları kullanmalarını ve bunlardan yararlanmalarını engelleyen veya amaçlayan herhangi bir farklılaştırma, engelleme veya kısıtlama kadınlara karşı ayrımcılıktır.²⁶ Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'nin birinci maddesinde, kadına yönelik ayrımcılık terimi, medeni hallerinden bağımsız olarak, kadın-erkek eşitliği temelinde siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya başka herhangi bir alanda insan hakları ve temel özgürlüklerin kadınlar için tanınmasını, uygulanmasını ya da gerçekleştirilmesini azaltma ya da ortadan kaldırma etkisi ya da amacı olan cinsiyet temelli dışlanma veya kısıtlanma şeklindeki herhangi bir ayırım anlamında tanımlanmıştır.²⁷

Kadınlara ve kız çocuklarına yönelik ayrımcılığın temelinde toplumsal cinsiyet kalıplarının yer aldığı açıktır. Bu kalıplar, toplumsal olarak kurulan ve öğrenilen kalıplardır.²⁸ Söz konusu cinsiyet kalıpları, gelenekler, masallar, şarkılar, atasözleri ve deyimler, hukuk kural-

²⁵ Gülriz Uygur ve İrem Çağlar Gürgey, "Kadınların ve Kız Çocuklarının İnsan Hakları İhlali ve Bunun Bir Örneği Olarak Kadına Yönelik Şiddet", Ed. Funda Kaya, Nadire Özdemir ve Gülriz Uygur, Kadınların ve Kız Çocuklarının İnsan Hakları: Kadına Yönelik Şiddet ve Ev-İçi Şiddet, Savaş Yayınevi, Ankara, 2014, s. 23.

²⁶ Feride Acar, "CEDAW'dan İstanbul Sözleşmesi'ne: Kadınların İnsan Hakları ve Kadınlara Karşı Şiddete İlişkin Uluslararası Standartların Evrimi", Ed. Funda Kaya, Nadire Özdemir ve Gülriz Uygur, Kadınların ve Kız Çocuklarının İnsan Hakları: Kadına Yönelik Şiddet ve Ev-İçi Şiddet, Savaş Yayınevi, Ankara, 2014, s. 64.

²⁷ United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, "Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women", 18 December 1979, <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women/E>. T. 02.07.2022.

²⁸ Kevser Özyaydınlık, "Toplumsal Cinsiyet Temelinde Türkiye'de Kadın ve Eğitim", *Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi*, C. 0, S. 33, Temmuz 2014, s. 94.

ları, medya dahil pek çok vasıta ile kuşaktan kuşağa aktarılmaktadır. Örneğin, çocuklara yönelik reklamlar vasıtasıyla da toplumsal cinsiyet kalıpları aktarılmaktadır. Bu reklamlarda erkek çocuklar, işe giden, kahvaltıda gazete okuyan, ailenin geçimini sağlayan, otomobillerle ilgilenen babalarıyla; kız çocuklar ise spor salonunda aerobik yapan, ev kadını olarak kocasının sağlığıyla ilgilenen anneleriyle birlikte ev işleri yapan rollerde yer almaktadırlar.²⁹

Kadınları aşağılayan pek çok mitolojik anlatının başında ise Pandora mitosunun (kadının yaratılış mitosu) geldiğini söylemek mümkündür. İnsanoğlunun, tanrılardan ateşi çalması neticesinde tanrıların çok sinirlendiğini ve tüm tanrıların bir araya gelerek, insanların (yani erkekler kastedilir) başına bela olarak kadını yaratmasının anlatıldığı bu mitosta, kadının bir köpek kalbine ve tilki huyuna sahip olduğu, yalancı bir baş belası olduğu³⁰ gibi vurgular yer alır. Masallarda da kadınlar genellikle, servet ve gösteriş düşkünü, savurgan varlıklar olarak gösterilir. Bir Genci Seven Yaşlı Kadımla Genç Kız adlı masalında Phaedrus,³¹ söz konusu algıyı, “Kadınlar yolarlar erkekleri, ne türlü yoldan olursa olsun ister sevsinler ister sevelsinler...Çok örnek bize bunu gösterir” şeklinde dile getirir.

Kız çocuklarına yönelik ayrımcılığın en önemli sebeplerinden biri olan toplumsal cinsiyet eşitsizliği, kadınların ve kız çocuklarının pek çok hakkını kullanmasının önünde bir engel iken aynı zamanda kadına ve kız çocuklarına yönelik şiddetin de temel bir etkenidir. Zaten şiddet ile ayrımcılık arasında çok yakın bir ilişki vardır. Ayrımcılık kavramı, şiddeti içine alan fakat yalnızca şiddetten ibaret olmayan daha üst bir kavramdır. Ama kız çocuklarına yönelik şiddet aynı zamanda kız çocuklarına yönelik bir ayrımcılıktır. Bazen şiddet uygulamak amacıyla ayrımcılık yapılır, bazen de ayrımcılığın bir vasıtası olarak şiddet uygulanır. İki unsurdan hangisinin diğerini tetiklediği ise çoğu zaman anlaşılabilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Opuz-Tür-

²⁹ Fulya Ezmeci, Esra Tuğba Çoban Söylemez, Esra Akgül ve Berrin Akman, “Çocukların Yer Aldığı Reklamların Çocuklara ve Yetişkinlere Verilen Mesajlar, Roller ve Cinsiyete Yönelik Ayrımcılık Unsurları Açısından İncelenmesi”, *Galatasaray Üniversitesi İletişim Dergisi*, S. 26, 2017, s. 273.

³⁰ Hesiodos, *Tanrıların Doğuşu İşler ve Günler*, Çev. Furkan Akderin, Sosyal Yayınlar, İstanbul, 2010, s. 49-50.

³¹ Phaedrus, *Ezop Masalları*, Çev. Türkan Uzel, 2. Basım, Öteki Yayınevi, Ankara, 2000, s. 50.

kiye Davası'nda Türkiye'deki genel ve ayrımcı yargı pasifliğinin, kasıtlı biçimde olmasa da esasen kadınları etkilediğini ve başvuru ve annesi tarafından maruz kalınan şiddetin, kadına yönelik ayrımcılığın bir biçimini oluşturan toplumsal cinsiyete dayalı şiddet olarak görülebileceği kanaatinde olduğunu³² belirterek, kadına yönelik şiddeti açıkça kadına yönelik ayrımcılığın bir türü olarak tarif etmiştir.

Kız çocuklarının, yaşamsal ihtiyaçlarının karşılanması noktasında erkek çocuklarına nazaran daha fazla ihmal edilmesi, onlara yönelik bir şiddet türü iken aynı zamanda bir ayrımcılıktır. Yine örneğin ev içerisinde kız çocuklarına yönelik psikolojik baskı uygulamaları gerçekleştirilirken erkek çocukların ailenin, soyun devamını sağlayacak araçlar olarak gösterilip kız kardeşleri ile aralarında kıyas yapılması hem psikolojik şiddetin ve hem de ayrımcılığın bir göstergesidir.

Cinsel şiddet açısından değerlendirildiğinde, kız çocuklarının cinsel istismar açısından erkek çocuklarına oranla daha büyük risk altında olduğu bizzat Dünya Sağlık Örgütü tarafından belirtilmektedir.³³ Bugün için 120 milyon kız çocuğunun 20 yaşından önce bir tür zorla cinsel temasa maruz kaldığı tahmin edilmektedir.³⁴ Bununla birlikte, veriler, özellikle cinsel istismar noktasında çok az çocuğun destek hizmetlerine başvurduğunu veya bunlardan yararlandığını göstermektedir. Çocuklara yönelik şiddetle ilgili anketler, cinsel istismara uğrayanların %10'undan daha azının sağlık/hukuk, polis hizmetleri veya danışmanlık desteğine başvurduğunu göstermiştir.³⁵ Bu durum göstermektedir ki kadına yönelik şiddetin bir türü olan cinsel şiddet, kız çocuklarına yönelik olarak da yoğun bir şekilde işlenmekte ve yaklaşık olarak on olaydan dokuzu örtbas edilmektedir. Söz konusu örnekler, aynı zamanda kız çocuklarına yönelik kesişimsel ayrımcılığın da örnekleridir. Bu örneklerde, mağdurlar, hem çocuk olmaları yani yaşları ve hem de cinsiyetleri sebebiyle ayrımcılığa uğramaktadır.

³² Osman Doğru ve Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 2. Cilt, Avrupa Konseyi Yayını, Ankara, 2013, s. 610.

³³ WHO, "Violence Against Children", https://www.who.int/health-topics/violence-against-children#tab=tab_1/ E.T. 26.07.2022.

³⁴ WHO, "Responding to Children and Adolescents Who Have Been Sexually Abused", 2017, s. x. <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/259270/9789241550147-eng.pdf/E.T. 26.07. 2022>.

³⁵ WHO, "Responding to Children and Adolescents Who Have Been Sexually Abused", s. 8.

İnsanlık tarihinde her kültürde, her çağda, çocukların çeşitli şekillerde şiddete ve ayrımcılığa maruz kaldığı bilinmektedir. Çocukların, babaya ait bir mülk olarak kabul edilip köle olarak satılması; adak olarak sunulması veya bazı medeniyetlerde ilk çocukların tanrıya kurban olarak sunulması; Çin, Hindistan, Meksika ve Peru gibi ülkelerde yeni doğanların sağlıklı ve meşru olup olmadığını anlamak için soğuk nehre bırakılması; kız çocuklarının eve gelen misafire ikram edilmesi; İslamiyet öncesi Arap toplumunda kız çocuklarının utanç vesilesi olarak görülüp diri diri toprağa gömülmesi ve benzeri uygulamalar tarihteki çocuğa yönelik şiddet ve ayrımcılık uygulamalarına örnek gösterilebilir.³⁶ Yine Çin’de kız çocuklarının ayaklarının bandajlanarak kırıldığı tarihsel bir uygulama olan ayak bağı uygulaması, kız çocuklarına yönelik kesşimsel ayrımcılığın en acı örneklerinden biridir.

Kız çocuklarına yönelik ayrımcılık, daha çocuk doğmadan başlamakta ve birçok toplumda erkek çocuk sahibi olmak, kız çocuk sahibi olmaktan çok daha değerli görülmektedir.³⁷ Örneğin Eski Yunan toplumunda bir erkek çocuk dünyaya geldiğinde insanlar, evlerini zeytin yapraklarından yapılmış çelenklerle süslerken, kız çocuğu dünyaya geldiğinde evlerin kapılarına yün topakları asılmaktadır. Yani kız çocuklar doğduğunda hangi işle uğraşacakları o andan başlayarak bellidir.³⁸ Bu da toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin bir göstergesidir.

Antik Yunan döneminde kız çocuklarının tanrıya kurban olarak sunulduğu da bilinmektedir. Seneca’nın, Troya Savaşı sonrası tutsak Troyalı kadınların kura ile paylaşılmasını anlattığı Troyalı Kadınlar (Troades) adlı eserinde, töre gereğince, kazanan tarafta ölen savaşçıların mezarına kız kurban edildiği, kızın gelin gibi giydirilerek öbür dünyada o savaşçının eşi olacağına inanıldığı anlatılmaktadır.³⁹ İlyada’da, Aias’ın işlediği günahların kefareti olarak, her yıl Lokris’ten Troya’ya iki genç kızın gönderilmesi ve Athena tapınağına kurban edilmesi ve bu törenin de bin yıl sürdürülmesinin gerektiği belirtilmektedir.⁴⁰

³⁶ Ayfer Tezel, “Çocuğa Yönelik Şiddet”, *Atatürk Üniversitesi Hemşirelik Yüksekokulu Dergisi*, C. 5, S. 1, 2002, s. 93.

Betül Pelendecioğlu ve Sefa Bulut, “Çocuğa Yönelik Aile İçi Fiziksel İstismar”, *Abant İzzet Baysal Üniversitesi Dergisi*, C. 9, S. 1, Haziran 2009, s. 50.

³⁷ Yücel Can, “Kadına Yönelik Şiddetin Toplumsal Cinsiyet Temelleri: Niğde Örneği”, *Zeitschrift für die Welt der Türken*, C. 5, S. 1, 2013, s. 207.

³⁸ Karadoğan, a.g.m., s. 199.

³⁹ Seneca, *Troyalı Kadınlar (Troades)*, Latince’den Çev. Haydar Dönmez, T.C. Kültür Bakanlığı Yayınları/2146, Ankara, 1998, s. 66.

⁴⁰ Azra Erhat, *Mitoloji Sözlüğü*, 6. Basım, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1996, s. 63.

Roma İmparatorluğu'nda babanın, yeni doğan bebeği terk etme yetkisi vardır. Roma'da, Forum Holitorium'da dikilmiş Columa Lactaria (Süt Sütunu)'nın altı gibi bebeklerin bırakılmaları için özellikle ayrılmış yerler bulunurdu. Yeni doğum yapmış Romalı kadınların uğrak yeri olan kamuya açık yerlerin çevresine bırakılan bebeklerin çoğunun kız çocuğu olduğu bilinmektedir.⁴¹ Söz konusu örnekler yani anne karnındaki bir bebeğin cinsiyetinden dolayı yaşama hakkının ihlal edilmesi veya bebek doğduğunda toplumsal cinsiyet eşitsizliğini gösteren araçlara başvurulması ya da kız çocuklarının baba tarafından sokağa bırakılmasının babaya tanınan bir hak olması ya da kız çocuklarının diri diri toprağa gömülmesi ya da tanrıya kurban olarak sunulması hep kız çocuklarına yönelik kesişimsel ayrımcılık örnekleridir. Bu örneklerde erkek çocukları ya da kadınlar aynı ayrımcılığa uğramamakta, yalnızca kız çocukları söz konusu uygulamaların mağduru olmaktadır. Yani söz konusu örneklerde kesişimsel ayrımcılık, yaş ve cinsiyet unsurlarının bir araya gelmesiyle oluşmaktadır.

Yukarıda verilen tarihsel örneklerin ardından kız çocuklarına yönelik kesişimsel ayrımcılığın güncel örnekleri sunulacak, ardından da söz konusu ayrımcı uygulamaların kız çocuklarının hangi tür insan haklarını ihlal ettiği üzerinde durulacaktır.

Toplumsal cinsiyet kalıpları sebebiyle bugün gerek ülkemizde gerekse dünya üzerinde kadının ikinci cins olduğu algısı yaygındır. Bu algı sebebiyle kız çocukları pek çok toplumda bir mal statüsünde görülmekte, alınıp satılmakta, bir mal nakil vasıtası ya da değiş tokuş aracı olarak kabul edilmektedir. Örneğin Hindistan'daki çeyiz sisteminde kadınlar ve kız çocukları, evlendirilerek gittikleri eve aynı zamanda belirli bir mal yani çeyiz de götürürler. Bu çeyiz, iki ailenin üzerinde anlaşmışları miktarda taşınmaz ve/veya taşınır mallardan oluşur. Evliliğin gerçekleşmesinin üzerinden belirli bir süre geçtikten sonra eğer vaat edilen çeyiz karşı tarafa nakledilmezse, erkek, karısını yakarak öldürür ya da en iyi ihtimalle kadın/kız çocuğu ağır yanıklarla yaralı olarak kurtulur. Buna Hindistan'da "çeyiz cinayetleri" ya da "gelin yakma" adı verilmektedir. Bugün için çok sık uygulanmaktadır; fakat kayıtlara genellikle mutfakta yanma şeklinde geçirilmekte ve

⁴¹ Nurcan İpek, "Arkaik ve Klasik Dönem Roma Ailesinde Çocuk ve Yeni Doğan Bebeğin Terk Edilmesi Meselesi", *MÜHF-HAD*, C. 23, S. 2, Aralık 2017, s. 334.

kaza kaydı tutularak üstü kapatılmaktadır. Söz konusu örnek oldukça sıra dışı bir örnek gibi görünmekle birlikte, bugün pek çok ülkede pek çok ailede kız çocuklarının fiziksel şiddete maruz kaldığı, söz konusu şiddetin bazen ölümle bazen yaralanmalarla neticelendiği açıktır.

Yine ülkemizde de sıkça uygulanmakta olan başlık parası uygulaması da kız çocuklarının parayla satıldığı/değiş tokuş edildiği ayrımcı uygulamalardan bir tanesidir. Hindistan'daki örneğin aksine bu uygulamada gelin ile para aynı tarafa gitmemekte, bir değiş tokuş söz konusu olmaktadır. Bu uygulamada da yalnızca kız çocukları ya da kadınlar söz konusu satım sözleşmesinin konusunu oluşturmakta, erkekler bu tür bir uygulamaya maruz kalmamaktadırlar. Dolayısıyla bu uygulama da kız çocuklarına yönelik ayrımcılığın güncel bir örneğidir. Ayrıca kız çocuklarının, ekonomik sömürüye nasıl kurban edildiğinin de bir göstergesidir. Ülkemizde özellikle kırsal kesimlerde bu uygulamanın söz konusu olduğu ve bu tür kırsal kesimlerde özellikle kız çocuklarının zorla evlendirildiği düşünüldüğünde bu uygulamanın da kız çocuklarına yönelik kesişimsel bir ayrımcılık (yaş ve cinsiyet ölçütleri bakımından) örneği olduğu görülmektedir. Ülkemizde de uygulaması olan diğer bir örnek ise berdelidir. Berdel, evlenecek iki erkeğin, gelinlik çağındaki kız kardeşlerini veya akrabalarını değiştirmesi şeklinde gerçekleşir.⁴² Ülkemizdeki çocuk yaşta evlendirmeler sebebiyle, kız çocuklarının bazen kendilerinden yaşça oldukça büyük ve hatta bazen evli erkeklere ikinci hatta üçüncü eş olarak verildikleri yani berdel usulüyle takas edildikleri bilinmektedir. Bu da kadının toplumsal statüsünün, daha doğrusu statüsüzlüğünün bir göstergesi, bir kesişimsel ayrımcılık örneğidir. Uygulamadan memnun olan tarafın kız çocukları olmadığı çok açıktır.

Ülkemizde de sıkça uygulanan kız çocuklarına yönelik kesişimsel ayrımcılığın diğer bir örneği ise çocuk gelin uygulamasıdır. Çocuk evlilikleri, on sekiz yaşın altındaki bir çocuk ile bir yetişkin veya başka bir çocuk arasındaki resmi evlilik veya gayri resmi birliktelik olarak tanımlanmaktadır. Kız çocukları, erken yaşta evliliklere erkek çocuklara oranla altı kat daha fazla maruz bırakılmaktadır.⁴³ Bu se-

⁴² Çiğdem Akyüz, "Berdel Evliliği Üzerine Kalitatif Bir Araştırma Mardin Örneği", *Uluslararası Folklor Akademi Dergisi*, C. 1, S. 1, 2018, s. 19.

⁴³ Unicef, "Child Marriage", <https://www.unicef.org/protection/child-marriage/> E.T. 06.08.2022.

bepile bazı yazarlarca, erken ve zorla evlendirmeler ya da çocuk yaşta evlendirmeler gibi terimlerle ifade edilen söz konusu olgunun, çocuk gelin uygulaması şeklinde nitelendirilmesinde bir sorun yoktur. Hatta kesişimselliği daha net göstermesi açısından faydalıdır. Çocuk gelin terimiyle vurgulanan, söz konusu olgunun yaş ve cinsiyet bakımından kesişimsel bir ayrımcılığı ifade ettiğiidir.

Yukarıda anılan uygulamaların hepsi kız çocuklarının aileleri tarafından evlendirilmelerine yol açan uygulamalardır. Bu uygulamalar, henüz bedensel ve ruhsal açılardan gelişimlerini tamamlamamış ve evliliğe hazır olmayan kişilerin zorla evlendirilerek fiziksel, psikolojik, cinsel ve ekonomik sömürüye maruz bırakıldıkları uygulamalardır. Bu uygulamalarda fiziksel ve cinsel şiddetin ölümle sonuçlandığı pek çok vaka mevcuttur. Dolayısıyla böyle durumlarda kız çocuklarının yaşama hakkı ihlal edilmektedir. Ölüm neticesinin ortaya çıkmadığı, bedensel ve ruhsal yaralanmaların söz konusu olduğu örneklerde, maddi ve manevi varlığın korunması hakkı ihlal edilmektedir. Ayrıca örnekler, hiç kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağı; hiç kimsenin aşağılayıcı, insanlık dışı ve küçük düşürücü muamelelere tabi tutulamayacağı kuralının da ihlalidir. Yine kız çocuklarının, evlendirilmeleri sebebiyle eğitim olanaklarından yararlandırılmamaları noktasında eğitim hakkının; uygulamanın çoğu zaman adölesan ve riskli gebeliklerle sonuçlanması sebebiyle sağlık hakkının da ihlali söz konusudur. Bu evlendirmeler genellikle baskı ve dayatmalarla gerçekleştirilmektedir. Fakat zaten hukuken çocuğun bu konudaki rızası geçerli bir rıza olarak kabul edilmemektedir. Dolayısıyla söz konusu uygulamaların, düşünceyi açıklama özgürlüğünün de ihlali olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca, ailenin özgürce kurulması kuralına ve eşler arasında eşitlik anlayışına da aykırıdır. Çocukların; bedensel, zihinsel, sosyal vs. her açıdan yeterli bir hayat seviyesine sahip olma hakkı vardır. Fakat yukarıda anılan uygulamalar bu hakkı da ihlal etmektedir. Erken yaşta evlendirilen kız çocukları, gerekli eğitimleri alamadıkları için, ileride kendi yetenek ve kapasitelerine uygun bir işte çalışma ihtimalleri azalmakta, dolayısıyla çalışma hakları da potansiyel olarak ellerinden alınmış olmaktadır. Kız çocuklarının zor ve baskıya dayalı olarak evlendirilip, başka bir evde yaşamaya zorlanması, aynı zamanda onların özgürlük ve güvenlik haklarını da ihlal etmektedir.

Kız çocuklarına yönelik kesişimsel ayrımcılığın bugün yaygın uygulanan örneklerinden biri de kadının cinsel sakatlanması olarak nitelendirilen olgudur. Söz konusu sakatlama gerçekte kız çocuklarına yöneliktir. Uygulama, Dünya Sağlık Örgütü tarafından, tıbbi sebepler dışında kadının dış cinsel organının kısmen veya tamamen çıkarılması işlemi veya kadının cinsel organına başka şekillerde zarar verilmesi⁴⁴ şeklinde tanımlanmaktadır.

Dünya Sağlık Örgütü ve diğer uluslararası nitelikte organlarca kadının cinsel sakatlanması şeklinde isimlendirilmekle birlikte, söz konusu uygulama, kadınlar üzerinde değil kız çocukları üzerinde gerçekleştirilmektedir. Çoğunlukla bebeklik ile on beş yaş arasındaki kız çocuklarına uygulanmaktadır.⁴⁵ Dolayısıyla bu uygulama da kız çocuklarına yaş ve cinsiyetleri sebebiyle gerçekleştirilen bir kesişimsel ayrımcılıktır. Bu noktada belki söz konusu uygulamanın kız çocuklarına yönelik bir kesişimsel ayrımcılık oluşturmayacağı, çünkü bazı dinlere mensup erkek çocuklarının da sünnet uygulamasına tabi tutulduğu iddia edilebilir. Çünkü özellikle tıp alanında çalışan akademisyenler ve halk arasında, uygulamanın bilinen adı kadın sünneti şeklindedir. Oysaki bu yaklaşım ve isimlendirme doğru değildir. Çünkü kız çocuklarına yönelik cinsel sakatlama uygulaması, erkek çocuklarınınkinden farklı olarak dinsel bir temele dayanmamaktadır. Dolayısıyla uygulamanın, sünnet olarak isimlendirmesi hem doğru değildir hem de uygulamanın meşru ve zararsız olduğu yönünde bir izlenim yaratmaktadır. Yine kız çocuklarının cinsel sakatlanması uygulaması, sünnetten farklı olarak yalnızca kesme işlemiyle gerçekleştirilmemekte, iğneleme, delme, dağlama vs. pek çok farklı işlemlerle de yapılabilmektedir. Dolayısıyla sünnet ile cinsel sakatlama gerek sebepleri gerekse uygulama biçimleri bakımından birbirinden farklıdır.

Kız çocuklarının cinsel sakatlanması uygulamasının altında yatan sebepler değişmekle birlikte uygulama bazı durumlarda, kız çocuklarının kadınlığa geçiş töreni olarak değerlendirilirken, bazen de kız çocuklarının cinselliğini bastırmanın bir yolu olarak görülmektedir. Birçok topluluk, bir kız çocuğunun gelecekteki evliliğini veya aile onu-

⁴⁴ WHO, "Female Genital Mutilation", 21 January 2022, <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation>/E.T. 08.08.2022.

⁴⁵ WHO, "Female Genital Mutilation".

runu sağlayacağı inancıyla söz konusu uygulamayı gerçekleştirmektedir. Ayrıca hiçbir dini metin söz konusu uygulamayı içermemektedir.⁴⁶ Anlaşılacağı üzere uygulamanın altında yatan gerçek sebep, kız çocuklarının namusunu ve aile şerefini koruma algısıdır. Çünkü pek çok toplumda kız çocuklarının namuslarını koruyamayacak, zayıf karakterli ve yetersiz oldukları yönünde bir toplumsal cinsiyet algısı mevcuttur. Her yıl, dünya çapında yaklaşık 4 milyon kız çocuğu on beş yaşından önce cinsel sakatlama uygulaması geçirme riski altındadır.⁴⁷ O halde bu zararlı uygulama, kız çocuklarına yönelik kesişimsel bir ayrımcılık örneğidir.

Kız çocuklarının cinsel sakatlanması uygulaması, pek çok zararlı sonuca yol açmaktadır. Uygulamanın, cam parçaları, tenke kutuları vs. ilkel aletlerle gerçekleştirildiği durumlar enfeksiyonlara ve kalıcı sakatlıklara, bazen ölüme yol açabilmektedir. Bu sonuçlara yol açmadığı durumlarda bile uygulamanın dikişle gerçekleştirildiği türlerinde, örneğin bir evlilik ya da doğum olayı gerçekleşeceğinde mağdurların tekrar operasyon geçirerek dikişleri açtırması gerekmektedir. Açma kapama işleminin birden fazla gerçekleştirilmesi, mağdurlara tekrar tekrar acı çektirilmesi anlamına gelmektedir. Dolayısıyla yaşama hakkını tehdit eden bu uygulama, maddi manevi varlığın korunması hakkını; işkenceye, insanlık dışı, aşağılayıcı ya da onur kırıcı muameleye tabi tutulmama hakkını ihlal etmektedir. Bu uygulama, bir nevi kadınlığa geçiş uygulaması olarak görüldüğünden, kız çocuklarının erken yaşta evlendirilmelerinin kapısını açan bir uygulamadır. Dolayısıyla yukarıda belirtilen gerekçelerle kız çocuklarının eğitim haklarının, çalışma haklarının, yeterli bir hayat seviyesine sahip olma haklarının, özgürlük ve güvenlik haklarının, özel hayata saygı hakkının ve yukarıda çocukların evlendirilmeleri ile ilgili kısım altında sayılan diğer tüm insan haklarının potansiyel ihlali niteliğindedir. Anılan bu uygulamalar ve kız çocuklarına yönelik kesişimsel ayrımcılığın sayılabilecek tüm örnekleri, bizzat insan onuruna aykırıdır. İnsan onuru ise insan haklarının özü ve temelidir. Dolayısıyla insan haklarının özüne ve temeline aykırı olan her durum tüm insan haklarına, insan hakları anlayışına aykırıdır.

⁴⁶ Unicef, "What is Female Genital Mutilation? 7 Questions Answered", 4 March 2019, <https://www.unicef.org/stories/what-you-need-know-about-female-genital-mutilation/E.T.08.08.2022>.

⁴⁷ Unicef, "What is Female Genital Mutilation? 7 Questions Answered".

Toplumsal cinsiyet eşitsizliği var oldukça, kız çocuklarına yönelik kesişimsel ayrımcılık uygulamaları da var olacaktır. Şüphesiz ki kız çocuklarına yönelik kesişimsel ayrımcılık örnekleri sadece yukarıda belirtilenlerden ibaret değildir. Yukarıda belirtilen örnekler, dünya çapında çok yaygın olarak uygulanan örnekler olduğu için seçilmiştir. Üzülerek belirtmek gerekir ki örneklerin sayısını artırmak mümkündür. Sorunun çözülmesi açısından atılması gereken en önemli adım, insan hakları eğitiminin yaygınlaştırılarak, daha etkin bir hale getirilmesidir. Bu noktada hem devletlere ve hem de uluslararası örgütlere önemli bir görev düşmektedir.

4. SONUÇ

Kız çocuklarına yönelik ayrımcılık, toplumsal cinsiyet kalıpları temelinde çoğunlukla yaş ve cinsiyet unsurlarının kesişmesi sebebiyle gerçekleşmektedir. Ayrımcı muameleler, kız çocuklarının yaşama hakkından, maddi ve manevi varlığının geliştirilmesi hakkına; eğitim hakkından, sağlık hakkına kadar pek çok insan hakkını ihlal etmektedir.

Kız çocukları gerek özel alanda (ev içinde) gerekse toplumsal/kamusal alanda sıklıkla ayrımcılığa maruz kalmaktadır. Oysaki çocuk bir toplumun geleceğidir. Sağlıklı bir gelecek için bugünden atılan adımlar önem arz etmektedir. Bir sorunun çözümü için öncelikle o sorunun kaynağı tespit edilmeli ve kurutulmalıdır. Aksi halde çözümlenemeyen sorunlar birikerek çığ gibi katlanarak artmaya devam edecektir. Bugün, dünya üzerinde kadına yönelik şiddet ve ayrımcılık sorunu vardır. Çünkü öncesinde kız çocuğu iken de ayrımcı muamelelerle karşılaşmıştır. Dolayısıyla kız çocuklarına yönelik toplumsal algının değişmesi beraberinde kadına yönelik algının da değişmesini sağlayacaktır. Çözüm insan hakları anlayışının geliştirilmesinde aranmalıdır. İnsan hakları anlayışı toplumun hafızasına sağlam bir şekilde yerleştirilmelidir. Bu da eğitimden geçmektedir. Yalnız kız çocuklarının değil erkek çocuklarının eğitiminde de kadınların ve kız çocuklarının insan olduğu ve insan olarak haklara sahip olduğu vurgusu yer almalıdır. Bu çok basit bir şeymiş gibi görünse de uygulamada böyle olmadığı ve pek çok toplumsal sorunun kaynağının bu algıda yattığı açıktır. Hatta geçmişte bazı bilim insanlarının bile kadının insan olup olmadığını araştırma konusu ettikleri düşünüldüğünde, halkın bu noktada

bilinçlendirilmesinin önemi açıktır. Her yaşta ve düzeyde insan hakları eğitimi, yargı ve güvenlik güçleri gibi toplumsal sorunlarla yüz yüze gelen kamu görevlilerinin, somut olaylara yaklaşımları açısından da belirleyici olabilecektir. Verilecek eğitimin de yalnızca formel bir eğitim olmanın ötesinde, konunun uzmanlarınca sunulan, etkin bir eğitim olması önemlidir.

Kaynakça

Kitaplar/Kitap Bölümleri

- Acar Feride, "CEDAW'dan İstanbul Sözleşmesi'ne: Kadınların İnsan Hakları ve Kadınlara Karşı Şiddete İlişkin Uluslararası Standartların Evrimi", Ed. Funda Kaya, Nadire Özdemir ve Gülriz Uygur, Kadınların ve Kız Çocuklarının İnsan Hakları: Kadına Yönelik Şiddet ve Ev-İçi Şiddet, Savaş Yayınevi, Ankara, 2014, ss. 61-75.
- Aristoteles, Nikomakhos'a Etik, Eski Yunancadan Çev. Furkan Akderin, 5. Baskı, Say Yayınları, İstanbul, 2022.
- De Beauvoir Simone, İkinci Cinsiyet, Cilt II, Fransızcadan Çev. Gülnur Acar Savran, 3. Baskı, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2021.
- Doğru Osman ve Nalbant Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 2. Cilt, Avrupa Konseyi Yayını, Ankara, 2013.
- Erhat Azra, Mitoloji Sözlüğü, 6. Basım, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1996.
- Hesiodos, Tanrıların Doğuşu İşler ve Günler, Çev. Furkan Akderin, Sosyal Yayınlar, İstanbul, 2010.
- Phaedrus, Ezop Masalları, Çev. Türkan Uzel, 2. Basım, Öteki Yayınevi, Ankara, 2000.
- Seneca, Troyalı Kadınlar (Troades), Latince'den Çev. Haydar Dönmez, T.C. Kültür Bakanlığı Yayınları/2146, Ankara, 1998.
- Şafak Uzun Aysenur Merve, Kesişimsellik Bağlamında Akademik Alanda Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliğinin Analizi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019.
- Uygur Gülriz ve Çağlar Gürgey İrem, Kadınların ve Kız Çocuklarının İnsan Hakları İhlali ve Bunun Bir Örneği Olarak Kadına Yönelik Şiddet, Ed. Funda Kaya, Nadire Özdemir ve Gülriz Uygur, Kadınların ve Kız Çocuklarının İnsan Hakları: Kadına Yönelik Şiddet ve Ev-İçi Şiddet, Savaş Yayınevi, Ankara, 2014, ss. 9-60.

Makaleler

- Acehan Selen, Bilen Ayşegül, Ay Mehmet Oğuzhan, Gülen Müge, Avcı Akkan ve İçme Ferhat, "Çocuk İstismarı ve İhmalinin Değerlendirilmesi", *Arşiv Kaynak Tarama Dergisi*, C. 22, S. 4, 2013, ss. 591-614.
- Akyüz Çiğdem, "Berdel Evliliği Üzerine Kalitatif Bir Araştırma Mardin Örneği", *Uluslararası Folklor Akademi Dergisi*, C. 1, S. 1, 2018, ss. 17-34.
- Can Yücel, "Kadına Yönelik Şiddetin Toplumsal Cinsiyet Temelleri: Niğde Örneği", *Zeitschrift für die Welt der Türken*, C. 5, S. 1, 2013, ss. 203-216.

- Cossette-Lefebvre Hugo, "Direct and Indirect Discrimination: A Defense of the Disparate Impact Model", *Public Affairs Quarterly*, Vol. 34, No. 4, October 2020, ss. 340-367.
- Crenshaw Kimberlé, "Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics and Violence Against Women of Color", *Stanford Law Review*, Vol. 43, No. 6, Jul. 1991, ss. 1241-1299.
- Erdiller Yatmaz Zeynep Berna, Erdemir Ersoy ve Erbil Fetiye, "Çocuk ve Çocukluk: Okul Öncesi Öğretmen Adayları Anlatıyor", *Eğitimde Nitel Araştırmalar Dergisi*, C. 6, S. 3, 2018, ss. 284-312.
- Ezmeçi Fulya, Çoban Söylemez Esra Tuğba, Akgül Esra ve Akman Berrin, "Çocukların Yer Aldığı Reklamların Çocuklara ve Yetişkinlere Verilen Mesajlar, Roller ve Cinsiyete Yönelik Ayrımcılık Unsurları Açısından İncelenmesi", *Galatasaray Üniversitesi İletişim Dergisi*, S. 26, 2017, ss. 247-279.
- Gülmez Mesut, "İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler", *Çalışma ve Toplum*, S. 2, 2010, ss. 217-266.
- İpek Nurcan, "Arkaik ve Klasik Dönem Roma Ailesinde Çocuk ve Yeni Doğan Bebeğin Terk Edilmesi Meselesi", *MÜHF-HAD*, C. 23, S. 2, Aralık 2017, ss. 295-360.
- Karadoğan Umur C., "Çocuk ve Çocukluk Kavramının Tarihsel Süreçte Değerlendirilmesi", *Çocuk ve Medeniyet*, C. 4, S. 7, 2019, ss. 195-226.
- Moreau Sophia, "What is Discrimination", *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 38, No: 2, Spring 2010, ss.143-179.
- Özaydınlık Kevser, "Toplumsal Cinsiyet Temelinde Türkiye'de Kadın ve Eğitim" *Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi*, C. 0, S. 33, Temmuz 2014, ss. 93-112.
- Pelendecioğlu Betül ve Bulut Sefa, "Çocuğa Yönelik Aile İçi Fiziksel İstismar", *Abant İzzet Baysal Üniversitesi Dergisi*, C. 9, S. 1, Haziran 2009, ss. 49-62.
- Sağlam Mehmet ve Aral Neriman, "Tarihsel Süreç İçerisinde Çocuk ve Çocukluk Kavramları", *Çocuk ve Medeniyet*, C. 1, S. 2, 2016, ss. 43-56.
- Tezel Ayfer, "Çocuğa Yönelik Şiddet", *Atatürk Üniversitesi Hemşirelik Yüksekokulu Dergisi*, C. 5, S. 1, 2002, ss. 93-100.

İnternet Kaynakları

- AIHM, "Dhahbi v. Italy", Başvuru No: 17120/09, Karar Tarihi: 08.04.2014,

- [https:// www.intersectionaljustice.org/img/intersectionality-report-FINAL_yizq4j.pdf](https://www.intersectionaljustice.org/img/intersectionality-report-FINAL_yizq4j.pdf)/E.T. 25. 07.2022.
- Council of Europe, "Intersectionality and Multiple Discrimination", <https://www.coe.int/en/web/gender-matters/intersectionality-and-multiple-discrimination/> E.T. 25.07.2022.
- European Institute for Gender Equality, "Intersectional Discrimination", <https://eige.europa.eu/thesaurus/terms/1492/>E.T. 25.07.2022.
- Ontario Human Rights Commission, "An Introduction to the Intersectional Approach", [https:// www.ohrc.on.ca/en/intersectional-approach-discrimination-addressing-multiple-grounds-human-rights-claims/introduction-intersectional-approach#:~:text=The%20concept%20of%20'intersectionality'%20has,takes%20into%20account%20the%20historical%20](https://www.ohrc.on.ca/en/intersectional-approach-discrimination-addressing-multiple-grounds-human-rights-claims/introduction-intersectional-approach#:~:text=The%20concept%20of%20'intersectionality'%20has,takes%20into%20account%20the%20historical%20) /E.T. 25.07.2022).
- Unicef, "Child Marriage", <https://www.unicef.org/protection/child-marriage/>E.T. 06.08.2022.
- Unicef, "What is Female Genital Mutilation? 7 Questions Answered", 4 March 2019, <https://www.unicef.org/stories/what-you-need-know-about-female-genital-mutilation/> E.T. 08.08.2022.
- United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, "Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women", 18 December 1979, <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women/>E.T. 02.07.2022.
- United Nations Women, "Intersectional Feminism: What It Means and Why It Matters Right Now", 1 July 2020, <https://www.unwomen.org/en/news/stories/2020/6/explainer-intersectional-feminism-what-it-means-and-why-it-matters/>E.T. 25.07.2022).
- WHO, "Female Genital Mutilation", 21 January 2022, <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation/>E.T. 08.08.2022.
- WHO, "Global Status Report on Preventing Violence Against Children 2020", 2020, [file:///C:/Users/user/Downloads/9789240004191-eng%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/user/Downloads/9789240004191-eng%20(4).pdf)/E.T. 26.07.2022, ss. 1-352.
- WHO, "Responding to Children and Adolescents Who Have Been Sexually Abused", 2017, <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/259270/9789241550147-eng.pdf>/E.T. 26.07. 2022, ss. 1-86.
- WHO, "Violence Against Children", https://www.who.int/health-topics/violence-against-children#tab=tab_1/E.T. 26.07.2022.

KAMU GÖREVLİSİNİN SUÇU BİLDİRMEMESİ SUÇU KAPSAMINDA UZLAŞTIRMACININ CEZAI SORUMLULUĞU

CRIMINAL RESPONSIBILITY OF THE CONCILIATOR UNDER THE
CRIME OF FAILURE BY A PUBLIC OFFICER TO REPORT THE CRIME

Ezgi AYGÜN EŞİTLİ*

Özet: Ceza muhakemesinde, işlendiği iddia olunan suçta uzlaştırmacı olarak görevlendirilen kişi, yerine getirdiği adli hizmetin bir gereği olarak görevini yerine getirirken kamu görevlisi kabul edilir. Dolayısıyla Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 279. maddesindeki "kamu görevlisinin suçu bildirmemesi" suçunu işleyebilir. Ancak uzlaştırma sürecinin gizli olması ve uzlaştırmacının sır saklama yükümlülüğünü haiz olması, konunun, uzlaştırma kurumunun kendine özgü yapısı kapsamında irdelenmesini gerekli kılmıştır.

Çalışmada Türk ceza muhakemesinde uzlaştırma kurumunun esasları kapsamında uzlaştırmacının suçu bildirim yükümlülüğü ile TCK'nın 279. maddesindeki suçun unsurları irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Uzlaştırma, Uzlaştırmacı, Sır Saklama Yükümlülüğü, Gizlilik, Kamu Görevlisinin Suçu Bildirmemesi

Abstract: The person designee as a conciliator in the crime allegedly committed in the criminal procedure shall be considered a public officer while performing his duty as a requirement of the judicial service he performs. Therefore, conciliator can commit the crime of "Failure by a Public Officer to Report the Crime" in Article 279 of the Turkish Criminal Code (TCC).

However, the fact that the conciliation process is confidential and the conciliator has the obligation to keep secrets made it necessary to examine the issue within the scope of the specific structure of the conciliation institution.

In this study, within the scope of the principles of the conciliation institution in Turkish criminal procedure, the obligation of the conciliator to report the crime and the elements of the crime in Article 279 of the TCC were examined.

Keywords: Conciliation, Conciliator, Obligation to Keep Secrets, Confidentiality, Failure by a Public Officer to Report the Crime

* Doç. Dr., Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, aygun.ezgi@gmail.com, ORCID: 0000-0002-5413-2485, Makalenin Gönderim Tarihi: 25.01.2023, Kabul Tarihi: 10.02.2023

I. Giriş

TCK'nın, ikinci kitabının, Millete ve Devlete Karşı Suçları düzenleyen dördüncü kısmında, "Adliyeye Karşı Suçlar" başlıklı ikinci bölüm başlığı altında, kamu görevlisinin, suçu bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesini suç sayan "Kamu Görevlisinin Suçu Bildirmemesi" başlıklı 279/1. maddesi gereği; "Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır".

Suçun faili, görevini yerine getirirken bir suça ilişkin bulguya vakıf olan kamu görevlisidir. Bu açıdan kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçu, özgü suç niteliği göstermektedir.

TCK'nın 6/1-c maddesi gereği "kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi" anlaşılır.

Kamusal faaliyetin yürütülmesine katılan uzlaştırıcı, görevinin yerine getirirken TCK kapsamında kamu görevlisi kabul edilir.

Ceza muhakemesinde uzlaştırmaya tabi suçlarda taraflar arasındaki iletişimi kolaylaştırmak ve müzakereleri yürütmek üzere görevlendirilen uzlaştırıcı, kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini uzlaştırma görevi ile bağlantılı olarak öğrenir de durumu yetkili makamlara bildirmez ya da bu hususta gecikme gösterirse cezai sorumluluğu doğacaktır.

II. Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Alternatif Çözüm Yöntemi

"Uzlaştırma";¹ uzlaştırma kapsamına giren bir suç nedeniyle şüp-

¹ Uzlaştırma kurumuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz., Olgun Değirmenci, Onarıcı Adalet Uygulaması Olarak Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma, 2. Baskı, Ankara 2021; Yunus Emre Bakar, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Uzlaştırma, Ankara 2022; Nezihe Balcı Demirel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, Ankara 2022; Hazal Ertemür, Ceza Muhakemesi Hukukunda Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Uzlaştırma, Ankara 2021; Hülya Tan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, Ankara 2020; Mustafa Aydın Aşık, 6763 ve 7188 sayılı Yasa Değişiklikleri ile Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, Ankara 2020; Uğur Aşkın/Veyssel Topuz/Burak Bilge, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, 2. Baskı, Ankara 2020; Ebubekir Yıldırım, Türk Hukuk Sisteminde Uzlaştırma Kurumu, Ankara

heli veya sanık ile mağdur, suçtan zarar gören veya kanuni temsilcisinin, Kanun ve ilgili Yönetmelikteki usul ve esaslara uygun olarak tarafsız ve bağımsız bir uzlaştırmacının kolaylaştırıcılığında, isnat konusu suça ilişkin olarak yürüttükleri iradi sürece verilen addır.²

Dolayısıyla uzlaştırma, devletin adli nitelik gösteren bir kamusal hizmeti olması dolayısıyla kamusal bir faaliyet kabul edilir.

Uzlaştırma alternatif çözüm yöntemi; esasları Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 253 vd. maddelerinde ve Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği'nde (Yönetmelik) düzenlenmiş olan, bir yandan muhakemenin yürüyüşüne diğer taraftan da uzlaşmanın sağlanması durumunda devletin cezalandırma hakkı ortadan kalktığından maddi ceza hukukuna etki eden yapısından ötürü karma nitelikte bir hukuki kurumdur.³

Uzlaştırmaya tabi suçlarda uzlaştırma girişiminde bulunulmaksızın iddianame hazırlanması bir iade sebebidir.⁴

Soruşturma konusu suçun uzlaşmaya tâbi olması ve kamu davası açılması için yeterli şüphenin bulunması hâlinde, dosya uzlaştırma bürosuna gönderilir. Büro tarafından görevlendirilen uzlaştırmacı, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifinde bulunur.⁵

2020; Berrin Akbulut/Murat Aksan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, 2. Baskı, Ankara 2019; Mustafa Ruhan Erdem/Ferda Eser/Pakize Pelin Özşahinli, 100 Soruda Uzlaştırma, Uzlaştırmacının El Kitabı, 3. Baskı, Ankara 2017.

² "Uzlaştırma" kurumunun tanımı için ayrıca bkz., Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği (Yönetmelik), m. 4/1-k.

³ "5271 sayılı CMK'nın 253 ve 254. maddelerinde düzenlenen uzlaşma, sadece sanığa değil aynı zamanda ve öncelikle, mağdurun zedelenen hukukunun düzeltilmesine hizmet amacı gütmesi ve biçimi itibariyle bir ceza yargılaması müessesesi olsa da, fail ile devlet ilişkisini sona erdirmesi bakımından maddi ceza hukukunu da ilgilendirmesi nedeniyle karma bir hukuki niteliğe haiz olduğundan, uzlaşma hükümlerinin yalnızca yürürlüğe girdikleri sıradaki işlem ve olaylar bakımından değil, TCK'nın 7/2. maddesi gözetilerek, sanık lehine olması hâlinde kesinleşmiş, infaz edilmekte ve hatta infaz edilmiş hükümlere de uygulanabileceği..." (Yargıtay 11. CD, E. 2021/35054, K. 2021/11053, T. 29.11.2021, <https://lib.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 22.10.2022).

⁴ CMK, m. 174/1-c uyarınca; "ön ödemeye veya uzlaştırmaya ya da seri muhakeme usulüne tâbi olduğu soruşturma dosyasından açıkça anlaşılabilir işlerde ön ödeme veya uzlaştırma ya da seri muhakeme usulü uygulanmaksızın düzenlenen, ...iddianamenin Cumhuriyet Başsavcılığına iadesine karar verilir".

⁵ CMK, m. 253/4.

Uzlaştırma müzakereleri sonunda uzlaştırmacı, bir rapor hazırlayarak kendisine verilen belge örnekleriyle birlikte uzlaştırma bürosuna verir. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde, tarafların imzalarını da içeren raporda, ne suretle uzlaşıldığı ayrıntılı olarak açıklanır. Uzlaştırma bürosu soruşturma dosyasını, raporu ve varsa yazılı anlaşmayı Cumhuriyet savcısına gönderir.⁶

Her Cumhuriyet başsavcılığı bünyesinde uzlaştırma bürosu kurulur ve yeteri kadar Cumhuriyet savcısı ile personel görevlendirilir. Uzlaştırmacılar, avukatların veya hukuk öğrenimi görmüş kişilerin yer aldığı, Adalet Bakanlığı tarafından belirlenen uzlaştırmacı listelerinden görevlendirilir. Uzlaştırma süreci sonunda soruşturma dosyaları, uzlaştırma bürosunda görevli Cumhuriyet savcıları tarafından sonuçlandırılır.⁷

Soruşturma evresinde uzlaşma sonucunda şüphelinin edimini def'aten yerine getirmesi hâlinde, hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, taksidde bağlanması veya süreklilik arz etmesi hâlinde, şüpheli hakkında kanuni şartları aranmaksızın kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir. Erteleme süresince zamanaşımı işlemez. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararından sonra, uzlaşmanın gerekleri yerine getirilirse kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilir aksi takdirde kamu davası açılır. Uzlaşmanın sağlanması hâlinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır. Şüphelinin/sanığın edimini yerine getirmemesi hâlinde uzlaşma raporu veya belgesi, ilam mahiyetini haiz belgelerden sayılır. İlamlı icraya konulabilir. Ayrıca soruşturma evresinde uzlaşma sağlanamazsa veya uzlaşmanın gerekleri yerine getirilmezse kamu davası açılır.⁸

Suçun uzlaştırmaya tabi olduğunun ilk kez kovuşturma evresinde anlaşılması hâlinde kovuşturma evresinde de uzlaştırma söz konusu olabilir. Böyle bir durumda kovuşturma dosyasının uzlaştırma işlemlerinin gereğinin yerine getirilebilmesi için uzlaştırma bürosuna gönderilmesi gerekir. Kovuşturma evresinde mahkeme, uzlaşma so-

⁶ CMK, m. 253/15.

⁷ CMK, m. 253/25.

⁸ CMK, m. 253/19.

nucunda sanığın edimini def'aten yerine getirmesi hâlinde, davanın düşmesine karar verirken, edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arz etmesi hâlinde; sanık hakkında, şartları aranmaksızın hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermekte ve uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmesi hâlinde de hükmü açıklamaktadır.⁹

Taraflar uzlaştırma sonunda belli bir edimin yerine getirilmesi hususunda anlaşmaya vardıkları takdirde kararlaştırılan edimin hukuka ve ahlaka uygun bir edim olması gerekir.¹⁰

Taraflar uzlaştırma süreci sonunda edimsiz olarak da uzlaşabilirler. Ancak gerek edimli gerek edimsiz uzlaşma halinde kural olarak mağdur hukuk davası açamaz, açılmış bir dava varsa feragat etmiş sayılır.

III. Uzlaştırma Sürecinde Gizlilik İlkesi ve Uzlaştırmacının Sır Saklama Yükümlülüğü

Uzlaştırma müzakereleri gizli olarak yürütülür. Uzlaştırmacı müzakerelerin gizliliğini korumakla ve bu kapsamda öğrendiği bilgileri sır olarak saklamakla yükümlüdür.

CMK'nın 253/11,¹¹ 13,¹² 20¹³ ve Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma

⁹ CMK, m. 254/2.

¹⁰ Uzlaştırma Yönetmeliği, m. 33 uyarınca bu edimlere; "a) Fiilden kaynaklanan maddî veya manevî zararın tamamen ya da kısmen tazmin edilmesi veya eski hâle getirilmesi,

b) Mağdurun veya suçtan zarar görenin haklarına halef olan üçüncü kişi ya da kişilerin maddî veya manevî zararlarının tamamen ya da kısmen tazmin edilmesi veya eski hâle getirilmesi,

c) Bir kamu kurumu veya kamu yararına hizmet veren özel bir kuruluş ile yardıma muhtaç kişi ya da kişilere bağış yapmak gibi edimlerde bulunulması,

ç) Mağdur, suçtan zarar gören, bunların gösterecekleri üçüncü şahıs veya bir kamu kurumu ya da kamu yararına hizmet veren özel bir kuruluşun belirli hizmetlerinin geçici süreyle yerine getirilmesi,

d) Toplumla faydalı birey olmayı sağlayacak bir programa katılımın sağlanması,

e) Mağdurdan veya suçtan zarar görenden özür dilenmesi", örnek olarak verilebilir.

¹¹ CMK'nın 253/11. maddesi gereği; "uzlaştırma bürosu uzlaştırmacıya, soruşturmanın gizliliği ilkesine uygun davranmakla yükümlü olduğunu hatırlatır".

¹² CMK'nın 253/13. maddesi gereği; "uzlaştırma müzakereleri gizli olarak yürütülür".

¹³ CMK'nın 253/20. maddesi gereği; "uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan açıklamalar, herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılamaz".

Yönetmeliği'nin 5/7,¹⁴ 16,¹⁵ 18/2,¹⁶ 32.¹⁷ maddeleri uzlaştırma müzakerelerinin gizliliğini ve uzlaştırmanın sır saklama yükümlülüğünü düzenlemektedir.

Sır, sözlükte, "varlığı veya bazı yönleri açığa vurulmak istenmeyen, gizli kalan, gizli tutulan şey" anlamına gelmektedir.¹⁸ TCK'nın 253/20. maddesi, uzlaştırma sürecinde yapılan açıklamaların herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılmayacağını belirterek, sırrın kapsamını uzlaştırma müzakerelerindeki tüm açıklamaları içine alacak şekilde genişletmiştir. Her ne kadar Yönetmelik'in 32/3. maddesi uzlaştırma müzakereleri yerine uzlaştırma süreci tabirini kullanmışsa da hem yönetmeliğin madde başlığının "uzlaştırma müzakerelerinin gizliliği" olması hem de yönetmeliğin kanuna uygun olması gerekliliği göz önünde bulundurulduğunda, uzlaştırma sürecini, uzlaştırma müzakeresi süreci olarak yorumlamak doğru olacaktır.

¹⁴ Yönetmeliğin 5/7. maddesi gereği; "uzlaştırıcı görevi sebebiyle kendisine verilen bilgi ve belgelerin gizliliğini korur. Taraflardan birinin verdiği gizli bilgi ve belgeleri verenin iznini almadan veya kanunen zorunlu olmadıkça diğer tarafa açıklayamaz. Gizliliği koruma yükümlülüğü uzlaştırıcının görevi sona erdikten sonra da devam eder".

¹⁵ Yönetmeliğin 16. maddesi gereği; "(1) Soruşturma dosyasında yer alan uzlaştırma konusu suç ya da suçlara ilişkin belgelerden uzlaştırma için gerekli olup da Cumhuriyet savcısı tarafından uygun görülenlerin birer örneği büro personeli tarafından uzlaştırıcıya verilir.

(2) Hangi belgelerin verildiği, verilme tarihi ile soruşturmanın gizliliği konusundaki bildirim, büro personelinin ve uzlaştırıcının imzasını içeren bir tutanakla tespit edilir".

¹⁶ Yönetmeliğin 18/2. maddesi gereği; "uzlaşmanın gerçekleşmesi hâlinde, tarafların imzalarını da içeren raporda, ne suretle uzlaşıldığı ayrıntılı biçimde açıklanır. Ancak uzlaştırma müzakereleri sırasında suçun işlenmesine ilişkin olarak yapılan açıklamalara raporda yer verilmez".

¹⁷ Yönetmeliğin "Uzlaştırma müzakerelerinin gizliliği" başlıklı 32. maddesi gereği; "(1) Uzlaştırma müzakereleri gizli olarak yürütülür. Uzlaştırıcı, uzlaştırma sürecinde yapılan açıklamaları, kendisine aktarılan veya diğer bir şekilde öğrendiği olguları gizli tutmakla yükümlüdür.

(2) Aksi kararlaştırılmamışsa, taraflar, müdafiler ve vekiller de birinci fıkrada belirtilen gizlilik kuralına uymakla yükümlüdür.

(3) Uzlaştırma sürecinde yapılan açıklamalar herhangi bir soruşturma, kovuşturma ya da davada delil olarak kullanılamaz. Müzakerelere katılanlar bu bilgilere ilişkin olarak tanık olarak dinlenemez.

(4) Daha önce mevcut olan bir belge veya olgunun, uzlaştırma müzakereleri sırasında ileri sürülmüş olması, bunların soruşturma ve kovuşturma sürecinde ya da bir davada delil olarak kullanılmasına engel teşkil etmez".

¹⁸ <https://sozluk.gov.tr>, erişim tarihi: 18.01.2023.

Yönetmelik ve Kanun'un bahsi geçen hükümleri arasındaki bir diğer fark da Yönetmelikte müzakerelere katılanların, bu kapsamda uzlaştırmacının, bu bilgilere ilişkin olarak tanık olarak dinlenemeyeceği ifade edilirken ne CMK'nın 253. ne de meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinebilecek kişileri düzenleyen 46. maddesinde bu hususa ilişkin herhangi bir norma yer verilmemiş olmasıdır. Ancak kanaatimizce müzakereler sırasında yapılan açıklamaların uzlaştırmaya tabi suça ilişkin olsun ya da olmasın, herhangi bir soruşturma, kovuşturma ya da davada delil olarak kullanılamaması, tanıklığın da bir beyan delili olduğu ve uzlaştırmacının tanıklık konusu bilgiyi müzakerelerde öğrendiği göz önünde bulundurulduğunda, geniş anlamda içeriği itibariyle müzakereler sırasında yapılan açıklama kabul edilmeli ve delil olarak kullanılamayacağı hükmü kapsamında tanıklığa engel olmalıdır. Aksi yönde bir kabul müzakerelerdeki açıklamanın kullanılamamasına karşın bu açıklamaya vakıf olan kişinin açıklamasını hukuka uygun kabul etmek anlamına gelir ki bu kabul edilemez. Çünkü sonuçta açıklanan bilgi müzakeredeki açıklama olacaktır. Aksi yönde bir kabul Kanun'un dolanılması anlamına gelecek, bu yolla, uzlaştırma müzakerelerindeki açıklamalar değil ancak uzlaştırma müzakerelerindeki açıklamaları öğrenen tanığın bu açıklamalara yönelik açıklamaları delil olarak kullanılacak, neticede suça ilişkin açıklamalara delil niteliği kazandırılacaktır. Dolayısıyla ilgili maddenin açıklamalara ilişkin tanıklığı da içine alacak şekilde geniş yorumlanması gerekir. Zira Ceza muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği'nin 32/3. maddesinde; "Uzlaştırma sürecinde yapılan açıklamalar herhangi bir soruşturma, kovuşturma ya da davada delil olarak kullanılamaz. Müzakerelere katılanlar bu bilgilere ilişkin olarak tanık olarak dinlenemez" hükmü getirilmiştir. O halde Yönetmeliğin kanuna aykırı olmadığı, ama Kanun'un ilgili hükmünü açıklığa kavuşturduğu kabul edilmelidir.

Sonuç itibariyle uzlaştırmacının müzakereler sırasında yapılan açıklamalara ilişkin tanık olarak dinlenmesi talebi, CMK'nın 206/2-a maddesi gereği reddedilmeli, reddedilmemesi halinde ise Kanun'un 217/2. maddesi gereği değerlendirilmemeli ve hükme esas alınmamalıdır. Zira bu delil, kanuni usullerle elde edilmediğinden hukuka aykırı bir delil niteliğinde olacaktır. Bu hukuka aykırı delile dayanılarak elde edilen diğer deliller de aralarındaki nedensel bağ dolayısıyla hukuka aykırı kabul edilir. Anayasa'nın 38/6. maddesi, kanuna aykırı

olarak elde edilmiş bulguların, delil olarak kabul edilemeyeceği hükmünü amirdir. CMK'nın 289/1-i maddesi gereği hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması kanun yolunda hukuka kesin aykırılık hali teşkil edecektir.

Öte yandan her ne kadar CMK'nın 253/20 ve Yönetmeliğin 32/3. maddelerinde uzlaştırma müzakerelerinde yapılan "açıklamaların" delil olarak kullanılmayacağı ifade edilmekte ve bu kapsamda müzakerelerden hasıl olan belgelerin herhangi bir soruşturma, kovuşturma ya da davada delil olarak kullanılmayacağına yönelik bir ibareye yer verilmemekte ise de açıklamanın kullanılmayacağı ancak açıklama nedeniyle oluşturulan belgenin kullanılabilmesini söylemek mümkün değildir. Böyle bir durumda söz konusu belge delil olarak kullanılması mümkün olmayan açıklamaya dayandığı içindir ki zincir işlem niteliği gösterdiğinden hukuka aykırı kabul edilmesi gerekir. O halde kanaatimizce kanun koyucunun adı geçen maddelerde sadece açıklamalardan bahsetmesinin nedeni, açıklamalardan hasıl olan belgeleri gizlilik ilkesinin kapsamı dışında bırakmak değil, uzlaştırma müzakerelerinde de kullanılmakla birlikte müzakerelerden hasıl olmayan belge delillerinin o ya da başka bir soruşturma, kovuşturma veya davada delil olarak kullanılabilmesine imkân tanımaktır.

Uzlaştırma sürecinde gizlilik ilkesi hem iç ilişkide hem de dış ilişkide gizlilik ilkesini bünyesinde barındırır. Dolayısıyla ne uzlaştırma sürecinin taraflarından birinin uzlaştırıcı ile yaptığı müzakereler esnasında sarfettiği bir açıklama, uzlaştırma sürecinin diğer taraf ya da taraflarına açıklamayı yapanın rızası olmaksızın açıklanabilir ne de tarafların birlikte katıldığı müzakerelerde yapılan açıklamalar, uzlaştırmanın tarafı olmayan kişi ve kurumlara bu kişilerin rızası hilafına açıklanabilir. Gizliliği koruma yükümlülüğü uzlaştırıcının görevi sona erdikten sonra da devam eder.¹⁹ Ancak kanunen açıklanması zorunlu olan hallerde rıza aranmayacaktır.²⁰ Kanun hükmünün yerine getirilmesi kapsamında TCK'nın 279. maddesi gereği kamu görevlisinin suçu bildirmemesi yükümlülüğünün doğduğu haller, gizliliğin ve bu kapsamda sır saklama yükümlülüğünün ihlali kabul edilmeyecektir.²¹

¹⁹ TCK, m. 24/1; Yönetmelik, m. 5/7.

²⁰ Yönetmelik, m. 5/7.

²¹ Erdem/Eser/Özşahinli, s. 37.

Kaldı ki gizlilik, uzlaştırma süreci olmasaydı var olmayacak, uzlaştırma sürecinden hasil olmuş açıklama ve bu kapsamda elde edilen bilgi ve belgelere ilişkindir. Daha önce mevcut olan bir belge veya olgunun, uzlaştırma müzakereleri sırasında ileri sürülmüş olması, bunların soruşturma ve kovuşturma sürecinde ya da bir davada delil olarak kullanılmasına engel teşkil etmez.²² Bu kapsamda uzlaştırma sürecinde işlendiği öğrenilen diğer bir suçun, uzlaştırma müzakerelerinden hasil olmayan daha önceki bir olgu olarak kabulü mümkündür.

Öte yandan gerek uzlaştırma müzakerelerinde işlendiği öğrenilen gerek müzakereler esnasında işlenen bir suç olsun, uzlaştırmacının görevlendirildiği suçtan başka bir suçun işlendiğine yönelik bilgisinin sır kapsamında kabul edilemeyeceği kanaatindeyiz.

Uzlaştırmacının her ne kadar sır saklama yükümlülüğü olsa da TCK'nın "konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur"²³ ve CMK'nın "bir suç olgusuna ilişkin bilgiler, Devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz"²⁴ ile yine kamu görevlisi olan gizli soruşturmacı bakımından "soruşturmacı, görevini yerine getirirken suç işleyemez"²⁵ hükümleri suçu bildirim yükümlülüğü ile birlikte değerlendirildiğinde, kanunun amacının, kamu görevlisine suçu sır olarak saklamak ya da suç işlemek yetkisini vermek olmadığı açıkça görülmektedir.

Uzlaştırma müzakerelerinde işlendiğini öğrendiği suçta dahi sır saklama yükümlülüğü olmayan uzlaştırmacının müzakereler dışında ancak uzlaştırma göreviyle bağlantılı olarak bir suçun işlendiğini öğrenmesi halinde sır saklama yükümlülüğünün olduğu söylenemeyecektir.

Görevin adli nitelik taşıyan bir kamusal görev olması ve görevi yerine getirenlerin sır saklama yükümlülüğünü haiz olmaları bakımından benzerlik taşıyan avukatlık mesleği ile uzlaştırma faaliyeti karşılaştırılmalı olarak incelendiğinde, söz konusu benzerliğe rağmen savunma makamının gerekleri dolayısıyla avukatlar açısından Anayasa'nın 38.

²² Yönetmelik, 32/4.

²³ TCK, m. 24.

²⁴ CMK, m. 47/1.

²⁵ CMK, m. 139/5.

maddesi, vekâlet ilişkisinin doğurduğu temsil yetkisi ile birlikte göz önünde bulundurulmalıdır. Avukatların, müvekkillerinin işledikleri herhangi bir soruşturmaya konu edilmemiş başka suçlarını ve bu görev nedeniyle öğrendikleri diğer suçları bildirim yükümlülüklerinin olmadığı söylenebilir. Ancak kanaatimizce avukatların müvekkillerinin işledikleri suçu bildirim yükümlülüğünü haiz olmaması, temelde, Anayasa'nın 36. maddesindeki savunma hakkının gereklerinden ve tarafı temsilen savunma mesleğini yerine getiren avukatın Anayasa'nın 38. maddesi gereği müvekkilini suçlayıcı bir beyanda bulunmaya zorlanamamasından kaynaklanmaktadır.²⁶

Ancak uzlaştırmacı görevini yerine getirirken tarafsız olan bir kamu görevlisi olduğu içindir ki avukatlar bakımından geçerli olan bu kabulün uzlaştırmacılar için de geçerli olduğunu ve bir kamu görevlisi olan uzlaştırmacının suçu bildirim yükümlülüğü olmadığını söylemek mümkün değildir. Dolayısıyla avukatlık mesleği ile uzlaştırma faaliyetini her ikisi de kamusal nitelik taşımakla birlikte biri soruşturma ve kovuşturma evresinde savunma görevini yerine getiren ve müvekkilinin kabul ettiğiinden daha aleyhe bir savunma yapması mümkün olmayan taraf, diğeri ise bir alternatif çözüm sürecinde iletişimi kolaylaştırma ve süreci yönetme görevini yerine getiren tarafsız kişi olduğundan birbirine karıştırmamak gerekir.

Kamu görevlisinin bir suçun soruşturma ya da kovuşturma evresinde görevinin bulunması ve kanunen sır saklama yükümlülüğünü haiz olması durumunda görevlendirildiği o suça ilişkin olarak sır saklama yükümlülüğü devam etmektedir. Zaten görev konusu olan suç halihazırda soruşturma konusu edildiği için kamu görevlisinin suçu bildirim yükümlülüğü de doğmamaktadır.

²⁶ Yargıtay, avukatlar bakımından konuyu sır saklama yükümlülüğü ve adil yargılanma hakkı kapsamında ele aldığı bir kararında "Sanığın özgür iradesiyle seçeceği bir avukatın yardımıyla yararlanmasını öngören Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/3-c, Anayasamızın iddia, savunma ve adil yargılanma hakkını öngören 36, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun dürüstlük ve güven ilkelerini öngören 34. ve avukatın sır saklama yükümlülüğünü düzenleyen 36. maddelerindeki düzenlemeler dikkate alındığında sanık avukatın, hakkında yakalama kararı bulunan vekil edenin yerini adli mercilere bildirmemesi sır saklama yükümlülüğü ile bağlantılı olarak TCK'nın 24/1. maddesi anlamında kanunun hükmünü (görevini) yerine getirme hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmelidir" yönünde görüş bildirmiştir (Yargıtay 4. CD, E. 2009/19013, K. 2011/2017, T. 14.11.2011, <https://lib.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 11.01.2023).

Ancak kural olarak kamu görevlisinin, görevini yerine getirirken öğrendiği başka suçların işlendiğini bir sır olarak saklamak yükümlülüğünün bulunduğu söylenemez. Aksi bir kabul suçların takibindeki kamusal yarara zarar vereceği gibi kamu görevlisinin bazı durumlarda suçun işlendiğini gizlemek gibi bir hakkı hatta bir yükümlülüğü olduğu anlamına gelecektir ki kamusal yarara aykırı olan böyle bir yetkinin kamu görevlisine verildiğini kabul etmek kamu görevlisinin görevinin kamusal niteliğiyle de çelişecektir. Hiçbir kamu görevlisine suç işlemek yetkisi verilemez.

O halde yukarıda ifade olunan sınırlar dahilinde kanaatimizce suç, sır kapsamında kabul edilemez. Zira sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçunu düzenleyen TCK'nın 280. maddesi²⁷ de bu çıkarımı doğrulayacak şekilde sır saklama yükümlülüğünü haiz olan sağlık mesleği mensubuna kamu görevlisi olmasa dahi suçu bildirim yükümlülüğü yüklemekte ve sır saklama yükümlülüğünün kapsamını görev esnasında öğrenilen ve suç teşkil etmeyen hasta ve hasta yakınlarına ilişkin bilgilerle sınırlandırmaktadır.

Uzlaştırmacı için de benzeri bir çıkarımda bulunmak mümkündür. Uzlaştırmacı görevine ilişkin olarak öğrendiği yani uzlaştırma görevi olmasaydı öğrenemeyeceği, görevlendirildiği konudan başka bir suçun işlendiğine ilişkin bilgiyi edindiğinde ya da görevini yerine getirdiği esnada yeni bir suç işlendiğinde yetkili makama ihbarla yükümlüdür. Aksi bir davranış kamu görevlisinin suçu bildirmeme suçu kapsamında değerlendirilecektir. Burada uzlaştırmacı sır saklama yükümlülüğünü sahip bulunduğunu ileri süremez. Zira suç sırrın sınırıdır, sır kapsamında kabul edilemez. Kanun koyucu adı geçen suçla kamu düzenini bozan suçların takipsiz kalmasına engel olmayı amaçlamış ve kamu düzenine hizmet eden kamu görevlisine görevini yaptığı sırada vakıf olduğu suçlara ilişkin olarak pozitif bir ihbar yükümlülüğü yüklemiştir.

Hatta 15 Eylül 1999 tarihli Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Ceza İşlerinde Arabuluculuk Konulu R (99) 19 Sayılı

²⁷ TCK'nın 280/1. maddesi gereği; "görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır".

Tavsiye Kararı'nın V.3-30. maddesi, gizlilik prensibine rağmen uzlaştırmacının, işlemler sırasında ortaya çıkan işlenmesi yakın ciddi suçlar hakkında uygun olan makamlara veya ilgili kişilere bilgi vermesi gerektiğini ifade ederek, henüz işlenmemiş olan suçlarda dahi ciddi ve yakın bir tehlikenin söz konusu olması durumunda suçun önlenmesini teminen uzlaştırmacının durumu yetkili mercilere bildirimini gizlilik ilkesinin ve bu kapsamda sır saklama yükümlülüğünün ihlali olmayacağını belirtmiştir.²⁸

Uzlaştırmacının sır saklama yükümlülüğü görevlendirildiği suça ilişkin olarak vakıf olduğu başka bir suça vücut vermeyen ve uzlaştırma müzakerelerinden hasıl olan bilgilerle sınırlıdır. Uzlaştırmacı bu bilgilere ilişkin olarak tanıklık yapmaktan da çekinebilir.

Uzlaştırmacının uzlaştırma konusu suça yönelik olarak öğrendiği bilgiler, bu suç zaten yetkili merci tarafından takibi yapılan bir suç olduğu için TCK'nın 279. maddesi kapsamında bildirim yükümlülüğü doğurmayacaktır. Hatta bu halde uzlaştırmacı öğrendiği bilgilerle suçun hukuki niteliğinin değiştiğini dahi düşünse, görevlendirildiği suçta esasa yönelik bir hukuki değerlendirme yapmak görev ve yetkisi olmadığından aynı fiile ve faile ilişkin olmak kaydıyla söz konusu açıklamaları uzlaştırma sürecinde gizlilik ilkesi ve sır saklama yükümlülüğü kapsamında görmelidir.

Öte yandan bir başka suça ilişkin olsa dahi gizlilik ilkesiyle beraber değerlendirildiğinde, uzlaştırmacının yetkili olmayan kişi ve kurumları işlendiğini öğrendiği suçlar hakkında bilgilendirmesi yetkisi ya da yükümlülüğü yoktur.

²⁸ Öğretide bir diğer görüş, görev sırasında öğrenilen ancak görevle bağlantılı olmayan suçun bu kapsamda değerlendirilmemesi gerektiği, uzlaştırmacının kamu görevlisi olma özelliğinin uzlaştırma için kendisine sevk edilen suçla sınırlı olduğunu, müzakereler esnasında öğrenmiş olduğu diğer suçlar bakımından devam eden bir kamu görevi bulunmadığından bildirim yükümlülüğünün de doğmayacağı, bu sebeple şartları varsa TCK'nın 278. maddesi gereği herkes için söz konusu olabilen suçu bildirim yükümlülüğünün doğabileceği, ancak TCK'nın 279. maddesi gereği kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçunun oluşmayacağı yönündedir. (Değirmenci, s. 153 vd.) Biz bu görüşe, uzlaştırmacının sadece uzlaştırma sürecinde görevlendirildiği suça ilişkin olarak değil, yerine getirdiği görev nedeniyle edindiği diğer bilgileri de göreve ilişkin kabul ettiğimiz ve kamu görevlisinin suçu bildirim yükümlülüğü kapsamında değerlendirdiğimiz için katılmıyoruz.

Kanaatimizce, yeter ki işlendiği öğrenilen suç olgusuna ilişkin bilgi ve belge kabul edilebilir, uzlaştırma sürecinde yapılan açıklamalardan ihbara konu suça ilişkin olanlar soruşturma ve kovuşturmada delil olarak kullanılabilir. Çünkü bu bilgiler, uzlaştırmacının göreviyle ilişkili olarak öğrendiği bilgi olması nedeniyle suçu ihbar yükümlülüğü doğuran, ancak uzlaştırmacının görevlendirildiği suça ilişkin bilgi kabul edilemeyeceğinden sır saklama yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmeyen bilgilerdir.²⁹

Kaldı ki böyle bir durumda TCK'nın 279. maddesinin gereği olarak uzlaştırmacının suçu ihbar etmekle kanunun hükmünü yerine getirdiği göz önünde bulundurulduğunda ihbarın hukuka uygun olduğuna şüphe yoktur. Anayasa'nın 38. maddesinin; "Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez" hükmü karşısında bu ihbarın hukuka uygun kabul edilerek soruşturmayı başlatan basit suç şüphesine vücut verdiği³⁰ de göz önünde bulundurulduğunda konusu itibarıyla hukuka uygun delil teşkil eden söz konusu ihbardan yola çıkılarak elde edilen suça ilişkin delillerin, bu kapsamda uzlaştırma müzakerelerindeki açıklamalardan işlendiği öğrenilen suça ilişkin olanların yapılan yargılamada hukuka uygun deliller olarak değerlendirilebileceğini düşünüyoruz.³¹

²⁹ Uzlaştırma sürecinde gizlilik ilkesi ve sınırlarına ilişkin tartışmalar için bkz., Mary Ellen Reimund, "Confidentiality in Victim Offender Mediation: A False Promise", *J. Disp. Resol.*, Vol. 2004, Iss. 2 [2004], Art. 3, p. 401-427.

³⁰ Ezgi Aygün Eşitli, Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığına Dair Karar, Ankara 2022, s. 28.

³¹ Kanunen zorunlu olduğundan uzlaştırmacının suçu ihbar yükümlülüğü olduğu, buna karşın uzlaştırma sürecinde yapılan açıklamaların ve diğer belgelerin ihbara konu suçun aydınlatılmasında delil olarak kullanılamayacağına ilişkin farklı görüş için bkz., Erdem/Eser/Özşahinli, s. 37. Bir başka görüşe göre ise, şüphelinin müzakerelerde uzlaştırmaya konu suçtan başka bir suçu işlediğini itiraf etmesi halinde, itiraf ettiği suçun uzlaştırmaya konu suçla bağlantılı olması durumunda tutanağa geçirilmesi gerekir. Aksi halde şüphelinin rızası ile geçirilebilir. Bu durumda savcı tarafından tutanaktaki bu ifade ihbar kabul edilmek durumundadır. Buna karşın tutanaktaki itiraf ve açıklamalar CMK m. 253/20 gereğince delil olarak kullanılamaz. Şüpheli rıza göstermezse TCK m. 279'un aradığı şartlar gerçekleştiği takdirde ihbar yükümlülüğü doğacaktır (Mustafa Özen, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara 2018, s. 95). Diğer bir görüş ise müzakereler sırasında ortaya çıkan suçun ihbar edilmesini gizlilik ilkesine aykırılık olarak değerlendirmekte, ancak müzakere esnasında suç işlenmişse, süreç içerisinde uzlaştırma konusu dışında işlenen suç söz konusu olduğundan bildirilmesi gerektiğini ifade etmektedir (Akbulut/Aksan, s. 54 vd.).

Bu kapsam ve sınırlarla gizlilik ilkesinin ve sır saklama yükümlülüğünün ihlali, şartları varsa bir suça verebilir ve özellikle TCK'nın 257, 258,³² ³³ ve 285. maddelerindeki suçlar³⁴ ile kişisel veri ihlalleri ve özel hayatın gizliliği kapsamında Kanunun 132 vd. maddelerindeki "özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar" söz konusu olabilir.

IV. Fail, Mağdur, Hukuki Konu

Kamu görevlisinin suçü bildirmemesi suçü kapsamında uzlaştırmacının suçü bildirmemesi suçunda fail görevi nedeniyle işlendiğini öğrendiği suçü yetkili makamlara bildirmeyen uzlaştırmacıdır. Suçun özgü suç olması nedeniyle uzlaştırmacı dışındaki kişiler bu suçta fail olamazlar.³⁵

Devletin millet adına yerine getirdiği kamusal faaliyetleri; yasama faaliyeti olabileceği gibi idari faaliyet ya da adli faaliyet niteliği gösterebilir. Anayasal teminat altına alınmış kuvvetler ayrılığı ilkesinden hareketle bu faaliyetler yasama, yürütme ve yargı erki altında ilgili organ, teşkilat, kurum ve kuruluşlarca yerine getirilir. İşte bu kamusal faaliyetlere sürekli, süreli ya da geçici olarak katılan gerçek kişiler Türk Ceza Kanunu kapsamında kamu görevlisi kabul edilirler.

"Uzlaştırmacı" şüpheli veya sanık ile mağdur veya suçtan zarar gören arasındaki iletişimi kolaylaştıran ve uzlaştırma müzakerelerini

³² TCK'nın 258. maddesindeki hüküm, tıpkı aynı Kanun'un 257. maddesindeki görevi kötüye kullanma suçunda olduğu gibi genel ve tamamlayıcı nitelikte bir hüküm niteliği gösterdiğinden, kamu görevlisinin fiilinin aynı hukuki değer veya menfaati koruyan bir başka suçta vücut vermesi halinde özel hükmün önceliği ilkesi gereği fiilin o norm kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve bu nedenle fikri içtimanın da söz konusu olmayacağı düşüncesindeyiz. (Faruk Erem, Türk Ceza Kanunu, Hususi Hükümler, C. 2, Ankara 1969, s. 360; Luigi Majno, Ceza Kanunu Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, C. 2, Yargıtay Yayınları No: 4, Ankara 1978, s. 184; Zeki Hafızoğulları/Ezgi Aygün Eşitli, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar, Ankara 2014, s. 122).

³³ TCK'nın 279. Maddesinin gereği olarak kamu görevlisinin suçü bildirmemesinin hukuka uygunluk nedeni kabul edilerek göreve ilişkin sırrın açıklanması suçunu oluşturmayacağı yönünde bkz., Muharrem Özen/Atacan Köksal, "Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması Suçu", *AÜHFD*, C. 69, S. 1, Y. 2020, s. 213. Ayrıca bkz., Mehmet Emin Alşahin, "Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması (TCK m. 258)", *MÜHF-HAD*, C. 20, S. 2, Y. 2014, s. 219-250.

³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz., Fahri Gökçen Taner/Yaprak Öntan, "Uzlaştırmacının Özgü Suçlardan Doğan Cezai Sorumluluğu", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C. 9, S. 1, Y. 2021, s. 159-196.

³⁵ TCK, m. 40/2.

yöneten, Cumhuriyet savcısının onayıyla görevlendirilen avukat veya hukuk öğrenimi görmüş tarafsız kişiyi³⁶ ifade etmektedir.

Ceza muhakemesinde soruşturma veya kovuşturma evrelerinde başvurulabilen bir alternatif yöntem olması dolayısıyla uzlaştırma faaliyetinin adli nitelikte bir faaliyet olduğu, adli faaliyetlerin kamusal bir ihtivaya sahip olduğu ve kamu hizmeti kabul edileceği, adli nitelik gösteren bu kamusal hizmette görevlendirilen uzlaştırmacının da atanma usulü, görevinin kapsam ve niteliği ile uzlaştırma raporunun hukuki sonuçları birlikte değerlendirildiğinde³⁷; görevini yerine getirirken kamu görevlisi sayılacağı kabul edilmelidir^{38 39}.

Bir mesleki faaliyet yürütüp yürütmemesinden ve eğer yürütüyorsa bu mesleki faaliyetin kamusal nitelik taşıyıp taşıymasından bağımsız olarak uzlaştırmacı, atandığı suça ilişkin olarak uzlaştırma görevini yerine getirirken kamu görevlisi sayılır. Dolayısıyla yapısına uygun düştüğü ölçüde görevine ilişkin olmak kaydıyla işlediği hukuka aykırı fiillerden ötürü kamu görevlisi gibi sorumlu olur ve kendisine karşı görevini yerine getirirken işlenen hukuka aykırı fiillerden ötürü de bir kamu görevlisi gibi korunur.

Uzlaştırma bir meslek değildir. Uzlaştırmacı yerine getirdiği kamusal hizmetin gereği olarak ve yalnızca görevlendirildiği suçta “uzlaştırmacı” sıfatıyla kamu görevlisi kabul edilir. Dolayısıyla uzlaştırma görevini yerine getiren kişi yürüttüğü mesleki faaliyet nedeniyle kamu görevlisi kabul ediliyor olsa bile hukuki sonuçları bakımından uzlaştırma faaliyeti dolayısıyla öğrendiği suçta meslek olarak yürüttüğü kamu görevinin yükümlülüklerini değil, uzlaştırmacının yükümlülüklerini haiz olacaktır. Örneğin aynı zamanda adli kolluk olan uzlaştırmacının uzlaştırma görevi sebebiyle öğrendiği suçu bildirmemesi durumunda suç adli kolluk görevi yapan kişi tarafından göreviyle bağlantılı olarak işlenmediği için suçta bir nitelikli hal olan TCK’nın 279/2. maddesi gereği suçun cezası arttırılamayacaktır.

³⁶ “Uzlaştırmacı” tanımına ilişkin olarak ayrıca bkz., Yönetmelik, m. 4/1-l.

³⁷ Bkz., ayrıntılı bilgi için, CMK, m. 253 vd.

³⁸ Yargıtay 5 CD, E. 2015/10115, K. 2019/5723, T. 27.5.2019, <https://lib.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 12.01.2023.

³⁹ Uzlaştırmacının kamu görevlisi niteliğine ilişkin olarak ayrıca bkz., Taner/Öntan, s. 164 vd.

Adliyeye karşı olan bu suçta mağdur, adliye idaresi olarak Adalet Bakanlığıdır.^{40 41}

Suçla ihlal edilen, ceza ile korunan hukuksal değer ve menfaat, suçların takibinin yapılmasına yönelik kamusal yarardır.

V. Fiil

Kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçunda fiil; kamu görevlisinin, kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal etmesi veya bu hususta gecikme göstermesidir.

Suç, bildirimde bulunmayı ihmal etmek ya da bu hususta gecikme göstermek seçimlik hareketlerinden biri ile işlenebilir.

Takibi şikâyete bağlı suçun bildirilmemesi bu suçta vücut vermez. Böyle bir durumda şartları varsa TCK'nın 278. maddesindeki suçun⁴² oluşması mümkündür.

Kamu görevlisi suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenmelidir. Kanun koyucu tarafından, TCK'nın 279. maddesinin gerekçesinde; suçun oluşabilmesi için, bildirim konusu suçun kamu görevlisinin yürüttüğü görevle bağlantılı olması gerektiği, işlenen suçun görevle bağlantısının olmaması durumunda, suçun ihbarına ilişkin

⁴⁰ Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar, Ankara 2016, s. 190. Suçun hukuki konusuna ilişkin ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz., Çetin Özek, "Adliyeye Karşı Suçların Hukuksal Konusu", *İÜHFEM*, C. LV, S. 3, Y. 1997, s. 13-50.

⁴¹ Suçta mağdurun toplumu oluşturan bireyler olduğuna ilişkin olarak bkz., Kemal Bahriyeli, Türk Ceza Kanunu'nda Kamu Görevlisinin Suçu Bildirmemesi Suçu, Tez, İstanbul 2010, s. 59.

⁴² TCK'nın 278. maddesi gereği; "(1) İşlenmekte olan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) İşlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

(3) Mağdurun on beş yaşını bitirmemiş bir çocuk, bedensel veya ruhsal bakımdan engelli olan ya da hamileliği nedeniyle kendisini savunamayacak durumda bulunan kimse olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılır.

(4) Tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler bakımından cezaya hükmolunmaz. Ancak, suçu önleme yükümlülüğünün varlığı dolayısıyla ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır.

genel kuralların geçerli olacağı ifade edilmiştir. Öğretide de kamu görevlisinin işlendiğini öğrendiği suçla görev arasında bağlantı olması, bildirim yükümlülüğünün doğması için yeterli görülmektedir.⁴³

Uzlaştırmacının suçu bildirim yükümlülüğünün doğduğunu kabul edebilmek için işlendiği öğrenilen suçun görevlendirildiği suçla ilişkin olmasa bile uzlaştırmacının uzlaştırma görevi olmasaydı öğrenemeyeceği bir suç olması gerekir.⁴⁴ Uzlaştırmacının görevine ilişkin olmaksızın, kamu görevini ifa etmediği bir sırada öğrendiği bilgiler suçun kapsamı dışındadır. Öte yandan uzlaştırmacı uzlaştırma görevini yerine getirmede bir esnada dahi olsa uzlaştırma görevine ilişkin, bu görevle bağlantılı olarak bir suçun işlendiğini öğrenmişse TCK'nun 279. maddesindeki bildirim yükümlülüğü devreye girecektir.⁴⁵ Örneğin, görevlendirildiği suçta mağdurun yakınlarının kendisine ulaşarak failin başka suçları hakkında uzlaştırmacıyı bilgilendirmeleri durumunda, bu bilgi uzlaştırmacının uzlaştırma görevi olmasaydı öğrenemeyeceği bir bilgi olduğundan suçu ihbar yükümlülüğü doğacaktır.

Her ne kadar suça yönelik ihbar üzerine delil değerlendirmesi yapmak soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının yetki ve sorumluluğunda olsa da suçu bildirim yükümlülüğünün, bir suç olayını temsil edici nitelik taşıyan ve beş duyu organıyla algılanabilir bir bulguya dayanan bilgi söz konusu olmaksızın doğmayacağını kabul etmek gerekir. Zira bir suç olayını temsil edici nitelik taşıyan somut bir bulgunun söz konusu olmaması halinde suçla ilişkilendirilebilir nedensel bir bağlantı da kurulamayacağından öğrenilen bilginin kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçunun fiil unsurunu teşkil eden "suçun işlendiğine" ilişkin bilgi kabul edilmesi mümkün değildir. Böyle bir durumda "fiilsiz suç olmaz" kuralı gereği suç da oluşmayacaktır.

Ayrıca kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçuna konu olan bildirilmeyen ya da geç bildirilen suç hakkında yapılan yargılamada, suçun işlenmediğinin sabit olması nedeniyle beraat kararı verilmesi ve bu kararın kesinleşmesi halinde, kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçunun fiil unsurunu oluşturan "suç" gerçekleşmemiş olduğundan,

⁴³ Francesco Antolisei, *Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale, II*, Milano 1982, s. 866.

⁴⁴ Bkz., aksi yönde, Değirmenci, s. 153.

⁴⁵ Selahattin Kolcu, *Suç Bildirmeme Suçu*, Ankara 2016, s. 122.

kamu görevlisi hakkında soruşturma evresinde KYOK, kovuşturma evresinde ise suçu işlemediği sabit olduğundan beraat hükmü verilecek, hakkında daha önce hüküm kurulan hallerde ise bu husus olağan ve olağanüstü kanun yollarında dikkate alınabilecektir.

Kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçu, kamu adına re'sen takip edilen suçlarda söz konusu olduğundan takibi şikâyete bağlı suçları kamu görevlisinin bildirmemesi suç değilse de kanaatimizce kamu görevlisinden suça yönelik bir hukuki nitelirmede bulunması beklenemeyeceğinden ve açıkçası bu yetki soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısına, kovuşturma evresinde ise davaya bakan Mahkemeye ait bir yetki olduğundan, uzlaştırmacının suçun kamu adına mı yoksa şikâyete bağlı olarak mı takip edildiğine yönelik bir tespit bulunmaksızın görevine ilişkin olarak öğrendiği her suçu bildirmesi gerekir.⁴⁶ Böyle bir durumda suçun bildirimini yalnızca ihbar hakkı kapsamında bir hak değil aynı zamanda bir yükümlülük olarak da ortaya çıkmaktadır.

T.C. Anayasası'nın 38. maddesinin; "hiç kimsenin kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz" hükmü istisna olmak üzere,⁴⁷ kural olarak işlendiği öğrenilen suçun sır kapsamında kabul edilmediği de göz önünde bulundurulduğunda,⁴⁸ suçu bildiren uzlaştırmacının, suç şikâyete tabi olan bir suç dahi olsa kanunun hükmünü yerine getirdiği,⁴⁹ bu bakımdan sır saklama yükümlülüğünün ihlalinin ve bunun hukuki sonuçlarının söz konusu olmadığı kabul edilmelidir.

Anayasa'nın 38. maddesi göz önünde bulundurularak TCK'nın "Suçu bildirmeme" suçunu düzenleyen 278/4. maddesinde tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler bakımından cezaya hükmolunamayacağı düzenlenmesi yerinde olmuşsa da kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçunda böyle bir cezasızlık nedeninin kanunun ilgili maddesinde yer almadığı görülmektedir. Kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçunda yakınlık ilişkisi ya da kamu görevlisinin kendisinin işlediği

⁴⁶ Bkz., aksi yönde, Değirmenci, s. 153.

⁴⁷ Kolcu, s. 118.

⁴⁸ Giovanni Fiandaca/Enzo Musco, *Diritto Penale, Parte Speciale*, Vol. I, Bologna 1993, s. 189; Zeki Hafizoğulları, "Ceza Hukuku Düzeninde Devlet Sırrı", *HÜHFD*, C. 2, S. 2, Y. 2021, s. 174; Hafizoğulları/Aygün Eşitli, s. 121.

⁴⁹ TCK, m. 24.

suçlar bakımından “nemo tenetur se ipsum accusare” ilkesi gözetilerek bu durumun TCK'nın 279. maddesinde bir cezasızlık nedeni olarak düzenlenmesi yerinde olacaktır.⁵⁰ Ancak kanaatimizce kanunda söz konusu düzenleme henüz yapılmamış dahi olsa kamu görevlisinin, bu çalışma özelinde uzlaştırmacının görevini yaptığı sırada işlendiğini öğrendiği suçun kanunda gösterilen bir yakınına ilişkin olması ya da uzlaştırmacının uzlaştırma görevini yerine getirirken bir suç işlemesi halinde Anayasanın amir hükmü gereği suç bildirim yükümlülüğünün olmadığı kabul edilmelidir. Unutulmamalıdır ki kanun Anayasaya dayanmak ve ona uygun olmak zorundadır. Kanun'da hüküm bulunmamasına karşın Anayasada o konuya ilişkin açık bir ceza normu bulunan hallerde Hâkimin doğrudan normlar hiyerarşisinde en üstte yer alan Anayasayı uygulaması mümkündür. Anayasa, Türk Ceza Hukukunun doğrudan kaynağıdır ve uygulanması kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir.⁵¹ Kaldı ki bu kişiler, CMK'nın 45. maddesi gereği kanunda gösterilen yakınları aleyhine tanıklık yapmaktan da çekinebilmektedir. Anayasa'nın 38. maddesinde ifade olunan “kanunda gösterilen yakınlarından” ifadesinden, Kanun'a yapılan atfın gereği olarak CMK'nın 45/1. maddesindeki yakın akrabalık ilişkisini anlamak gerekir düşüncesindeyiz.⁵²

Öte yandan uzlaştırmacının zaten, soruşturma veya kovuşturma konusu olan bir suçta uzlaştırmacı olarak görevlendirildiği göz önünde bulunduğundan, takibi yapılan bu suça yönelik herhangi bir bildirim yükümlülüğü de doğmaz. Bu kapsamda uzlaştırmacının sır saklama yükümlülüğünün olduğu kabul edilmelidir. Uzlaştırmacının bu sınırlarda vakıf olduğu sırrı saklamasında kamusal yararın da olduğu kabul edilmelidir. Zira bu şekilde uzlaştırma sürecinde gizlilik ilkesinin gereği de yerine getirilmiş olacak, taraflar, aleyhlerine bir sonuç doğurmayacağı düşüncesiyle kendilerini daha rahat ifade edebilecek, onarıcı adalet mekanizmasının işlerliği sağlanabilecektir. Uzlaştırma-

⁵⁰ Bkz., Yener Ünver, TCK'da Düzenlenene Adliyeye Karşı Suçlar-İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma, 4. Baskı, Ankara 2016, s. 314.

⁵¹ Anayasa'nın 38/5 hükmünün doğrudan uygulanabilir bir kural olduğuna yönelik görüş için bkz., Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 19. Baskı, Ankara 2021, s. 1401.

⁵² Öğretide, kanun metni değişinceye kadar kamu görevlisinin yakınlarının suçlarını da ihbar etmek zorunda olduğuna yönelik farklı görüş için bkz., Ünver, s. 315.

cı, görevlendirildiği bu suça ilişkin konularda tanıklıktan çekinme hakkını da⁵³ kullanabilecektir.

Ancak yukarıda bahsi geçen sınırlar dahilinde uzlaştırmacının kanaatimizce görevini yerine getirirken işlendiğini öğrendiği ya da görev sırasında işlenen başka suçlara ilişkin olarak tanıklıktan çekinme hakkı kural olarak yoktur. Tanıklıktan çekinme hakkıyla korunmak istenen, uzlaştırmacının görevlendirildiği suç konusuna ilişkin olarak tarafların bir güven ortamı içerisinde korkmadan ve özgürce müzakere edebilmelerini sağlamaktır. Ancak uzlaştırmacının kendisi ya da kanunda gösterilen yakınları uzlaştırma sürecinde işlenen bir suçun faili olmadıkça, uzlaştırmacı suçu sır kapsamında gizleyemez. O halde tanıklıktan çekinme hakkının konusu, uzlaştırma müzakerelerinde açıklanan ve konusu bir başka suça vücut vermeyen bilgilere ilişkin olacaktır.

Aksi yönde bir kabul sır saklama yükümlülüğü kapsamında olmadığından hukuka uygun kabul edilen bir ihbarın içeriği itibariyle delil olabilmesi ve bu sebeple soruşturmanın başlamasına yol açabilmesine karşın bu ihbara dayanılarak tanık sıfatıyla dinlenmek için çağrılan uzlaştırmacının sır saklama yükümlülüğünü gerekçe göstererek tanıklıktan çekinebilmesi çelişkisini doğuracaktır ki bu ne sırrın saklanmasından ne de suçun ihbarından kanun koyucunun güttüğü menfaate uygun olacaktır.

Uzlaştırmacının suçu bildirim yükümlülüğünde yetkili makam, CMK'nın ihbarı düzenleyen 158. maddesi gereği, Cumhuriyet Başsavcılığı veya kolluk makamlarıdır. İhbar, yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak yapılabilir.⁵⁴ Bu kapsamda uzlaştırmacının ihbarı kendisini görevlendiren Cumhuriyet başsavcılığı uzlaştırma bürosuna yapması da mümkündür. Valilik veya kaymakamlığa ya da mahkemeye yapılan ihbar veya şikâyet ise ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gön-

⁵³ CMK, m. 46' da meslek sürekli uğraşları nedeniyle tanıklıktan çekinecek kişiler arasında her ne kadar uzlaştırmacı sayılmamış olsa da CMK'nın 253/20. maddesinin "uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan açıklamalar, herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılamaz" hükmünün gereği olarak tanık beyanını da bir delil olduğu ve tanığın tanıklığına söz konusu açıklamalar için başvurulacağı göz önünde bulundurulduğunda uzlaştırmacının tanıklıktan çekinmesinin mümkün olduğu kabul edilmelidir.

⁵⁴ CMK, m. 158/5.

derilir. Bir kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olarak işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle, ilgili kurum ve kuruluş idaresine de suç ihbar edilebilir. Bu durumda yapılan ihbar veya şikâyet, gecikmeksizin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir. Bunlar dışındaki birim ve organlara yapılan ihbar ve şikâyetler geçerli olmayacak ve suçu bildirim yükümlülüğü yerine getirilmiş sayılmayacaktır.

“Bu bağlamda yaptığı görevin gereği olarak yürüttüğü faaliyetlere ilişkin suçu öğrenmesi nedeniyle anılan madde gereği ihbar yükümlülüğü doğan ve soruşturma yapacak makamlara iletilmek üzere suçu bildirmeye yetkili olan kamu görevlisinin, ilgili kamu kurumunda suçun bildirilmesi hususunda kurum içi düzenleme yapılıp yapılmadığının, idari işlemlerle bildirme yükümlülüğünün bir görevliye tevdi edilip edilmediğinin araştırılması suretiyle belirlenmesi gerekir. Ayrıca kurum içi hiyerarşide her bir basamaktaki kamu görevlisinin ayrı ayrı sorumluluğu bulunmakla birlikte sorumluluğun, bildirilmesi gereken suçu öğrendiği halde bildirmeyen en üst yetkili kamu görevlisinde kalacağına kabulü gerekir”.⁵⁵

Uzlaştırma kurumunda böyle bir kurum içi düzenleme bulunmadığından uzlaştırmacının suçu bildirim yükümlülüğü ihbar kurumunu düzenleyen genel kural gereği Cumhuriyet Başsavcılığı veya kolluk makamlarıdır. Valilik veya kaymakamlığa ya da mahkemeye yapılan ihbar ise geçerli bir ihbar kabul edilir ve ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir.

Uzlaştırmacının savcılık yerine hataya düşerek suçun ihbarını Adalet Bakanlığı Alternatif Çözümler Daire Başkanlığına yapması durumunda, idarenin ihbarı gecikmeksizin ilgili Cumhuriyet başsavcılığına göndermesi gerekir. Aksi takdirde uzlaştırmacının yapmış olduğu bildirim dolayısıyla suçtan haberdar olan kamu görevlisinin kurum içindeki hiyerarşik ilişki de göz önünde bulundurulmak suretiyle kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçundan ötürü sorumluluğu doğabilecektir.

Suç, kamu görevlisinin, öğrendiği suça ilişkin olarak yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal etmesi veya bu hususta gecikme

⁵⁵ Yargıtay 9. CD, E. 2014/3274, K. 2014/6568, T. 26.05.2014, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi: 11.01.2023.

göstermesi ile tamamlanır. Dolayısıyla suç, bildirimde bulunmamak ya da bildirimde bulunmakta gecikme göstermek şeklinde somutlaşan ihmali bir hareketle işlenebilen salt ihmâl suçudur.

Suç salt ihmâl suçu özelliği gösterdiği için ya bildirimde bulunulmamış veya gecikilmiştir ve suç oluşmuştur ya da suçu doğurmaya elverişli denilebilecek bir ihmali hareket henüz yoktur ve suç oluşmamıştır.

Uzlaştırmacı kamu adına takip edilmesi gereken bir suçu bildirmemiş dahi olsa, eğer suçun işlendiğine ilişkin bilgiyi edindiği zaman halihazıra o suça ilişkin olarak yetkili makamlarca suçun takibi yapılmakta ise ihmali hareket suçla korunan değer veya menfaati ihlale elverişli olmadığından işlenemez suçun olduğu kabul edilebilir.⁵⁶

Öte yandan o aşamaya kadar takip edilmemiş olan bir suç uzlaştırmacı tarafından ihbar edilmiş ve bu vesileyle soruşturma başlamış olursa, söz konusu bildirim derhal gerçekleşmemiş dahi olsa⁵⁷ dava zaman aşımı süresinin geçmesi gibi suçun takibine engel teşkil etmeyen ya da delillerin kaybolması gibi soruşturmanın ve kovuşturmanın yürüyüşüne etki etmeyen⁵⁸ makul bir süre içinde yapılmışsa kanaatimizce gecikildiği gerekçe gösterilerek uzlaştırmacıya yönelik bir soruşturma gerçekleştirilemez.

Ancak uzlaştırmacının suçun işlendiğini öğrenmesinin ardından makul bir süre geçmesine rağmen bildirmemesine ve bildirimden neden yapılmadığına yönelik haklı bir gerekçesi de olmamasına karşın yetkili makamlar bir başka yolla suçun işlendiğini öğrenmiş ve suçun takibine başlamışlarsa, sonradan yapılan bildirim artık geç bildirim kabul edilecek ve suçun oluşmasına engel olmayacaktır.

⁵⁶ Eğer üçüncü kişi bildirimde bulunmuş veya yetkili makamlar zaten suç hakkında bilgi sahibi ise bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmediğinden söz edilemeyeceği yönünde bkz., Tezcan/Erdem/Önok, s. 1413.

⁵⁷ CMK'nın 161/2. maddesi gereği adli kolluk görevlileri, el koydukları olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri emrinde çalıştıkları cumhuriyet savcısına "derhal" bildirmekle yükümlüdürler. Ancak uzlaştırmacı aynı zamanda adli kolluk görevlisi dahi olsa, uzlaştırma görevini yerine getirirken adli kolluk görevi yapmadığı için adı geçen maddenin süre bakımından getirdiği söz konusu sınırlamadan muaftır. Pek tabii uzlaştırmacı suçu mümkünse derhal bildirmelidir. Ancak makul süre içinde yapılan bir bildirim, derhal yapılmamış dahi olsa geç bildirim kabul edilmeyecektir.

⁵⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s. 1413.

Yine de Kanun'daki "gecikme gösterilmesi" tabirinin açık olması ve her somut olayın özellikleri dahilinde değişkenlik gösterebilmesi nedeniyle son tahlilde gecikmenin gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirecek olan, hükmü veren mahkeme olacaktır.

Suç soyut tehlike suçu özelliği göstermekte, bu bakımdan neticesiz bir suç olmaktadır. Suçun bir bireysel ya da kamusal menfaate zarar vermesi beklenmez. Suçla, suçun doğurduğu kamu düzenine yönelik tehlike, bir başka deyişle suçu bildirmeme suçunun işlenmesi nedeniyle kamu adına takip edilmesi gereken bir suçun takipsiz kalması tehlikesinin kendisi cezalandırılmaktadır.

VI. Hukuka Aykırılık

Fiil, TCK'nın 279. maddesini ihlal etmelidir. Suçta, kamu görevlisi olan uzlaştırmacının, kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal etmesi veya bu hususta gecikme göstermesi, Kanun'un 279. maddesinin ihlalidir.

Failin, Kanun'daki sır saklama yükümlülüğüne ve gizlilik ilkesine dayanarak kanunun hükmünü yerine getirdiği yönündeki iddiası, suçu bildirmemek gibi bir yetkisi olmadığından hukuka uygunluk nedeni olamaz düşüncesindeyiz.

Diğer hukuka uygunluk nedenleri de söz konusu suçun kamu görevlisi tarafından işlenebilen bir görev suçu olması dolayısıyla fiilin unsurlarıyla birlikte değerlendirildiğinde suçun yapısına uygun düşmemektedir.

VII. Kusurluluk

Suç, doğrudan kastla işlenebilen bir suçtur.⁵⁹ Neticesiz bir suç olması nedeniyle suç olası kastla⁶⁰ işlenemez.

Dolayısıyla suçun oluşması için uzlaştırmacının göreviyle bağlantılı olarak işlendiğini öğrendiği kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren suçu yetkili makama bildirmeyi ihmal ettiğini ya da bu hususta gecikme gösterdiğini bilmesi ve bunu istemesi gerekir.

⁵⁹ Bkz., aynı yönde; Necati Meran, Hakaret, İftira, Suçtan Kaynaklanan Malvarlığını Aklama ve Soruşturmanın Gizliliğini İhlal Suçları, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 378.

⁶⁰ Bkz., aksi yönde, Ünver, s. 323.

Suçun taksirli şekli olmadığından uzlaştırmacının dikkatsizlik ve tedbirsizlik nedeniyle, örneğin unutkanlıkla⁶¹ suçu bildirmekte ihmalkâr davranması ya da gecikme göstermesi bu suça vücut vermez.

Uzlaştırmacı bir mücbir sebep, maddi cebir ya da kendinde olma nedeniyle suçu bildirememişse, suçu bildirmeme fiili ile fail arasındaki psikik bağ ortadan kalkmış olacağından uzlaştırmacıya kusur yüklenemez.

Eğer bilgiye ulaşan uzlaştırmacı suçun işlendiğine yönelik olarak suçla nedensel bir bulgu olmasına karşın söz konusu bağın bulunmadığı, yani işlenen bir suçun olmadığı düşüncesiyle suçu bildirmemişse ve bu hataya düşmekte kusursuz kabul edilebilirse, fiili hatasından yararlanır. Ancak suç doğrudan kastla işlenebilen bir suç olduğundan fail dikkatsizliği ve tedbirsizliği ile hataya düşmüş dahi olsa, yeter ki öğrendiği bilginin suça yönelik olduğuna ilişkin bir hataya düşmüş kabul edilebilirse, suçu bildirmeme suçunu işlemeyi istemediği ve suçun da taksirli şekli olmadığı için hatasından yararlanır.

Şu kadar ki failin, görevini yerine getirirken öğrendiği bilginin bir suça ilişkin olduğunu bilmesine karşın kamu adına takip edilen bir suçu bildirmemesinin suç olduğunu bilmediği yönündeki hatası, hukuki hata kabul edileceğinden kural olarak mazeret sayılmayacaktır.

Uzlaştırmacının, suçun şikâyete tabi bir suç olduğunu düşündüğü için suçu bildirmede hallerde de hatasından yararlanamayacağını düşünürüz. Zira yukarıda ifade edildiği üzere uzlaştırmacı için şikâyete tabi olsun ya da olmasın suçu bildirmek bir yükümlülüktür. Suçun hukuki niteliğini tayin edecek olan, yapılan ihbar üzerine soruşturmada sorumlu Cumhuriyet savcısıdır. Bu noktada suçun kamu adına re'sen mi yoksa şikâyet üzerine mi takip edileceği noktasında düşünülen hatanın hukuki hata olarak kalacağı ve kastı kaldırmayacağı düşüncesindeyiz.

Diğer yandan uzlaştırmacının ihbarda bulunması gereken merci konusundaki yanılığısı kanaatimizce esaslı ise fiili hata kabul edilerek mazeret sayılabilir. Bu noktada suç ve ceza içermediğinden ceza muhakemesi Kanun'un 158/1-4. maddesinin bilinmemesi fiili hataya dönüşecektir.⁶²

⁶¹ Erdener Yurtcan, Yargıtay Kararları Işığında İftira Suçu (Adliyeye Karşı Diğer Suçlar), 3. Bası, Ankara 2019, s. 288.

⁶² Fiandaca/Musco, s. 259.

Uzlaştırmacı muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suçu bildirmeme suçunu işlemişse TCK'nın 28 ve CMK'nın 223/3-b maddeleri gereği hakkında cezaya hükmolunmaz. Bu durumda korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır.

VIII. Suçun İşleniş Biçimleri

Suçta teşebbüs mümkün değildir.⁶³ Zira suç ihmalî bir hareketle işlenebilen salt ihmal suçudur. Uzlaştırmacı, ya suçu öğrendikten sonra kusurunu ortadan kaldıracak bir neden olmaksızın makul süre içinde ve mümkünse derhal suçu bildirilmemiştir ve suç oluşmuştur ya da henüz suçu ihbar için gecikilmemiştir ve bu nedenle suç oluşmamıştır. Hareketin parçalara bölünmesi mümkün değildir.⁶⁴

Suç, özgü suç olduğundan uzlaştırmacı dışındaki kişiler bu suçta fail olamazlar. Ancak şartları varsa suça iştirak kalıbında suça azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu tutulabilirler.⁶⁵ Örneğin diğer şartları da mevcutsa uzlaştırmacının işlendiğini öğrendiği suçu yetkili makamlara bildirmemesi için onun aklına suç işleme fikrini sokan kişinin azmettiren olarak, uzlaştırmacının aklındaki suçu bildirmeme fikrini kuvvetlendiren, suça teşvik eden kişinin ise yardım eden olarak sorumlu tutulması mümkündür.

Kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçu TCK'nın 257. maddesinde ifade olunan görevi kötüye kullanma suçu⁶⁶ ile 278. maddede ifade olunan suçu bildirmeme suçuna nazaran özel hüküm niteliğindedir. Dolayısıyla bu suçlar arasında fikri içtima söz konusu olmayacaktır. Fail, özel hüküm olan kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçundan gerçek içtima hükümlerine göre sorumlu tutulur.

TCK'nın 43/1. maddesi gereği mağduru belirli bir kişi olmayan suçlarda zincirleme suç hükümleri uygulanabilmektedir.⁶⁷ Kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçunda mağdur toplum kabul edildiğinden, bu suçun şartları varsa zincirleme suç şeklinde işlenmesi müm-

⁶³ Antolisei, s. 867; Hafızoğulları/Özen, s. 192; Meran, s. 379.

⁶⁴ Bkz., istisnai hallerde bu suçta teşebbüsün mümkün olabileceğine yönelik farklı görüş için, Ünver, s. 327 vd.

⁶⁵ TCK, m. 40/2.

⁶⁶ Özek, s. 37.

⁶⁷ Hafızoğulları/Özen, s. 192.

kündür. Dolayısıyla bir suç işlemek kararı kapsamında olmak kaydıyla uzlaştırmacının göreviyle bağlantılı olarak işlendiğini öğrendiği birden fazla suçu yetkili makamlara bildirmemesi halinde bir cezaya hükmedilecek, bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılabilecektir. Ancak işlendiğini öğrendiği suçu bildirmeyen bir uzlaştırmacı görevini tamamladıktan sonra bir başka suçta uzlaştırmacı olarak görevlendirilir ve bu suçta da işlenen başka suçların olduğunu göreviyle bağlantılı olarak öğrenir de bildirmese, artık suç işleme kararında birlik var sayılamayacağından zincirleme suç hükümleri uygulanamayacaktır.

IX. Ceza ve Ceza Muhakemesi

Suçun takibi şikâyete bağlı değildir. Re'sen takip edilir.

Uzlaştırmacı hakkında soruşturma izni alınmasına gerek yoktur⁶⁸. Soruşturma genel esaslara göre başlar ve devam eder. Zira 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 2. maddesi; "Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında uygulanır"⁶⁹. Uzlaştırma görevi ise genel idare esaslarına göre yürütülen bir faaliyet değildir. Çünkü uzlaştırma idari değil, adli bir faaliyettir. Dolayısıyla adli görev ifa eden bir kamu görevlisi olan uzlaştırmacı hakkında, kanunda açık bir düzenleme olmadıkça soruşturma izninin gerekli olmadığını ve soruşturmanın genel esaslara göre yapılabileceğini kabul etmek gerekir.

⁶⁸ Uygulamada da uzlaştırmacı hakkında görev suçlarında bir soruşturma iznine gerek duyulmaksızın soruşturma yapıldığı görülmektedir. Hatta görev suçlarından ötürü soruşturma iznine tabi tutulan bir kamu görevlisinin uzlaştırmacı sıfatıyla işlediği iddia olunan suçlarında dahi, suç uzlaştırma görevi dolayısıyla işlendiğinden ayrıca bir soruşturma izni alınmasına gerek olmadığı sonucuna varılmıştır. Yargıtay 5. CD, E. 2015/10115, K. 2019/5723, T. 27.5.2019 sayılı kararında da vurgulandığı üzere; "Antalya C. Başsavcılığı, avukat olan sanık hakkında 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 58/1. maddesi uyarınca soruşturma izni verilmesi görüşünü, Adalet Bakanlığı'na bildirmiş olup, Adalet Bakanlığı "yasa hükmü gereğince kendisine verilen uzlaştırmacılık görevinden kaynaklanan eyleminde, vekil sıfatıyla yaptığı işlem bulunmadığından, uzlaştırma işleminin avukatlar dışındaki hukuk öğrenimi görmüş kişiler arasından uzlaştırmacı görevlendirilebileceği, sanığın eyleminin Avukatlık Kanunu uyarınca Adalet Bakanlığı'nun iznine gerek duyulmadığı görüşünü bildirmiştir" <https://lib.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 12.01.2023.

⁶⁹ 4483 sayılı Kanun, m. 2/1.

Kaldı ki genel olarak kamu görevlilerine yüklenen suçlu bildirim yükümlülüğünün de yapısı gereği idari değil adli bir ihtivaya sahip olduğu, 4483 sayılı Kanun'un kamu görevlilerinin adli değil idari görevleri sebebiyle işledikleri suçlar bakımından soruşturma izni müessesesini gerekli kıldığı, kamu görevlisinin suçlu bildirmemesi suçunun ise adli bir görevin ihlali olduğu için soruşturma iznine tabi olmaması ve soruşturmanın genel esaslara göre yapılması gerektiği söylenebilir.⁷⁰

Bu suçta görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir.⁷¹ Asliye ceza mahkemesi tarafından bu suçta basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verilebilir.⁷²

Dava zamanaşımı, suçun işlendiği tarihten itibaren sekiz yıldır.⁷³

Suçun cezası altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıdır. Bu ceza, kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilebilir,⁷⁴ şartları varsa ceza ertelenebilir⁷⁵ ya da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı⁷⁶ verilebilir.

X. Sonuç

Ceza muhakemesinde uzlaştırma müzakereleri gizli olarak yürütülür. Uzlaştırmacı, uzlaştırma müzakerelerinde yapılan açıklamaları, kendisine aktarılan veya diğer bir şekilde öğrendiği olguları gizli tutmakla yükümlüdür.

Gizlilik uzlaştırma süreci olmasaydı var olmayacak, uzlaştırma sürecinden hasıl olmuş açıklama ve bu kapsamda elde edilen bilgi ve belgelere ilişkindir. Daha önce mevcut olan bir belge veya olgunun, bu kapsamda işlendiği öğrenilen suçun uzlaştırma müzakereleri sıra-

⁷⁰ 4483 sayılı Kanun kapsamında kamu görevlisi hakkında soruşturma yapılmasının soruşturma iznine bağlı tutulabilmesi için suçun idari görev kapsamında işlenmesi gerektiği, kamu görevlisinin işlendiğini bildiği resen soruşturulan ve kovuşturulan bir suçlu yetkili mercilere bildirim görevinin ise idari değil adli bir olması nedeniyle 4483 sayılı Kanun uyarınca soruşturma iznine tabi olmadığı yönünde bkz., Kolcu, s. 145.

⁷¹ 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun, m. 11.

⁷² CMK, m. 251.

⁷³ TCK, m. 66/1-e.

⁷⁴ TCK, m. 50.

⁷⁵ TCK, m. 51.

⁷⁶ CMK, m. 231/5-14.

sında ileri sürölmüş olması, bunların soruştırma ve kovuşturma sürecinde ya da bir davada delil olarak kullanılmasına engel teşkil etmez.

Öte yandan gerek uzlaştırma müzakerelerinde işlendiği öğrenilen gerek müzakereler sırasında işlenen suç, uzlaştırmacının görevlendirildiği suçtan başka bir suçun işlendiğine yönelik bilgisi, TCK'nın 279. maddesi gereği suçu bildirim yükümlölüğü doğuracağından sır kapsamında kabul edilemez. Kanun koyucu kamu görevlisi olan uzlaştırmacıya suçu sır olarak saklamak yükümlölüğü ya da suç işlemek yetkisi vermemiştir. Ancak uzlaştırmacının görev konusu olan suç halihazırda soruştırma ve kovuşturma konusu edildiği için kamu görevlisinin bu suç bakımından suçu bildirim yükümlölüğü de doğmamaktadır.

Diğer taraftan hiç kimsenin kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanması mümkün olmadığından uzlaştırmacının görevini yerine getirirken bir suça karışması ya da görevini yerine getirirken kanunda gösterilen bir yakınının işlediği suçu öğrenmesi halinde suçu bildirmemesinin TCK'nın 279. maddesi kapsamında suçu bildirim yükümlölüğü doğurmayacağı düşünceindedir.

Bu kapsamda uzlaştırmacı görevine ilişkin olarak öğrendiği yani uzlaştırma görevi olmasaydı öğrenemeyeceği görevlendirildiği konudan başka bir suçun işlendiğine ilişkin bilgiyi edindiğinde ya da görevini yerine getirdiği esnada yeni bir suç işlendiğinde yetkili makama ihbarla yükümlüdür. Aksi takdirde kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçu oluşabilir.

Bu özğü suçta fail, yerine getirdiği adli görevin gereği olarak kamu görevlisi sayılan uzlaştırmacıdır.

Suç, uzlaştırmacının, kamu adına soruştırma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal etmesi veya bu hususta gecikme göstermesi ile oluşur.

Suç neticesiz bir suçtur. Soyut tehlike suçudur. İhmali hareketle işlenebilir. Hareketin parçalara bölünmesi mümkün olmadığından teşebbüse elverişli değildir.

Suç doğrudan kastla işlenir.

Suçta kusurluluğu kaldıran nedenler yapısına uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir. Suçta hukuka uygunluk nedenlerinin uygulanma kabiliyeti yoktur.

Suçta uzlaştırmacı kamu görevlisi sayılsa da gerek uzlaştırma görevinin adli niteliği gerek kamu görevlisine yüklenen suçlu bildirim yükümlülüğününün adli bir görev özelliği göstermesi göz önünde bulundurulduğunda, genel idare esaslarına göre yürütülen bir görevi yerine getirirken işlendiği iddia olunan suçlarda aranan soruşturma izninin uzlaştırmacı açısından bir gereklilik olarak ortaya çıkmadığı görülmektedir. Dolayısıyla uzlaştırmacının suçlu bildirmemesi suçunda soruşturma genel esaslara göre yürütülecektir.

Kaynakça

Kitaplar

- Akbulut Berrin/Aksan Murat, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, 2. Baskı, Ankara 2019.
- Antolisei Francesco, Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale, Vol. II, Milano 1982.
- Aşkın Uğur/Topuz Veysel/Bilge Burak, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, 2. Baskı, Ankara 2020.
- Aşık Mustafa Aydın, 6763 ve 7188 Sayılı Yasa Değişiklikleri ile Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, Ankara 2020.
- Aygün Eşitli Ezgi, Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığına Dair Karar, Ankara 2022.
- Bahriyeli Kemal, Türk Ceza Kanunu'nda Kamu Görevlisinin Suçlu Bildirmemesi Suçu, Tez, İstanbul 2010.
- Bakar Yunus Emre, Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaştırma, Ankara 2022.
- Balcı Demirel Nezihe, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, Ankara 2022.
- Değirmenci Olgun, Onarıcı Adalet Uygulaması Olarak Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma, 2. Baskı, Ankara 2021.
- Erdem Mustafa Ruhan/Eser Ferda/Özşahinli Pakize Pelin, 100 Soruda Uzlaştırma, Uzlaştırmacının El Kitabı, 3. Baskı, Ankara 2017.
- Erem Faruk, Türk Ceza Kanunu, Hususi Hükümler, C. 2, Ankara 1969.
- Ertemür Hazal, Ceza Muhakemesi Hukukunda Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Uzlaştırma, Ankara 2021.
- Fiandaca Giovanni/Musco Enzo, Diritto Penale, Parte Speciale, Vol. I, Bologna 1993.
- Hafizoğulları Zeki/Aygün Eşitli Ezgi, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar, Ankara 2014.
- Hafizoğulları Zeki/Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Millete ve Devlete Karşı Suçlar, Ankara 2016.

- Kolcu Selahattin, Suçu Bildirmeme Suçu, Ankara 2016.
- Majno Luigi, Ceza Kanunu Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, C. 2, Yargıtay Yayınları No: 4, Ankara 1978.
- Meran Necati, Hakaret, İftira, Suçtan Kaynaklanan Malvarlığını Aklama ve Soruşturmanın Gizliliğini İhlal Suçları, 2. Baskı, Ankara 2013.
- Özen Mustafa, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara 2018.
- Tan Hülya, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, Ankara 2020.
- Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Önok R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 19. Baskı, Ankara 2021.
- Ünver Yener, TCK'da Düzenlenene Adliyeye Karşı Suçlar-İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma, 4. Baskı, Ankara 2016.
- Yıldırım Ebubekir, Türk Hukuk Sisteminde Uzlaştırma Kurumu, Ankara 2020.
- Yurtcan Erdener, Yargıtay Kararları Işığında İftira Suçu (Adliyeye Karşı Diğer Suçlar), 3. Bası, Ankara 2019.

Makaleler

- Alaşahin Mehmet Emin, "Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması (TCK m. 258)", MÜHF-HAD, C. 20, S. 2, Y. 2014, s. 219-250.
- Hafızoğulları Zeki, "Ceza Hukuku Düzeninde Devlet Sırrı", HÜHFD, C. 2, S. 2, Y. 2021, s. 172-177.
- Özek Çetin, "Adliyeye Karşı Suçların Hukuksal Konusu", İÜHF, C. LV, S. 3, Y. 1997.
- Özen Muharrem/Köksal Atacan, "Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması Suçu", AÜHFD, C. 69, S. 1, Y. 2020, s. 189-232.
- Reimund Mary Ellen, "Confidentiality in Victim Offender Mediation: A False Promise", J. Disp. Resol., Vol. 2004, Iss. 2 [2004], Art. 3, p. 401-427.
- Taner Fahri Gökçen/Öntan Yaprak, "Uzlaştırmacının Özgü Suçlardan Doğan Cezai Sorumluluğu", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C. 9, S. 1, Y. 2021, s. 159-196.

Çevrimiçi Kaynaklar

<https://lib.kazanci.com.tr>

<https://sozluk.gov.tr>

İCRA SATIŞ İŞLEMLERİNDEKİ VERGİ UYUŞMAZLIKLARINDA GÖREVLİ YARGI YERİ

JURISDICTION FOR TAX DISPUTES IN ENFORCEMENT TURNOVERS

Özgür KIZILTOPRAK*

Özet: İcra daireleri tarafından yapılan satış işlemlerinde 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda öngörölmüş olan vergi hatalarının ortaya çıkması görevli yargı yeri sorununu gündeme getirmiştir. İcra işlemlerinde tek şikâyet mercii icra mahkemeleridir. Ancak vergi itirazlarında genel görevli yargı yeri ise vergi mahkemeleridir. Bu tartışmalı husus nedeniyle icra daireleri tarafından yapılan satışlardan kaynaklanan vergi uyuşmazlıklarında olumlu görev uyuşmazlıkları ortaya çıkmaktadır. Söz konusu tartışmalar devam ettiğinden görevli yargı yeri hakkında içtihat bütünlüğü sağlanamamıştır.

Konu hakkındaki mevzuat ve içtihat bir bütün olarak dikkate alındığında, icra daireleri tarafından yapılan satışlara ilişkin katma değer vergisi (KDV) uyuşmazlıklarında hem idari yargının hem de adli yargının eş zamanlı olmayan görevlilik halinin söz konusu olduğu anlaşılmaktadır. Şikâyet başvuruları üzerine icra mahkemelerinin verdiği kararlar icra takip işlemleri için kesinlik ifade ederken uyuşmazlığın esası için kesinlik ifade etmemektedir. Ayrıca ilgili mevzuatta vergi hatalarına ilişkin kanun yolları belirli kişi ve kurumlara istisna edilmeksizin açık bir şekilde belirtilmiştir. Bu nedenle icra takip süreci sonlandıktan sonra 213 sayılı Kanun'da belirtilen vergi hatalarından birinin olduğu yönündeki iddiaların idari yargıya taşınmasının (düzeltme şikâyet prosedürü izlenerek vergi mahkemelerinde dava konusu edilmesi) önünde herhangi bir hukuki engel bulunmadığı değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: İcra Satış İşlemleri, Şikâyet, Vergi Hataları, İcra Satışlarında Vergi Uyuşmazlıkları

Abstract: The emergence of tax errors envisaged in the Tax Procedural Law No. 213 in the sales transactions made by the enforcement offices brought up the issue of the competent jurisdiction. The only complaint authority in enforcement proceedings is the enforcement courts. However, the general jurisdiction for tax objections is the tax courts. Due to this controversial issue, positive

* Dr. Öğr. Üyesi, Bitlis Eren Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Uluslararası İlişkiler Bölümü, ozgurkiziltoprak13@gmail.com, ORCID: 0000-0002-1798-3352, Makalenin Gönderim Tarihi: 06.11.2022, Kabul Tarihi: 03.03.2023

duty conflicts have arisen in tax disputes arising from sales made by enforcement offices. Since the discussions in question continued, the integrity of the jurisprudence could not be ensured about the jurisdiction in charge.

When the legislation and court practices on the subject are taken into account as a whole, it is understood that both the administrative and judicial courts are in a state of non-simultaneous duty in the value added tax (VAT) disputes regarding the sales made by the enforcement offices. While the decisions given by the enforcement courts upon the complaint applications express certainty for the enforcement proceedings, they do not express certainty for the base of the dispute. In addition, it is considered that there is no legal obstacle in front of bringing the allegations of one of the tax errors specified in the Law No. 213 to the administrative jurisdiction (subject to lawsuits in tax courts by following the rectification complaint procedure) after the execution proceedings are concluded.

Keywords: Enforcement Turnover, Complaint, Tax Errors, Tax Disputes in Enforcement Sales

GİRİŞ

İcra işlemleri kamu kudreti kullanan icra organı tarafından, kamu hizmeti faaliyeti kapsamında tesis edilmekte ancak etkilerinin önemli bölümünü özel hukuk tarafından düzenlenen malvarlığı alanında göstermektedir. Bu işlemlerden biri de icra satış sürecindeki vergilendirme işlemleridir. Zira 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu (KDVK)¹ icra satışlarındaki taşınır ve taşınmaz teslimlerinin, katma değer vergisi (KDV)'ne tabi olduğunu hüküm altına almıştır. Söz konusu satış işlemlerinden doğan KDV'nin tahakkuk ve tahsili için icra daireleri görevlendirilmiştir (3065 sayılı Kanun m. 1/3-d). İcra satış işlemlerinden doğan KDV'de verginin asıl yüklenicileri satış ihalesi üzerinde kalan alıcılar olmakla birlikte 3065 sayılı KDVK icra dairesini hem vergi sorumlusu hem de vergi mükellefi olarak tayin etmiştir.

İcra satışlarındaki mal ve hizmet teslimlerinden doğan KDV'nin tahakkuk ettirilerek ihale alıcısından tahsil edilmesi ve vergi idaresi hesaplarına aktarılması icra dairesinin sorumluluğundadır. İcra dairesinin bu tek taraflı işlemi bir vergilendirme işlemidir. İcra dairesinin vergilendirmeye dair işlemleri hem icra takip hukuku hem de vergi hukukunu ilgilendiren karma hukuki rejime tabi işlemlerdendir. Bu

¹ 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu (KDVK), RG, 02.11.1984 /18563.

nedence icra dairesinin vergilendirme işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli yargı yeri sorunu gündeme gelmiştir.

Ayrıca icra dairesi tarafından satışı yapılan mal ve hizmet teslimlerinin KDV'den istisna olduğu veya satışı yapılan taşınır veya taşınmaz teslimlerinin daha düşük KDV'ye tabi olduğu iddiasıyla yapılan taleplerin icra dairesi tarafından reddedilmesi sonucunda muhatapların başvurabileceği hukuki yollara ilişkin belirsizlikler devam etmiştir. Görevli yargı kolu hakkında Uyuşmazlık Mahkemesi (UM) tarafından verilen kararlar arasında bile içtihat bütünlüğünün sağlanamamış olması, bu durumun ne kadar tartışmalı olduğunu doğrular niteliktedir. Konunun 213 sayılı Vergi Usul Kanunu (VUK)'nun 116. maddesi yönünden değerlendirilmesi makalenin özünü oluşturmaktadır.

1. İCRA DAİRELERİNİN VERGİLENDİRME İŞLEMLERİ

İcra dairelerine müzayede yolu ile yapılan satışlarda KDV'nin tarh ve tahsilatı ile ilgili mükellefiyet görevi verilmiştir. İcra yoluyla yapılan satışlarda verginin mükellefi, 3065 sayılı Kanun'un 8. maddesine göre, satışı gerçekleştiren icra daireleridir. İcra dairelerince müzayede mahallinde yapılan satışlar nedeniyle hesaplanan KDV'nin ilgili mevzuat uyarınca en geç bedelin tahsil edildiği günü izleyen günün mesai saati bitimine kadar vergi dairesine beyan edilip aynı süre içinde ödenmesi gerekmektedir. KDVK'nın 40. maddesi ve bu Kanun'un verdiği yetkiye istinaden yayımlanan Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği (KDVGUT)'nin² "B. Verginin Konusu ile İlgili Çeşitli Hususlar" başlıklı bölümünün 6/2. maddesinde satışa konu değer üzerinden hesaplanan KDV tahsil edilmeden ihale alıcısına teslimin yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır.

KDVK'nın lafzından icra dairelerinin, satış işlemlerinde verginin mükellefi olarak tayin edildiği anlaşılmaktadır. Buradaki mükellefiyet vergilendirmeye ilişkin birtakım görevleri yerine getirilmesini gözetmek ve gerçekleştirilmesini sağlama görevidir. Zira icra satışlarında verginin asıl yüklenicisi (mükellefi) mal ve hizmeti satın alan ihale alıcılarıdır. Söz konusu mükellefiyet görevi kapsamında satışı yapılan mal ve hizmete ilişkin KDV'yi kanunlarda gösterilen matrah ve oran-

² Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği (KDVGUT), RG, 28983 (26.04.2014), m. 6/2.

lar üzerinden hesaplayarak (tarh işlemi) tahsil etmek icra dairesinin sorumluluğundadır. İcra dairelerinin KDV mükellefiyeti bir tür vergi sorumluluğu niteliğindedir.

İcra dairelerine KDV'nin beyan ve ödenmesi ile ilgili mükellefiyet görevi veren 3065 sayılı Kanun hükümleri ve icra müdürlüğüne yapılan vergilendirme işlemleri birlikte dikkate alındığında icra dairelerinin vergi idaresi namına işlem tesis ettikleri anlaşılmaktadır. Bu kapsamda icra daireleri, satışını yaptıkları mal ve hizmet teslimlerinde tarh, tahakkuk ve tahsil işlemlerini yapmakla görevli kılındıklarından, satışını yaptıkları mal ve hizmet teslimleri üzerinden ödenmesi gereken KDV'yi kanunlarda gösterilen matrah ve oranlar üzerinden hesaplayan (tarh işlemi), bunu kesin satış belgesiyle birlikte ihale alıcısına bildirerek (tahakkuk işlemi³) tahsil eden idari merciilerdir.

İcra takip işlemlerinde genellikle özel hukuktan kaynaklanan alacak haklarının temini söz konusu olduğu için icra takip işlemlerinde temel dayanak icra ve iflas hukuku hükümleridir. Bununla birlikte icra takip işlemleri aynı zamanda kamu mercii tarafından tesis edilen idari işlem niteliğindedir.⁴ Kaldı ki icra dairelerinin vergilendirme işlemlerinin idari işlemlerde olduğu gibi bir kamu idaresi tarafından kamu kudreti kullanılarak tesis edilmesi söz konusudur. Genellikle tek yanlı olarak tesis edilen bu işlemler için hukuka uygunluk karinesi geçerlidir.⁵ Bu nedenle idarenin yaptığı işlemler, iptal edilmediği veya idare tarafından geri alınmadığı sürece hukuka uygun kabul edilmektedir.⁶

Alacak haklarının teminini sağlayan bir amme idaresi olarak icra daireleri kamu kudretini kullandıkları gibi hukuka uygunluk karinesinden de faydalanmaktadır.⁷ Dolayısıyla icra müdürlüğü tarafından

³ Vergi alacağının kanunlarda gösterilen matrah ve oranlar üzerinden hesaplanarak miktarının belirlenmesini ifade eden tarh işlemi ile bu verginin kesinleşmesi işlemini ifade eden tahakkuk işlemi icra satış işlemlerinde aynı anda gerçekleştiğinden bu bileşik işlem verginin tahakkuku olarak ifade edilmiştir.

⁴ Ozan Tok, "İcra İşleminin Yapısı ve Hukuki Rejimi", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C. 9, S. 1, s.58.

⁵ Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, 2. Bası, Bursa 2009, s. 673.

⁶ İsmail, Uçar, "İdare Hukukunda Kamu Gücü Ayrıcılığı Kavramı ve Bir Kamu Gücü Ayrıcılığı Olarak Hukuka Uygunluk Karinesi", *GÜHFD*, C. XX, S. 3, Y. 2016, s. 348; İbrahim Akın ve Akın Tansu, *İcra Müdürlüğü İşlemlerinin Şikâyet Yolu ile Denetimi*, Ankara 1997, s. 22-23.

⁷ Tok, s.58.

satışı yapılmış olan mal ve hizmetlere ilişkin KDV tahakkuk işlemlerinde de hukuka uygunluk karinesinin geçerli olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle ilgili icra dairesi tarafından yanlış hesaplanmış olsa bile tahakkuk ettirilmiş olan KDV tutarları ilgili icra dairesi tarafından düzeltilmediği veya icra mahkemesi tarafından iptal edilmediği sürece hukuka uygun bir idari işlem olarak kabul edilmektedir.

2. GÖREVLİ YARGI YERİ SORUNU

İcra dairesi tarafından satışı yapılan mal ve hizmet teslimlerinin KDV'den istisna olduğu veya satışı yapılan taşınır veya taşınmaz teslimlerinin daha düşük katma değer vergisine tabi olduğu iddiasıyla yapılan taleplerin icra dairesi tarafından reddedilmesi sonucunda muhatapların (ihale alıcıları, borçlu, alacaklı, kefil, menfaati etkilenenler vb.) başvurabileceği hukuki çareye ilişkin belirsizlik, konu hakkındaki UM kararlarına rağmen varlığını sürdürmektedir. Zira konuyla ilgili olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklarda bir kısım vergi mahkemelerinin uyuşmazlığın idari yargının görev alanında olduğundan bahisle, davayı görmeye devam ettikleri ve görev itirazlarını ise reddettiler anlaşılmaktadır.⁸

Yargı kolları arasındaki görev uyuşmazlıklarını karara bağlamakla görevli olan UM'nin bile konu hakkında istikrar kazanmış bir içtihadından söz etmek mümkün değildir. Zira icra dairesi tarafından yapılan satışlardaki vergi uyuşmazlıklarının çözümü hususunda ortaya çıkan olumlu görev uyuşmazlıkları ile ilgili UM kararları arasında bile birbirine zıt hükümler bulunmaktadır.⁹ Konu hakkında istikrar kazanmış bir içtihadın da bulunmaması nedeniyle icra dairelerinin satış işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar hem idari yargı hem de adli yargıda dava konusu edilebilmektedir. Diğer bir ifade ile KDV uyuşmazlıkları, idari yargıda vergi mahkemelerinde iptal davasına veya adli yargıda icra mahkemeleri nezdinde şikâyet başvurusuna konu edilebilmektedir. Bu tür uyuşmazlıkların hem idari yargı hem de adli yargı tarafından kendi görev alanında görülmesi gerek icra takip iş-

⁸ Uyuşmazlık Mahkemesi (UM), T: 20.10.2021, E:2020/433, K:2021/466; UM, T:24.02.2020, E:2020/46, K:2020/114. <https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/>

⁹ UM, T:28.02.2022, E: 2021/524, K:2022/120; UM, K:2021/466; UM, K:2020/114. <https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/>

lemleri için gerekse bu işlemlerin tarafları için hukuki belirsizlik yaratmaktadır. Söz konusu belirsizliklerin UM'nin 24.02.2020 ve 20.09.2021 tarihli kararlarına rağmen sona erdiği söylenemez. Uyuşmazlık Mahkemesi E:2020/466 ve E:2021/433 sayılı kararları ile (4'e karşı 3 ile oy çokluğu ile) icra satışlarından kaynaklanan KDV uyuşmazlıklarında adli yargı yerinin görevli olduğuna karar vermiştir.¹⁰

Olumlu görev uyuşmazlığı ile ilgili olarak UM'ye intikal ettirilmiş olan E:2021/433 sayılı davanın konusu, icra dairesi tarafından satışı yapılmış taşınmaz üzerinden tahsil edilmiş KDV'nin iadesi talebini reddeden Hazine ve Maliye Bakanlığı (Gelir İdaresi Başkanlığı) işlemi iken E:2020/46 sayılı dosyanın konusu, mahcuz taşınmazın satışında %1 KDV oranı hesaplanması gerekirken %18 KDV oranı uygulamak suretiyle fazladan tahsil edilen KDV'nin iadesini reddeden ilgili vergi dairesi işleminin iptali talebidir. Her iki uyuşmazlıkta da iptali ve iadesi talep olunan KDV'yi tahakkuk ve tahsil eden idari mercii icra müdürlüğü olmakla birlikte söz konusu vergi icra müdürlüğü tarafından ilgili vergi dairesi müdürlüğü hesaplarına intikal ettirilmiştir. Ayrıca ret ve iadeyi yapacak olan idari mercii ilgili vergi dairesi iken işlemi yapan idari birim ise icra müdürlüğüdür.

Uyuşmazlık Mahkemesi'ndeki 24.02.2020 tarih ve E:2021/433 sayılı davanın konusu icra satış işleminin KDV'den istisna olduğu iddiasıyla Hazine ve Maliye Bakanlığı aleyhine Konya 2. Vergi Mahkemesi nezdinde açılmış olan iptal davasıdır. Söz konusu iptal davasında davalı idare vekilinin icra dairesi aracılığıyla yapılan satışlarda tahsil edilen KDV'ye ilişkin uyuşmazlıklarda görevli yargı yerinin icra mahkemesi olduğu iddiasıyla yaptığı görev itirazı ilgili vergi mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Ret kararı üzerine yapılan itiraz neticesinde ise Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı uyuşmazlığın adli yargı yerince çözümlenmesi gerektiğinden bahisle 2247 sayılı Kanun'un 10. maddesi uyarınca olumlu görev uyuşmazlığı çıkarılması yönünde karar vermiştir.

Olumlu görev uyuşmazlığı ile ilgili olarak Uyuşmazlık Mahkemesi'nde görülen davada oy çokluğu ile görevli yargı yerinin adli yargı olduğuna karar verilmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin

¹⁰ UM, K.2021/466; UM, K.2020/114.

oy çokluğu ile aldığı kararda uyuşmazlığa konu verginin tahakkuk etmesine sebep olan ihale işleminin icra müdürlüğü tarafından yapıldığı ve ihale sonucunda KDV ödenmesi gerektiği yönündeki kararın da icra müdürlüğü tarafından alındığı ve ayrıca KDV uyuşmazlığının icra takip işlemlerinin bir parçasını oluşturduğu ifade edilmiştir. Ancak karar oybirliği ile alınmamıştır. Zira üç mahkeme üyesi vergi mahkemelerinin görev alanını belirleyen 2576 sayılı Kanun gereğince uyuşmazlığın vergi mahkemelerince karara bağlanması gerektiğinden bahisle karara muhalif kalmışlardır. Karara muhalif kalan üyelerin karşı oy gerekçelerinin temel dayanağı 2576 sayılı Kanun'dur. Söz konusu Kanun'a göre (2576 sayılı Kanun); genel bütçeye, il özel idarelerine, belediyelere ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları ile ilgili tarifelere ilişkin uyuşmazlıkları karara bağlamada vergi mahkemeleri yetkilidir. Davanın vergi uyuşmazlığı olduğu hususunda herhangi bir görüş ayrılığı bulunmamaktadır. Ancak temel görüş ayrılığı, işleyişi icra ve iflas hukukuna göre kurgulanmış işlemler bütünü karşısında vergilendirmeye ilişkin uyuşmazlıklarda idari veya adli yargı kollarından hangisinin görevli olduğu hususundadır. Karşı oy kullanan üyelere göre davanın esas itibarıyla vergi uyuşmazlığı olduğu hususunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu nedenle karşı oy kullanan mahkeme üyelerinin görüşü, vergi uyuşmazlıklarına ilişkin davaların görüm ve çözümünde genel görevli yargı yeri olan idari yargı yerlerinin, icra satış işlemlerinden kaynaklanan vergi uyuşmazlıklarının çözümünde de görevli olduğu yönündedir. Uyuşmazlığın çözümünde görevli yargı yerinin adli yargı olması gerektiği yönündeki görüşün temel gerekçesi ise vergilendirme işlemlerinin icra işlemlerinin bir parçası olarak görülmesidir. Söz konusu kararın gerek oy çokluğu ile (4'e karşı 3 oyla) alınması gerek dosyanın raportör hâkimi ile Danıştay Savcısının aksi yöndeki görüşleri, bu tür uyuşmazlıkların ne derece tartışmalı olduğunu doğrular niteliktedir. Aynı durum (4'e karşı 3 oy çokluğu kararı) UM'nin E:2020/466 sayılı kararında da söz konusudur. Kaldı ki aynı konuda UM tarafından verilen E:2021/524 sayılı kararda oy çokluğu ile idari yargının görevli olduğuna hükmedilmiştir. UM'nin bile konu hakkında istikrar kazanmış bir içtihadının bulunmadığı dikkate alındığında konunun ne derece tartışmalı olduğu anlaşılmaktadır.

3. İCRA TAKİP İŞLEMLERİNDE ŞİKÂYET BAŞVURUSU

İcra işlemleri, alelade ve icra takip işlemleri olmak üzere iki türdür. Alelade işlemlerin temel niteliği icra dairesi tarafından yapılmasıdır.¹¹ Buna karşın bir icra işleminin icra takip işlemi sayılabilmesi için üç şartın bir arada bulunması gerekmektedir. Dolayısıyla bir icra işlemi; borçluya karşı yapılıyorsa¹² takibi ilerletebilme kabiliyetine haiz ise ve icra organı tarafından yapılıyorsa icra takip işlemidir.¹³ Zira bir icra işleminin icra takip işlemi veya alelade işlem olmasının sonuçları farklıdır. Zira Türk Borçlar Kanunu'na göre icra takip işlemleri zamanaşımını kesmektedir (TBK m.157).¹⁴ Bu durumda satış ilanı, kıymet takdiri gibi ön hazırlık işlemleri takibi doğrudan doğruya ilerletici karakter göstermeyen işlemler olduklarından bunlar alelade işlemlerdendir.¹⁵ Buna karşın ihale hazırlık işlemleri sonrasında yapılan ihale, mahcuz malın mülkiyetinin alıcıya geçirilmesini sağladığından bu "ihale" işlemi bir icra takip işlemidir.¹⁶ Ayrıca takip işlemleri ile doğrudan icra takip işlemlerinin kastedilmediğini belirtmekte fayda vardır. Zira takip işlemleri taraf takibi ve icra takip işlemleri olmak üzere iki işlem türünü de kapsayan bir kavramdır. Haciz ve satış talebi gibi işlemler icranın taraflarınca yapılan, takibe yön ve şekil veren işlemler olup bu tür işlemler taraf takip işlemleridir. Buna karşın icra organları tarafından borçluya karşı yapılan ve cebri icrayı ilerletebilme kabiliyetine haiz olan haciz ve satış işlemleri gibi işlemler ise icra takip işlemleridir.¹⁷ Sonuç olarak icra dairesi tarafından yapılan taraf takip işlemi sayılmayan, takibi ilerletme kabiliyetine haiz olan ve borçluya karşı yapılan icra satış işlemlerinin icra takip işlemi olduğu anlaşılmaktadır.

İcra ve İflas Kanunu (İİK)'na göre icra dairesinin icra takip işlemlerine karşı ilgililerin başvurabileceği temel yol şikâyet başvurusu olup

¹¹ Tok, s.58.

¹² Doktrinde sadece borçluya değil alacaklıya ve hatta 3. kişilere karşı yapılan işlemlerin de bu şart kapsamında olduğuna yönelik görüşler bulunmaktadır. Bu yönde bkz. İbrahim Aşık, *İcra Sözleşmeleri*, Ankara 2006, s. 99; Evren, Kılıçoğlu, *İcra Sözleşmeleri*, İstanbul 2005, s. 116.

¹³ Nilüfer Boran Güneysu, "İcra Takip İşlemleri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012, S. 101, s. 37-50; Tok, s.63-64.

¹⁴ Türk Borçlar Kanunu (TBK), R.G, 27836 (04.02.2011), Kanun No.6098, md. 157.

¹⁵ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, (Y.12.HD), T: 02.07.2013.

¹⁶ Tok, s.61.

¹⁷ Bilge Umar, *İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişimi ve Genel Teorisi*, İzmir 1973. s. 171-175.

söz konusu şikâyet başvuruları icra mahkemelerince karara bağlanmaktadır. İcra ve iflas hukukuna özgü bir hukuki çare olarak nitelenen şikâyet müessesinde, icra dairesinin yapmış olduğu işlemlerin düzeltilmesi, iptali, yapılmayan veya sebepsiz sürüncemede bırakılan işlemlerin tesis edilmesi yönündeki taleplerin değerlendirilerek karara bağlanması söz konusudur.¹⁸ İcra takiplerinin tamamında ve icra sürecinin her aşamasında icra dairesince yapılmış olan işlemlerin düzeltilmesi veya iptali için icra mahkemesine başvurulabilmektedir.

Şikâyet yolu ile bir hakkın veya haksızlığın tespiti amaçlanmadığı gibi takip konusu işlemle ilgili bir mahkeme kararı elde edilmesi de söz konusu değildir. İşlemi yapan kamu görevlisi hakkında bir tespit veya disiplin yaptırımını uygulanmasını sağlamak da değildir.¹⁹ Şikâyet yoluna başvuruda amaç, hatalı olduğu öngörülen icra işlemlerinin iptalini veya düzeltilmesini veya bir hakkın yerine getirilmemesi veya sebepsiz yere sürüncemede bırakılmasına engel olunmasını sağlamaktır.²⁰

Öğretide, şikâyetin hukuki niteliğine ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlerden biri şikâyeti icra ve iflas hukukuna özgü bir kanun yolu olarak kabul eden görüştür.²¹ Kanun yolu görüşü, icra ve iflâs hukukuna bakımından uygun olmayan işlemlerinin iptalini ve düzeltilmesini sağlayan hukuki süreci ifade etmektedir. Bununla birlikte icra ve iflas hukukundaki şikâyet başvurusu, usûl hukukunda öngörülen kanun yollarından farklıdır.²² Bu nedenle şikâyetin teknik anlamda bir kanun yolu olmadığını belirtmek gerekmektedir. Zira usul hukukundaki kanun yolundan bahsedilebilmesi için bir mahkemenin ve onun üst mercii olan başka bir mahkemenin varlığı gereklidir.²³

¹⁸ Ahmet Ertan Yılmaztekin, "İcra İflas Hukukunda Şikâyet Sebepleri ve Süresi", *İzmir Barosu Dergisi*, Ağustos 2022, Yıl 87, Sayı: 2, s.462.

¹⁹ Hakan Pekcanitez/Cemil Simil, *İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, İstanbul 2017, s. 7-9.

²⁰ Timuçin Muşul, *İcra ve İflas Hukukunun Esasları*, Ankara 2017, s.55; Pekcanitez ve Simil, s. 7; Süleyman Burak Gündoğdu, "Anayasa Mahkemesinin İcra ve İflâs Hukukundaki Şikâyet Müessesesine Hukukî Dinlenilme Hakkı Açısından Yaklaşımı", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl 9, Sayı.18 s.95.

²¹ Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, B. 3, Ankara 2020, s. 52.

²² Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, 2. Bası, Ankara 2013, s. 63; Akın/Akın, s.29.

²³ Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 52.

Şikâyetin hukuki niteliği itibariyle dava olup olmadığı ise tartışmalı bir husustur. Bir görüşe göre şikâyet, usul hukukundaki klasik davada olması gereken unsurları barındırmadığından hukuki niteliği itibariyle bir dava değildir. Zira şikâyet müessesinde özel hukukun tanımış olduğu bir hakkın esasına ilişkin bir tartışmanın varlığından söz edilememektedir.²⁴ Ayrıca bir davada en az iki taraf bulunması gerekirken şikâyette karşı taraf yoktur. Şikâyette esas itibariyle bir hakkın yerine getirilmesi talep edilmektedir. Ayrıca şikâyetin bir dava olarak nitelendirilmesi halinde davalının idare olması gerekir. Zira işlemi gerçekleştiren kişi, Adalet Bakanlığı'na bağlı olarak görevini ifa eden bir memurdur.²⁵ Ancak bununla birlikte Anayasa Mahkemesi somut norm denetimi başvurusuna ilişkin vermiş olduğu bir kararda şikâyeti bakılmakta olan bir dava olarak nitelendirmiştir.²⁶ Ayrıca Anayasa Mahkemesinin şikâyete ilişkin bireysel başvuruları kabul etmesi söz konusu yüksek mahkemenin şikâyet müessesesini dava olarak kabul ettiğini göstermektedir.²⁷ İcra takip işlemlerinin icra mahkemelerinde şikâyete konu edilmesi ve söz konusu şikâyet başvurularının karara bağlanmasını ifade eden bu süreç gerek İİK'da gerekse hukuk terminolojisinde açık bir şekilde dava olarak nitelendirilmemiştir.

İİK m. 363/I kapsamında kalanlar hariç olmak üzere miktar sınırını aşmak kaydıyla şikâyet üzerine verilen kararlar hakkında kanun yoluna gidilebilmektedir. Şikâyet üzerine verilen kararların istinaf edilmesi üzerine Bölge Adliye Mahkemesi şikâyet kararını kaldırır, düzeltilir ya da şikâyetin esasına yönelik yeni bir karar verebilir. İcra mahkemesine şikâyet yoluna başvurmak hukuki çare olarak nitelendiğinden²⁸ şikâyet üzerine verilen kararların sadece takip hukuku açısından kesinlik ifade ettiğini belirtmek gerekmektedir. Salt takip prosedürü için geçerli olan söz konusu kesinlik, uyuşmazlığın esası için geçerli değildir. Zira icra takip işlemlerine konu bir hakkın şikâyet sonucunda icra mahkemesince reddedilmiş olması söz konusu hakkın farklı mahkemelerde teminini sağlamak için genel mahkemelerde dava açılmasına engel değildir. Zira icra mahkemesi kararlarında ke-

²⁴ Pekcanitez/Simil, s. 17.

²⁵ Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 52.

²⁶ Anayasa Mahkemesi (AYM), T:26.10.1965, K.1965/57.

²⁷ Gündoğdu, s. 97.

²⁸ Kuru, s. 71; Pekcanitez/Simil, s. 49.

sin hüküm etkisi salt takip prosedürü ile sınırlıdır. Bunun dışındaki hallerde icra mahkemesi kararları şeklen kesinleşmiş olsa da maddi anlamda kesin hüküm etkisine kural olarak sahip değildir.²⁹

Pekcanitez ve Simil tarafından şikâyet üzerine icra mahkemesince yapılan inceleme ve değerlendirme süreci bir davadan çok hukuki bir çare olarak nitelendirilmektedir. Bunun doğal bir sonucu olarak şikâyet dilekçesinin dava dilekçesi gibi sıkı şekil şartlarına bağlı olmadığı ve hatta belirli şartlarda sözlü şikâyet başvurusu imkânının olduğu ileri sürülmektedir.³⁰ Kaldı ki Yargıtay 12. Hukuk Dairesi tarafından şikâyetin bir dava olmadığı, bu nedenle şikâyet dilekçesinin usul hukukunda yazılı şartları taşımasının zorunlu olmadığına karar verilmiştir. Söz konusu karara göre şikâyet dilekçesine icra dosya numarasının yazılmaması veya yanlış yazılması gibi temel eksiklikler şikâyet dilekçesini sakatlamamaktadır.³¹

Yargıtay'a göre, katma değer vergisine ilişkin istisnanın uygulanmaması nedeniyle fazladan ödenen paranın iadesi maksadıyla şikâyet süresizdir. Çünkü şikâyet sebebi bir hakkın yerine getirilmemesidir.³² Ancak gerek süreli gerekse süresiz şikâyet, icra takibi sonuçlanıncaya kadar mümkündür. Takip sonuçlandıktan sonra o takibe ilişkin bir işleme karşı süresiz şikâyet yoluna başvurulamaz.³³ Bu nedenle icra takibi sonuçlandıktan sonra süresiz şikâyet yoluna da gidilememesi nedeniyle ortaya çıkan mağduriyetlerin önlenmesi adına düzeltme – şikâyet yolu önemli bir fırsat sunmaktadır. İcra satış işlemlerindeki vergisel hatanın süre kısıtlamasına tabi olmaksızın (düzeltme zaman aşımı içinde) düzeltme – şikâyet yolu ile düzeltilmesi veya iptali mümkündür.

²⁹ Gökçe, Varol, "İcra Mahkemelerinde Yargılama Usulü", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 2- Temmuz 2020- s. 436.

³⁰ Pekcanitez/Simil s. 48; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan /Muhammet Özkes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 5. Bası, İstanbul 2018. s. 101.

³¹ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi (Y.12. HD), K. 2017 / 8872, (06.06.2017). (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>)

³² Y.12. HD, T:28.01.2016, E. 2015/25547, K. 2016/2476; T:11.05.2016, E. 2016/1099, K. 2016/13917; T: 01.03.2017, E. 2016/11930, K. 2017/3019. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>)

³³ Y.12. HD, T:28.03.2016, E. 2015/32397, K. 2016/8972. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>)

4. VERGİ HATALARINDA DÜZELTME ŞİKÂyet VE İPTAL DAVASI

Vergilendirme işlemleri borç doğurucu işlemler olduklarından bu işlemlerin menfaati etkilenenler (hakkında cezalı tarhiyat veya tahakkuk yapılan, hakkında takip işlemleri yapılanlar) tarafından iptal davasına konu edilmesi esastır. Ancak bu hak dava konusu işlemlerin tebliğinden itibaren belirlenmiş süreler dâhilinde kullanılabilir. Diğer bir ifade ile ilgili vergilendirme işlemlerine karşı ancak yasalarla belirlenmiş süreler içinde yargı yoluna başvurulabilmektedir.³⁴

Vergilendirme işlemlerinin iptali istemi süreye bağlı bir hak olmakla birlikte bazı vergilendirme işlemlerinin süreye bağlı olmaksızın belirli şartlarda iptal davasına³⁵ konu edilmesi mümkündür. VUK'da (md.116) belirtilmiş olan vergi hataları süreye bağlı olmaksızın (tarh zaman aşımı süresi içinde) belirli şartlarda iptal davasına konu edilmesi mümkün vergilendirme işlemlerindedir.³⁶ Vergi gibi karşılıksız bir mali yük karşısında dava süresi geçirilmiş olsa bile belirli şartlarda vergi mükelleflerine dava hakkını sağlayan söz konusu prosedür, "düzeltme- şikâyet yolu" ve "iptal davası" süreçlerinden oluşmaktadır.

VUK'da vergi hatası olarak kavramlaştırılan işlemlerin iptal davasına konu edilebilmesi belirli koşulların sağlanmasına bağlanmıştır. Bunun için öncelikle ortada 213 sayılı VUK'un 116. maddesinde belirtilen türden bir vergi hatası bulunmalı ve vergi hatasının iptal davasına konu edilmesi için ise Kanun'da öngörülmüş olan işlem sürecinin sırasıyla gerçekleşmesi gerekmektedir. Buna göre;

- 213 sayılı VUK'un 116. maddesinde belirtilen türden bir vergi hatası olması halinde söz konusu vergi hatasının düzeltilmesi için vergi dairesi müdürlüğüne yapılmış yazılı bir düzeltme talebi bulunmalı,
- Vergi dairesi müdürlüğü tarafından düzeltme talebi reddedilmiş olmalı,

³⁴ Ahmet Bağrıaçık ve Ayhan Tekinsoy, "Tam Yargı Davası Özelinde İdari Yargıda Dava Açma Süresi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, C. XXVI. Y. 2022 Sayı. 3, s.589.

³⁵ Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulunun 17.05.1996 tarihli ve E. 1995/74, K.1996/234 sayılı Kararına göre vergi hatalarının giderilmesi amacıyla yapılan düzeltme başvuruları ve şikâyet başvurularının reddedilmesi üzerine açılan davalar iptal davasıdır.

³⁶ 213 sayılı Vergi Usul Kanunu (VUK), R. G, 10.01.1961/10703.

- Düzeltme talebinin reddeden vergi dairesi müdürlüğü işlemine karşı Gelir İdaresi Başkanlığına şikâyet başvurusu yapılmış olmalıdır.

Şikâyet talebinin ise Gelir İdaresi başkanlığı tarafından reddedilmiş olması halinde ret işlemi aleyhine yetkili vergi mahkemesi nezdinde iptal davası açılması mümkündür (VUK m. 116).

Vergi hatalarını düzenleyen 213 sayılı VUK'a göre vergiye müteallik hesaplarda veya vergilendirmede yapılan hatalar yüzünden haksız yere fazla veya eksik vergi istenmesi veya alınması vergi hatası olarak tanımlanmıştır. Vergi hataları; hesap hataları ve vergilendirme hataları olarak iki başlıkta sınıflandırılmıştır (VUK m. 116).

VUK'da hesap hataları; matrah hataları, vergi miktarında hatalar ve verginin mükerrer olması olmak üzere üç başlık altında düzenlenmiştir. Vergilendirme ile ilgili beyanname, tahakkuk fişi, ihbarname, tekelif cetveli ve kararlarda matraha ait rakamların veya indirimlerin eksik veya fazla gösterilmiş veya hesaplanmış olması matrah hatasıdır. Vergi nispet ve tarifelerinin yanlış uygulanması, mahsupların yapılmamış veya yanlış yapılmış olması, vesikalarda verginin eksik veya fazla hesaplanmış veya gösterilmiş olması ise vergi miktarındaki hatalar olarak kategorize edilmiştir. Aynı vergi kanununun uygulanmasında belli bir vergilendirme dönemi için aynı matrah üzerinden bir defadan fazla vergi istenmesi veya alınması ise verginin mükerrerliği hatası olarak sınıflandırılmıştır (VUK md. 117).

VUK'da belirtilen vergilendirme hataları ise mükellefin şahsında hata, mükellefiyette hata, mevzuda hata ve vergilendirme veya muafiyet döneminde hatadır. Bir verginin asıl borçlusu yerine başka bir kişiden istenmesi veya alınması mükellefin şahsında hata iken, açık şekilde vergiye tabi olmayan veya vergiden muaf bulunan kimselerden vergi istenmesi veya alınması ise mükellefiyette hatadır. Açık olarak vergi mevzuuna girmeyen veya vergiden müstesna bulunan gelir, servet, madde, kıymet, evrak ve işlemler üzerinden vergi istenmesi veya alınması mevzuda hata; aranan verginin ilgili bulunduğu vergilendirme döneminin yanlış gösterilmiş veya süre itibarıyla eksik veya fazla hesaplanmış olması ise vergilendirme veya muafiyet döneminde hatadır (VUK m. 118).

Vergi hataları idarece hatanın fark edilmesi neticesinde resen düzeltilebileceği gibi ilgili mükellefin başvurusu üzerine de düzeltilebilmektedir (VUK m. 119). 213 sayılı VUK'un 121. maddesinde idarece tereddüt edilmeyen açık ve mutlak vergi hatalarının re'sen düzeltileceği hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte kendi aleyhlerine düzeltme yapılan kimselerin düzeltmeye karşı vergi mahkemesinde dava açma haklarının bulunduğunu da belirtmek gerekmektedir. Düzeltmesine ilgili vergi dairesi müdürlerinin yetkili olduğu hatalar düzeltme fişine dayanılarak düzeltilir. Hatanın mükellef aleyhine yapılmış olması halinde, fazla vergi aynı fişe dayanılarak terkin ve tahsil olunmuş ise mükellefe ret olunmaktadır.

Mükellef, hakkında yapılmış bir vergilendirme işleminde hata olduğunu düşünüyorsa ve vergi mahkemesinde dava açma süresi geçmişse ilgili idari birimden (vergi dairesinden) düzeltme talebinde bulunabilmektedir. Düzeltme talebi reddedilen mükellefin bu ret işlemine karşı şikâyet yoluyla Hazine ve Maliye Bakanlığına müracaat etmesi gerekmektedir (il özel idare vergileri için valiliğe ve belediye vergileri için ise belediye başkanlığına müracaat edilir). Şikâyet taleplerinin reddi üzerine ise mükelleflerin idari yargıda iptal davası açma imkânı bulunmaktadır (VUK m. 119).

Özetle düzeltme - şikâyet prosedüründe öncelikle vergi hatası bulunan işlemi yapan vergi dairesinden hatalı işlemin düzeltilmesi talebinde bulunulması gerekmektedir. Mükellefin düzeltme talebi kabul edilir ve hatalı vergilendirme işlemi düzeltilirse Hazine ve Maliye Bakanlığı'na şikâyet müracaatı yapılmasına gerek kalmaksızın süreç sonlanır. Vergi dairesi düzeltme talebini reddederse, bu defa düzeltme talebini reddeden işlemin düzeltilmesi için Hazine ve Maliye Bakanlığı'na şikâyet müracaatında bulunulur. Hazine Maliye Bakanlığı şikâyet talebini kabul ederek vergi dairesine vergi hatasının düzeltilmesi talimatı verebilir veya şikâyet talebini reddedebilir. Şikâyet talebinin reddi halinde ise söz konusu idari işlem aleyhine idari yargıda dava açma hakkı doğar.

Yasa koyucunun vergi hataları sonucu oluşan mağduriyetleri önlemek için vergi hatalarına karşı düzeltme- şikâyet prosedürünü oldukça geniş tuttuğu anlaşılmaktadır. Zira vergi mahkemesi, bölge idare mahkemesi ve Danıştay'dan geçmiş olan muamelelerde vergi

hataları bulunduğu takdirde yargı kararları kesinleşmiş olsa bile, bu hataların düzeltilebilmesine kanun cevaz vermiştir. Ancak bununla birlikte düzeltmenin yapılabilmesi için vergi hatalarının esası hakkında vergi mahkemesi, bölge idare mahkemesi veya Danıştay tarafından bir karar verilmemiş olması gerekmektedir (VUK m. 125). Vergi hatası hakkında vergi mahkemesi, bölge idare mahkemesi ve Danıştay tarafından bir karar verilmemiş olması yönündeki koşuldan kasıt vergi hatasının bulunup bulunmadığına yönelik esastan verilmiş kararlardır.

Düzeltilme- şikâyet yolu hatalı vergilendirme işlemlerinin iptali için öngörülmüş önemli bir usuldür. Ancak, şunu belirtmek gerekir ki düzeltme- şikâyet yoluna gidilebilmesi için vergi hatasının açık olması gerekir. Düzeltmenin yapılabilmesi için açık ve mutlak bir vergi hatasının bulunması gerekmektedir. Açık ve mutlak bir vergi hatası yoksa düzeltme yapılamaz. Diğer bir ifadeyle, yapılan hata vergi hatası niteliğinde değil, bir hukuki yorum hatası niteliğinde ise bu takdirde düzeltme istenemez.³⁷

Düzeltilme- şikâyet prosedürü olarak ifade edilen bu yol ile tarh zaman aşımı süresi içinde tüm vergilendirme hatalarının iptal davasına konu edilebilmesi mümkündür. Vergi gibi karşılıksız bir mali yük karşısında, dava süresi geçirilmiş olsa bile, belirli şartlarda vergi mükelleflerine dava hakkını sağlayan bu süreçle hukuka uygunluk karinesinden faydalanan hatalı vergilendirme işlemlerinin düzeltilmesi veya iptali sağlanabilmektedir. Zira tüm idari işlemlerde olduğu gibi vergilendirme işlemleri için de hukuka uygunluk karinesi geçerlidir. Bir vergilendirme işlemi hatalı doğmuş olsa bile idare tarafından düzeltilmediği, geri alınmadığı veya yargı mercileri tarafından iptal edilmediği sürece hukuka uygun bir işlem olarak varlığını sürdürür. Hukuka uygun bir idari işlem gibi mükellefler üzerindeki icrai etkilerinin ise devam etmesi söz konusudur.

Vergi hataları, icra takip satışlarındaki KDV tarh ve tahakkuk işlemlerinde de mümkün olabilmektedir. İcra satışlarında hesaplanan KDV'nin konusunda veya miktarında vergi hatası olması pekâlâ mümkündür. Kaldı ki ilgili mevzuatta icra dairesi tarafından yapılan vergi hatalarının düzeltme- şikâyet prosedüründen istisna tutulduğuna dair

³⁷ Aydın Alper, "İdari Yargı Kararları Işığında Vergi Dairelerinin Mali Sorumluluğu", *Konya Barosu Dergisi*, 2021, Cilt 1, Sayı 1, s.222.

yasal bir hüküm de bulunmamaktadır. Aksine vergi hatalarının tamamı 213 sayılı VUK'un ilgili maddelerinde tek tek sayılmak suretiyle belirtilmiştir. Sonuç olarak icra müdürlükleri tarafından yapılan satışlarda ortaya çıkan herhangi bir vergi hatasının düzeltme-şikâyet talebine konu olamayacağını ileri sürmek Kanun'un amacına ve ruhuna aykırılık teşkil edecektir.

İcra dairelerinde yapılan satışlardaki temel KDV uyuşmazlıklarından biri satış işleminin KDV'den istisna olduğuna ilişkin itirazlardır. Diğer temel uyuşmazlık konusu ise satış işleminin daha düşük oranda KDV'ye tabi olması gerektiği yönündeki itirazlardır. Satış işleminin KDV'den istisna olduğu yönündeki uyuşmazlık 213 sayılı Kanun'da zikredilen vergi hatalarından olan mükellefiyette hatadır. Açık olarak vergiye tabi olmayan veya vergiden muaf bulunan kimselerden vergi istenmesi veya alınmasına ilişkin vergilendirme hatalarından biri olan mükellefiyette hata icra dairelerince yapılan satışlardaki temel itiraz konularından bir diğerini oluşturmaktadır. Vergi hesap hataları da icra dairelerinde yapılan satışlardaki bir diğer temel itirazlardandır. Satışı yapılmış olan mal ve hizmete uygulanması gereken KDV'nin daha düşük olması gerektiği yönündeki itirazlar ise vergi hesap hatasına ilişkin itirazlardır. Sonuç olarak ilgili kanun hükümleri karşısında vergi hatalarının icra satış müdürlüğü tarafından yapılmış olması söz konusu vergi hatalarının düzeltme-şikâyet prosedürüne konu edilmesine engel olamayacağını göstermektedir.

İcra dairesi tarafından tahakkuk ettirilmiş olsa bile icra satışlarındaki vergi hatalarının düzeltilmesini talep etme ve bu talepler hakkında Hazine ve Maliye Bakanlığına şikâyet başvurusunda bulunma imkânının bulunduğu açıktır. Dolayısıyla icra takibi sonlanmış satış işlemlerindeki vergi hatalarına ilişkin düzeltme-şikâyet prosedürü sonucunda şikâyet talebi reddedilen muhatapların bu ret işlemine karşı idari yargıda iptal davası açma imkânının bulunduğu anlaşılmaktadır.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Uyuşmazlık Mahkemesi kararları, İİK'nın şikâyet hakkındaki hükümleri, 2576 sayılı Kanun'daki vergi mahkemelerinin görevlerine ilişkin hükümler ve 213 sayılı VUK'un 116. maddesindeki düzeltme-şikâyet prosedürüne ilişkin hükümleri bir bütün olarak dikkate alındı-

ğında icra daireleri tarafından yapılan satışlara ilişkin KDV uyuşmazlıklarında hem idari yargının hem de adli yargının eş zamanlı olmayan görevliliğinin söz konusu olduğu anlaşılmaktadır.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'na göre vergi uyuşmazlıklarına ilişkin davaların görüm ve çözümünde genel görevli yargı yeri idari yargıdır. Ancak icra ve iflas hukuku hükümlerine göre ise icra takip işlemlerindeki tüm uyuşmazlıklarda görevli yargı yeri adli yargı kolu içinde yer alan icra satış mahkemeleridir. Bu durum icra satış işlemlerindeki vergi uyuşmazlıklarında olumlu görev uyuşmazlığı sorununa sebep olmuştur. İcra satış işlemlerindeki KDV'ye ilişkin uyuşmazlıkların esas itibariyle vergi uyuşmazlığı olduğu hususunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak temel görüş ayrılığı, işleyişi icra ve iflas hukukuna göre kurgulanmış işlemler bütünü karşısında vergilendirmeye ilişkin uyuşmazlıklarda idari veya adli yargı kollarından hangisinin görevli olduğu hususundadır.

Vergi hataları, icra satışlarındaki KDV tarh ve tahakkuk işlemlerinde de ortaya çıkabilmektedir. Kaldı ki VUK'un 116. maddesinde icra dairesi tarafından yapılan vergi hatalarının düzeltme-şikâyet prosedüründen istisna tutulduğuna dair yasal bir hüküm de bulunmamaktadır. Sonuç olarak icra müdürlükleri tarafından yapılan satışlarda ortaya çıkan herhangi bir vergi hatasının düzeltme-şikâyet talebine konu olamayacağını ileri sürmek Kanun'un amacına ve ruhuna aykırılık teşkil edecektir. Ancak icra takip süreci sonlanmadan ortaya çıkan vergi hatalarına ilişkin uyuşmazlıkların öncelikli olarak alacak haklarının biran evvel teminini sağlamayı hedefleyen İİK hükümlerine göre çözümlenmesi gerekmektedir.

Buna göre icra takip süreci sonuçlanmadan bir icra takip işlemi olan icra satışlarındaki KDV oranına ilişkin uyuşmazlıklarda icra mahkemelerine şikâyet başvurusu öncelikli hukuki çaredir. Bununla birlikte şikâyetin hukuki niteliği itibariyle dava olmadığı ve icra iflas hukukuna özgü bir hukuki çare olduğu yönündeki görüşler de dikkate alındığında, şikâyet müessesinin sadece icra takip sürecine ilişkin bir kesinlik ifade ettiğini belirtmek gerekmektedir. Vergi hatası bulunan bir icra takip işlemi hakkında; icra takip süreci devam ediyorsa öncelikle İİK'nın 16. maddesi uyarınca şikâyet yoluna gidilmesi, icra takip süreci sonlanmış ise 213 sayılı VUK'un 116. maddesi uyarınca düzeltme ve şikâyet yoluna gidilmesi gerekmektedir.

Ayrıca vergi hatası hakkında verilmiş bir icra mahkemesi kararı varsa bu karardan bağımsız olarak (bu karar sadece takip sürecine ilişkin kesin hüküm ifade edeceğinden) icra takip süreci sonlandıktan sonra 213 VUK'un 116. maddesi uyarınca düzeltme ve şikâyet yoluna gidilmesinin mümkün olduğu değerlendirilmektedir. Diğer bir ifade ile vergi hatası olan bir icra satış işlemi hakkında ilgili vergi dairesi müdürlüğünden düzeltme talebinde bulunma, düzeltme talebinin reddi halinde ise bu işleme karşı Hazine ve Maliye Bakanlığı'na şikâyet başvurusunda bulunma ve şikâyet talebinin reddi halinde ise idari yargıda iptal davası açma imkânı bulunmaktadır. Ancak icra takip süreci devam ediyorsa vergi hatası bulunması halinde muhatapların öncelikle icra mahkemesine şikâyet başvurusunda bulunması gerekmektedir. Ayrıca icra mahkemesine şikâyet başvurusunda bulunmaksızın kesinleşmiş icra takip süreçleri sonrasında da vergi hatası bulunması halinde düzeltme talebi ve şikâyet süreci izlenerek uyuşmazlığın idari yargıya taşınması mümkündür.

Alacak haklarının bir an evvel teminini sağlamaya yönelik takip hukuku gereği icra takip süreci devam eden işlemlere ilişkin itirazların öncelikle icra mahkemelerine yapılması gerektiği açıktır. Ancak şikâyet başvuruları üzerine icra mahkemelerinin verdiği kararlar icra takip işlemleri için kesinlik ifade ederken uyuşmazlığın esası için kesinlik ifade etmediğini belirtmek gerekmektedir. Dolayısıyla takip süreci sonlandıktan sonra 213 sayılı Kanun'da sayılan vergi hatalarından birinin olduğu yönündeki iddiaların düzeltme- şikâyet prosedürü izlenerek idari yargıda (vergi mahkemesinde) dava konusu edilmesinin mümkün olduğu sonucuna varılmıştır.

Kaynakça

Kitaplar

- Akın İbrahim/Akın Tansu, İcra Müdürlüğü İşlemlerinin Şikâyet Yolu ile Denetimi, Ankara 1997.
- Aşık İbrahim, İcra Sözleşmeleri, Ankara 2006.
- Atalı Murat/Ermenek İbrahim/Erdoğan Ersin, İcra ve İflâs Hukuku, B. 3, Ankara 2020
- Umar Bilge, İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişimi ve Genel Teorisi, İzmir 1973.
- Gözler Kemal, İdare Hukuku, C. I, 2. Bası, Ekin, Bursa 2009.

- Kılıçoğlu Evren, İcra Sözleşmeleri, İstanbul 2005.
- Kuru Baki, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Bası, Ankara 2013.
- Kuru Baki vd., İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2014
- Muşul Timuçin, İcra ve İflâs Hukukunun Esasları, 6. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.
- Muşul Timuçin, İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet, Ankara 2014.
- Pekcanitez Hakan/Simil Cemil, İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet, 2. Baskı; İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Sungurtekin Özkan Meral/Özekes Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 5. Bası, İstanbul 2018.

Makaleler

- Alper Aydın, “İdari Yargı Kararları Işığında Vergi Dairelerinin Mali Sorumluluğu”, *Konya Barosu Dergisi*, 2021, Sayı 1, s.213-245.
- Bağrıaçık Ahmet/Tekinsoy Ayhan, “Tam Yargı Davası Özelinde İdari Yargıda Dava Açma Süresi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, C. XXVI, Sayı. 3, s.585-617.
- Boran Güneysu Nilüfer, “İcra Takip İşlemleri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012, S. 101, s. 31-60.
- Gündoğdu Süleyman Burak, “Anayasa Mahkemesinin İcra ve İflâs Hukukundaki Şikâyet Müessesesine Hukukî Dinlenme Hakkı Açısından Yaklaşımı”, *Uyusmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl 9, Sayı.18, s.89-116.
- Tok Ozan, “İcra İşleminin Yapısı ve Hukuki Rejimi”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 9, sayı 1, s. 57 - 85.
- Uçar İsmail, “İdare Hukukunda Kamu Gücü Ayrıcılığı Kavramı ve Bir Kamu Gücü Ayrıcılığı Olarak Hukuka Uygunluk Karinesi”, *GÜHFD*, 2016, C. XX, S. 3, Y. s. 331-373.
- Varol Gökçe, “İcra Mahkemelerinde Yargılama Usulü”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Temmuz 2020, Cilt: 6- Sayı: 2, s. 435-465.
- Yılmaztekin Ahmet Ertan, “İcra İflas Hukukunda Şikâyet Sebepleri ve Süresi”, *İzmir Barosu Dergisi*, Ağustos 2022, Sayı: 2, s.459-488

AKILLI SÖZLEŞMELER: FIRSAT MI, TEHDİT Mİ? AVUKATLIK MESLEĞİ AÇISINDAN BİR İNCELEME

SMART CONTRACTS: OPPORTUNITY OR THREAT? A REVIEW IN TERMS OF THE LAWYER PROFESSION

Emin GİTMEZ*

Özet: Teknolojideki ilerlemeler hukuk disiplini etkilemektedir. Bu etki bir yandan yeni kavram ve uygulamaların ortaya çıkmasıyla hukuki düzenleme ihtiyacını ortaya koymaktadır. Öte yandan, teknolojik etki hukuk mesleğinde iş yapma yöntemlerini de değiştirmektedir. Akıllı sözleşmeler (Smart Contracts), blokzincir teknolojisi ile ortaya çıkan, sözleşme hukukunda yeni uygulamaları beraberinde getiren ve gelecekte borç ilişkilerinin kurulmasında önem arz edecek bir pratiktir. Akıllı sözleşme, teknolojik doğası gereği bilgisayar kodları ile ihdas edilmekte, tarafların birbirlerine karşı yükledikleri edimler otomatik olarak yerine getirilmektedir. Bu durum, sözleşmeden kaynaklı uyuşmazlıkların ortaya çıkmasını nispeten engellemektedir. Avukatlar, meslekleri gereği uyuşmazlığın olduğu her yerde tarafların menfaatine uygun çözümler ortaya koymaktadırlar. Oysaki akıllı sözleşmelerin uyuşmazlıkları engelleyici özelliği bu yönüyle avukatlık mesleğinin geleceği açısından dramatik bir sonun yaklaşmakta olduğu tehdidini ortaya koymaktadır. Bu görüşün aksine akıllı sözleşmelerin avukatlık mesleğine değer katacağı da düşünülmektedir. Avukatlar olmadan bir akıllı sözleşme kurmanın çoğunlukla mümkün olamayacağı, kodlama dili öğrenecek avukat sayısının artması ile birlikte meslekte daha nitelikli insan kaynağının var olacağı öngörülmektedir. Sonuç olarak, akıllı sözleşmeler her ne kadar avukatlık mesleği açısından olumsuzluklar barındırsa da bunların mesleğe katacağı değerin daha fazla olacağı öngörülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Akıllı Sözleşmeler, Tehdit veya Fırsat, Avukatlık Mesleği, Blokzincir Teknolojisi, Hukuk Teknolojisi

Abstract: Advances in technology affect the discipline of law. This effect, on the one hand, reveals the need for new legislation with the emergence of new concepts and practices. On the other hand, the technological impact also changes the way of practis-

* Dr. Öğretim Üyesi, İnönü Üniversitesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, emin.gitmez@inonu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-6678-2506, Makalenin Gönderim Tarihi: 03.08.2022, Kabul Tarihi: 07.03.2023

ing law in the legal profession. Smart Contract is a practice that emerged with blockchain technology, brings new applications in contract law and will be important in the establishment of debt relations in the future. Smart contract is created with computer codes due to their technological nature, and the actions that the parties undertake against each other are automatically fulfilled. This situation relatively prevents the emergence of contractual disputes. Lawyers present solutions suitable for the interests of the parties wherever there is a dispute due to their profession. However, the conflict-preventing feature of smart contracts reveals the threat that a dramatic end is approaching in terms of the future of the legal profession. Contrary to this view, it is thought that smart contracts will add value to the legal profession. It is foreseen that it will not be possible to establish smart contracts without lawyers, and with the increase in the number of lawyers who will learn coding language, there will be more qualified human resources in the profession. As a result, although smart contracts have disadvantages in terms of the legal profession, it is predicted that the value they will add to the profession will be more.

Keywords: Smart Contracts, Threat or Opportunity, Lawyer Profession, Blockchain Technology, Legal Technology

Giriş

Teknoloji birçok şeyi değiştirdi. Teknolojinin bu değiştirici etkisi günden güne artarak devam etmektedir. Teknolojideki gelişmelerden az veya çok etkilenmeyen çalışma alanı kalmamıştır. Nitekim teknolojideki bu önlenemez değişim ve ilerleme hukuk alanını da derinden etkilemiştir. Hukukun geleneksel alanları ve uygulamaları bu değişimle birlikte kabuk değiştirmiştir. Çünkü teknolojinin toplumsal, ekonomik ve siyasal yapılar üzerindeki durdurulamaz baskısı, hukuk alanındaki bu değişimi zorunlu kılmıştır.

Teknoloji ile hukuk alanındaki birliktelik, hukuk disiplininde yeni kavramları da beraberinde getirmiştir. Bu karşılıklı etkileşimin neticesinde hukuk teknolojisi kavramı ortaya çıkmıştır. Hukuk teknolojisi, geleneksel hukuk uygulamalarını yeniden tasarlayarak yeni pratikler oluşturmaya başlamıştır. Hukuk bürolarındaki iş ve işlemler için otomasyon sistemlerinin kullanılması, cüsseli hukuk kitaplarının yerine istenilen her konuya ilişkin bilgiye kolaylıkla erişim sağlanabilecek çevrimiçi veri tabanlarının oluşturulması, matbu sözleşme kopyalarının yerine elektronik sözleşme şablonlarının oluşturulması, avukatlık hizmetlerinin mobilizasyonu, teknolojiyle birlikte avukatlık mesleğinde farklılık yaratacak yeni niş çalışma alanlarının ortaya çıkması,

Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) gibi teknolojik veri tabanlarının yoğun iş süreçlerini basitleştirerek zamandan tasarruf sağlanması vb. çalışmalar hukuk teknolojisinin ortaya çıkması ile mümkün olmuştur. Hukuk teknolojisinin getirdiği yeniliklerin çok sayıda olumlu yanları olmakla birlikte blokzincir ve yapay zekâ¹ teknolojileri gibi gelişmekte olan uygulamaların, avukatlık mesleğinin geleceğini tehdit ettiğine dair kaygılar da artmaktadır. Yapay zekâ uygulamaları özellikle avukatların belge inceleme, karar arama, vaka analizi, uygulama tarama gibi zaman gerektiren çalışmalarında verimlilik sağlamaktadır. Oysaki, teknolojik gelişmelerin geldiğimiz aşamada sürekli olarak hukuk uygulamalarında iyileştirme sağlanması ve mesleğin genişleme alanını büyümesi, bu kaygının yersiz olduğunu ortaya koymaktadır. Aslında hukuk teknolojisi ile ortaya konulan geleneksel hukukun artık dijital ortamlara taşınmasıdır. Bu yapay dünyada hukuk yine hüküm sürecektir, doğal ortamda var olan yazılı hukuk hükümleri sanal ortamda bilgisayar koduna dönüşecektir. Çevrimiçi yasal danışmanlık, dava yönetim sistemleri, elektronik tahkim işlemleri veya yapay zekâ tabanlı belge analizi, dünya çapında hukuk firmaları ve hukuk departmanlarında var olan yaygın bir uygulamalardır.²

Akıllı sözleşmeler blokzincir teknolojisi ile hukuk dünyasına giren bilgisayar kodlarından oluşan otonom uygulamalardır. Akıllı sözleşmelerin kodlanmasında hâkim irade, sözleşmenin içeriğine ilişkin hak ve yükümlülüklerde mutabakat sağlayan taraflardır. Dolayısıyla otomasyon düzeyi ne olursa olsun akıllı sözleşmelerin tasarımında insan unsuru kritik öneme sahiptir. Bu çalışmada, kripto para kavramı ile hayatımıza giren blokzincir teknolojisinin yaygın bir uygulaması olan akıllı sözleşmelerin tasarımı boyutuyla avukatlık mesleği için yarattığı fırsatlar ve tehditler değerlendirilecektir. Akıllı sözleşmeler kavramı henüz yerleşmeye başlayan bir hukuki pratiktir. Bu yönüyle etkilerinin hangi yönde değişiklikler yaratacağı zamanla daha iyi gözlemlenebilir.

¹ Kendisine tanımlanmış görevleri yerine getirmek amacıyla insan zekâsını taklit eden, topladığı bilgileri amaca uygun inceleyen, işleyen ve sonuca bağlayan programlanmış sistem ve makinelerdir.

² Laura Abramovsk/Rachel Griffith, "Outsourcing and ofshoring of business services: How important is ICT?", *Journal of the European Economic Association*, C. 4, S. (2-3), 2006, s. 594-601.

I. Hukuk Teknolojisi

Hukuk teknolojisi, (legal technology) teknolojik uygulamalar ve yazılımların hukuk hizmetlerinde iyileştirme sağlamak ve hukuk endüstrisini desteklemek amacıyla kullanılmasıdır.³ Hukuk teknolojisi; hukuka erişimi, hukukun uygulanmasını ve hukuki uygulamaların yönetimini otomatikleştirerek kolaylaştırmak ve iyileşme sağlamak için dijital teknolojinin kullanılması olarak da tanımlanabilir.⁴ Günümüzde hukuk ve teknoloji birbirinden ayrılmaz bir konuma gelmiştir. Teknoloji hukuk mesleği için hem yeni çözümler üretmekte hem de hukuk mesleğine yeni iş alanları açmaktadır. Teknolojik uygulamaların hukuk alanında kullanılması avukatlık mesleğinin iş yapma süreçlerinde değişikliklere neden olmuştur. Örneğin, ülkemizde yargı organlarının tamamında kullanılan ve bu birimlerin her türlü yargısal, idari ve denetim faaliyetlerinin elektronik ortamda yürütüldüğü UYAP sistemi is yükünü hafifletmeye yönelik geliştirilen bir teknolojik uygulamadır. Avukatlık bürolarında kullanılan hukuk otomasyon sistemleri bu kapsamda değerlendirilebilir. Bu uygulamalar avukatların meslek hayatlarında kolaylık sağlayarak büyük değişim yaşanmasına katkı sağlamıştır.⁵ Bunun yanında kripto paraların hayatımıza girmesiyle başlayan süreçte, akıllı sözleşmelerin ortaya çıkması sözleşme hukukunda yeni uygulamaları beraberinde getirmiş, avukatlık mesleğinin çalışma alanını genişletmiştir.

Amerikan Barolar Birliği'nin⁶ (ABA) Mesleki Davranış Model Kurallarının 1.1. Kuralı 2012 yılında kabul edilmiştir. Bu kural, bir avukatın ilgili teknolojiyle ilgili kazanımları ve varsa riskleri de dahil olmak üzere, teori ve pratikteki tüm değişiklikleri takip etmesi gereğinden bahsetmektedir.⁷

³ Rubin Basha, "Legal Tech Startups Have A Short History And A Bright Future". *TechCrunch*. 2015.

<https://techcrunch.com/2014/12/06/legal-tech-startups-have-a-short-history-and-a-bright-future/> (Erişim Tarihi: 20.03.2022).

⁴ Micha Bues, "Was ist "Legal Tech?"",

<https://legal-tech-blog.de/was-ist-legal-tech>, (Erişim tarihi: 22.03.2022).

⁵ Burak Yerker/Zeynep Sena Saltık, Hukuk Teknolojileri ve Avukatlık Mesleğinin Geleceği,

Bkz. <https://www.mondaq.com/turkey/new-technology/1037718/hukuk-teknolojileri-ve-avukatlik305k-mesle287inin-gelece287i> (Erişim Tarihi: 25.03.2022)

⁶ Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) yar alan avukat ve hukuk öğrencilerinden oluşan gönüllü bir baro yapılanmasıdır. En önemli görevi, hukuk fakülteleri için akademik standartların belirlenmesi ve hukuk mesleğiyle ilgili model etik kodların oluşturulmasıdır. Merkezi Chicago'dadır.

⁷ Bkz. https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/pub-

Hukuk teknolojisinin gelişim sürecine bakıldığında 1950'lerin başında, teknolojik endüstrilerin doğrudan hukuk firmalarına pazarlanmaya başlandığı görülmektedir.⁸ Bu dönemde icat edilen ses kayıt cihazları (dikte makineleri) avukatlar ve yardımcıları tarafından aktif kullanılmıştır. Dikte cihazları, avukatın yazıya dökmesi gereken bilgileri kaydetmenin daha güvenilir bir yöntemi olmasının yanı sıra zamandan tasarruf sağlayan bir cihazdı. Ne yazık ki ilk dikte makineleri pahalıydı, hantaldı ve çoğu zaman erken bozulmaktaydı.

1960'larda J.C.R Lickilder'in "Galaksilerarası Bilgisayar Ağı" kavramına atfen ARPANET⁹ üzerindeki çalışmasıyla birlikte ağ bağlantılı bilgisayarlar ve İnternet'in tanıtılmasıyla hukuk teknolojisi süreci başlamıştır.¹⁰ Bu süreç gelişmiş yazılım çözümlerinin ve diğer ilgili yeniliklerin ortaya çıkmasıyla dijital dönüşüme doğru uzun bir yol kat etmiştir.

1970'ler, Lexis¹¹ ve kelime işlemci bilgisayarları sahneye çıktıkça hukuk firmaları için bir on yıl daha teknolojik ve üretkenlik sıçraması sağlamıştır. Önceleri avukatlar, hukuk kitaplarını inceleyerek içtihat hukuku araştırmak için muazzam miktarda zaman harcarlardı. Sonrasında, Lexis, avukatların içtihatları çevrimiçi olarak araştırmasına izin vermek için yeni yapılar kurmuş, bu da avukatların içtihat hukuku araştırmak için ihtiyaç duydukları süreyi önemli ölçüde azaltmış olup müvekkillerine daha fazla zaman ayırmalarına izin vermiştir. Bu aynı zamanda kişisel bilgisayarların Amerika'daki işyerlerinde görünmeye başladığı ve birçok hukuk firmasının belge oluşturmaya daha kolay ve

lications/model_rules_of_professional_conduct/rule_1_1_competence/comment_on_rule_1_1/ (Erişim Tarihi: 01.04.2022)

⁸ Bkz. <https://www.smokeball.com/blog/a-brief-history-of-legal-technology/> (Erişim Tarihi: 27.03.2022).

⁹ İlk teknolojik dağıtım ağı olması nedeniyle de evrensel internet uygulamasının ilk örneğidir. Hâlâ ABD Savunma Bakanlığı'na bağlı Gelişmiş Savunma Araştırmaları Projeleri Birimi (ARPA) tarafından geliştirilmektedir.

¹⁰ Fenwick McKelvey/Kevin Driscoll, "ARPANET and its boundary devices: modems, IMPs, and the inter-structuralism of infrastructures", *Internet Histories*, 3:1, 2019, s. 32.

¹¹ Gazete arama ve tüketici bilgileri için portallar dahil olmak üzere çevrimiçi portallar aracılığıyla erişilen veri analitiği ürünleri ve çeşitli yapıardan oluşan bilgisayar destekli yasal araştırma veritabanıdır. 1970'lerde yasal ve gazetecilik belgeleri elektronik olarak daha erişilebilir hale getirmeye başlanmıştır. 2006 itibarıyla yasal ve kamu kayıtları ile ilgili bilgiler için dünyanın en büyük elektronik veri tabanına sahiptir.

hızlı hale getiren temel kelime işlem makinelerini satın aldığı zamanlardır.¹²

1980'lerden önce çoğu hukuk firması, önemli belgeleri müşterilere ulaştırmak için posta veya kurye hizmetlerine bağımlıydı. Ancak faks makinesi işyerlerinde görünmeye başladığında, bir belgenin oluşturulması ile bir müşteriye gönderilmesi arasındaki süre günlerden dakikalara indirilebilmiştir. Çevrimiçi Uyuşmazlık Çözümü (ODR)¹³ ilk olarak 1990'larda bazı e-ticaret şirketleri tarafından alıcılar ve satıcılar arasındaki anlaşmazlıkları çözmek için kullanılmıştır.

1990'ların sonlarına kadar teknolojik ve etik nedenlerle yaygın bir düzeyde erişim sağlanamamıştır. Ağa bağlı bilgisayarlar, avukatların birkaç dakika içinde başkalarıyla iletişim kurmasına ve anında yanıt almasına izin verdiği için çok büyük bir zaman tasarrufu sağladı; bazı durumlarda gönderilen mesajların alındığı da onaylanabilmiştir.¹⁴ Vaka yönetimi yazılımı 1990'ların sonlarında vardı ancak hem belge yönetimi hem de iletişim yeteneklerini içeren kapsamlı, güvenilir hizmetler sunamamıştır. Ancak tabii ki bu, müşterinin faks makinesine kolay erişime sahip olmasına bağlıydı ve bu 80'lerin sonu ve 90'ların başına kadar yaygın değildi. Bu aynı zamanda ilk vaka yönetim sistemlerinin ortaya çıkmaya başladığı zamandır.

2000'li yıllarda ilk vaka yönetimi sistemleri işlemler açısından yardımcı oldu ancak ölçeklenebilir olmadıkları için kusurluydu ve çoğu durumda bir hukuk firmasının tüm kritik ihtiyaçlarını karşılamadılar. Son zamanlarda bulut tabanlı yazılımların varlığı sayesinde, dava yönetim sistemleri tamamen yenilendi ve günümüzün modern

¹² Stephen Miller, For Future Reference, a Pioneer in Online Reading, WALL ST. J. (Jan. 12, 2012, 9:39 PM), <https://www.wsj.com/articles/SB10001424052970203721704577157211501855648> (01.04.2022)

("Lexis changed legal practice from the ground up.....It inspired all the databases that came after it."); Medianik, supra note 36, at 1503; see also Grossman, supra note 34, at 90

¹³ Bir uyuşmazlık çözüm dalı olarak taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünü kolaylaştırmak için kullanılan teknolojidir. ODR (online dispute resolution), öncelikli olarak uyuşmazlık çözüm yollarından arabuluculuk, müzakere ve tahkimi ya da üçünü bir arada barındırır. Bu bakımdan genellikle alternatif uyuşmazlık çözümünün çevrimiçi eşdeğeri olarak görülmektedir.

¹⁴ A History of How Technology Has Transformed the Legal Field <https://zapproved.com/blog/a-history-of-how-technology-has-transformed-the-legal-field/> (Erişim Tarihi: 05.04.2022).

teknoloji araçlarının birçoğundan, avukatların ihtiyaç duydukları bilgiyi ihtiyaç duydukları anda almalarına ve nerede olurlarsa olsunlar müvekkil meselelerini kolayca yönetmelerine yardımcı olacak şekilde fayda sağlandı. Bu yenilik, binlerce saatlik manuel muhasebe tasarrufu sağladı, kâğıt faturalandırmadan daha hızlı ve hizmetler için ödeme almayı çok daha kolay hale getiren bir uygulamaya öncülük etti. E-posta, metin mesajları ve sohbet geçmişleri, web sitesi sayfaları, dijital belgeler ve muhasebe veri tabanları gibi belgeleri içeren görünüşte sonsuz sayıda dijital belgeyi bir araya getiren elektronik keşif uygulaması bu dönemde görülmüştür. Büyük veri de ilk kez kullanılmaya başlandı. Hukuk sektörü, daha önce elle sıralanması, indekslenmesi ve dosyalanması gereken büyük miktarda evrak ve bilgi üretmekteydi. Büyük veriyi benimsemeye ve dijital araştırma ve dosyalamaya geçiş yapan firmalar, zamandan ve işçilik maliyetlerinden tasarruf ederken verimliliği arttırmıştır. Veriye dayalı firmalar ayrıca müşterileri elde tutmaya, yeni müşteriler çekmeye ve kârları artırmaya yol açan eğilimleri ortaya çıkarmıştır. Bir zamanlar kâğıda dayalı bir meslek olan avukatların, katiplerin ve müvekkillerin yüz yüze görüşmesini gerektiren meslek, teknoloji geliştikçe değişmiştir. Uzaktan görüşme ve iş birliğini mümkün kılan yeni yazılımlar avukatlar arasındaki iletişimi de üretken kılmıştır. Bu araçlar, işbirlikçilerin korona virüs nedeniyle evden veya dünyanın dört bir yanındaki ofislerden çalışmasına bakılmaksızın, uzak hukuk firmalarının dünya çapında faaliyet göstermesini sağlamıştır.¹⁵

2010'larda hukuk firmaları için zaman takibi, faturalandırma, güvenli belge tarama ve saklamayı kolaylaştırmak için özel uygulamalar tasarlanmıştır. 2010'lu yıllarda hukuk teknolojisinde yapay zekâ kullanılmaya başlandı. Fazladan personel istihdam etmeden müşteri bilgilerini hızlı bir şekilde toplama ve dosyalama yeteneği ile müşteriler bilgiye, kaynaklara yönlendirildi. Hatta müşterilerin bir avukatla görüşmeden önce başvuru formlarını otomatik olarak doldurmalarına yardımcı olunan yapay zekâ uygulamaları da kullanılmıştır. Yine bu dönemde sanal öğrenme ve donanım maliyetindeki azalma, daha fazla okulun yeni nesil dijital yerel hukuk uygulayıcıları için Arttırılmış

¹⁵ Bkz. https://www.americanbar.org/groups/departments_offices/legal_technology_resources/ (Erişim Tarihi: 04.04.2022)

Gerçeklik¹⁶ (Augmented Reality) ve Sanal Gerçeklik¹⁷ (Virtual Reality) teknolojisine yatırım yapmasına neden olmuştur. Yasal anlaşmaların otomatikleştirilmesine izin veren işlemlerin geri döndürülemez ve kalıcı olduğu merkezi olmayan bir blok zinciri ağının parçası olan akıllı sözleşmeler de bu yıllarda görülen hukuk teknolojisindeki yeniliklerdir.¹⁸

II. Blokzincir

Blokzincir teknolojisi, hukuk devleti, ekonomi ve toplum için önemli fırsatlar yaratan fakat bir o kadar da zorluklar içeren yeni ve genel amaçlı bir teknolojidir. Blokzincir, onu diğer yıkıcı teknolojilerden daha da farklı kılan bir özelliğe sahiptir: doğası ve tasarımı gereği küresel ve ulus ötesi etkiye sahiptir. Dahası, blokzincir tıpkı kanunlar¹⁹ gibi kendi kural ve ilkelerine göre çalışır.²⁰

¹⁶ Gerçek dünyada var olan şeylerin, çevrenin bilgisayar sistemleri tarafından üretilen görüntü, ses ve grafiksel verilerinin zenginleştirilerek değiştirilmesi ve gerçekliğinin artırılmasıdır.

¹⁷ Teknoloji kullanılarak oluşturulan kurgular ile gerçek ve hayalin birleştirilmesidir.

¹⁸ <https://www.smokeball.com/blog/a-brief-history-of-legal-technology/> (Erişim Tarihi: 27.03.2022).

¹⁹ Blokzincir ekosisteminde “kod kanundur” anlayışı kabul görmektedir. Bu anlayış, Lawrence Lessig’in siber uzay çağına ilişkin düşüncelerine dayanmaktadır. Lessig, çağımızın bir siber uzay çağı olduğunu ve bu çağın ana düzenleyicisinin bilgisayar kodları olduğunu ifade etmektedir. İnsanlar sadece hükümetlere karşı kamusal özgürlüklere yoğunlaşmaktadır, ancak özgürlükler için asıl tehdit siber uzayı düzenleyen kodlardır. İnsanlık düzenlemenin sunduğu özgürlük tehdidini görmemektedir. Kodlar, siber uzayı olduğu gibi yapan yazılım ve donanımdır. Bu kod veya mimari, siber uzayda yaşamın deneyimlendiği koşulları belirler. Gizliliği korumanın veya konuşmayı sansürlemenin ne kadar kolay olduğunu ortaya koyar. Kod değiştikçe siber uzayın karakteri de değişir. Siber alan, anonimliği, ifade özgürlüğünü ve bireysel kontrolü koruyan bir yerden, anonimliği zorlaştıran, farklı sesleri susturan, daha az özgür ve bireysel kontrolü genişleten daha dar bir alana dönüşecektir. Siber uzayın anayasal geleneğe kendi değerlerini nasıl yerleştirebileceğini veya onları yerinden edebileceği anlaşılmazsa, bu değerler üzerindeki kontrol kaybedilecektir. Bu yönüyle, siber uzaydaki yasa yani- kod gerçek kanunların yerini alabilir. Lessig’in “kod kanundur” anlayışı blokzincir teknolojisinde “Genel blokzincir ağları üzerinde yapılan işlemlerin geri alınması kural olarak mümkün değildir” fikrine karşılık gelmektedir. Nitekim Ethereum blokzincir ağında Merkezizetsiz Otonom Organizasyonun (DAO) hacklenmesi neticesinde meydana gelen zarar, transfer işlemleri ana blok zincirden geriye alınarak ödenmiştir. Ancak Ethereum ana geliştiricileri koda müdahale edilmesini “kod kanundur” anlayışına aykırı bulmuştur.

²⁰ Georgious Dimitropoulos, “The Law of Blockchain”, *Washington Law Review*, C. 95, S. 3, 2020, s.1119.

Blokszincir, kaydedilen bilgilerin açık olduğu ve herkes tarafından görüntülenebildiği, düzenli ağ akışını sağlamak için herhangi bir merkezi otorite tarafından kontrol edilemeyen, ağ üzerinde gerçekleştirilen herhangi bir işlemin gerçekliğini doğrulamak için madencilerin onayının olduğu kriptografik değişmez ve dağıtık bir defter teknolojisidir. Blokszincir teknolojisinin kullanımı ilkin kripto paraların ortaya çıkmasıyla olmuştur.²¹ Fakat blokszincir teknolojisi kripto para işlemlerinin çok daha ötesine uzanmaktadır.²² Blokszincir teknolojisi, kayıtları ve işlemleri merkezi olmayan bir şekilde tutan dağıtılmış bir veri tabanıdır. Güvenliği ve güvenilirliği artırmak ve güvenilir bir üçüncü taraf ihtiyacını ortadan kaldırmak için birçok uygulamada benimsenmiştir. Blok zincirindeki işlemler, ağdaki tüm taraflara gerçek zamanlı olarak sunulur ve tüm tarafların birbirleriyle dağıtık bir şekilde etkileşime girmesine izin verilir. En gelişmiş kriptografiyi kullanır ve bu nedenle tarafların güvenli eşler arası işlemlerde bulunmalarını sağlar.²³

Blokszincir tasarımı yapılırken dikkate alınması gereken birden fazla parametre bulunmaktadır. Bu parametreler; programlama dili, konsensüs mekanizmasının ve madencilik için kullanılacak kripto para biriminin türü ve blokszincir ağındaki yetkili katılımcı (ağa katılmasına izin verilen) şeklindedir.²⁴ Blokszincir üzerindeki teknoloji temelli uygulamaların sayısı her geçen gün artmaktadır. Özellikle, şu anda geliştirilmekte olan çözümler bankacılık, finans, sağlık, ağ bağlantısı, kamu sektörü, güvenlik ve kimlik doğrulama sistemlerine ilişkindir. Bu gelişmeler esas itibarıyla her alanda olduğu gibi hukuk alanına da etkide bulunmaktadır.

Blokszincirinde kullanıcılar arasında yapılan her işlem şifrelenir ve bir bloğa yerleştirilir. Şifrelenmiş bu işlemler kendisinden sonra gelen bloğun içerisinde yer alarak, söz konusu bloklar düğümlerle birbirine

²¹ Blokszincir kavramı ilk kez 2008 yılında Bitcoinin mucidi Satoshi Nakamoto tarafından ortaya atılmıştır.

²² Sarwar Sayeed/Hector Marco-Gisbert/Tom Cara, "Smart contract: attacks and protections" School of Computing, Engineering and Physical Sciences, University of the West of Scotland, Paisley PA1 2BE, U.K., Volume 8, 2020, s.24416

²³ Xiao Liang Yu/Omar Al-Bataineh/David Lo/Abhik Roychoudhury, Smart Contract Repair. *ACM Trans. Softw. Eng. Methodol.* C. 29, S. 4, 2020, s.32.

²⁴ Ionnis Karamitsos/Maria Papadaki/Nedaa Baker Al Barghuthi, "Design of the Blockchain Smart Contract: A Use Case for Real Estate", *Journal of Information Security*, 9, 2018, pp. 177-190. <https://doi.org/10.4236/jis.2018.93013>

bağlanır. Blokları birbirine bağlayan düğümleri ortaya koyan kripto para madencileridir. Aslında her düğüm bir madenciye karşılık gelmektedir. Sistemdeki herhangi iki kişi tarafından yapılan işlem sisteme eklenen her düğüm tarafından onaylanarak kaydı tutulur. Böylece sisteme müdahil olan blok doğrulanır ve doğrulanmış bu bilgiler silinemez, değiştirilemez. Herhangi bir düğümde yer alan kayıtların bir tanesi değiştirilse bile diğer düğümlerde aynı işlemin kopyası olduğundan sistem hata vermez ve güven içinde işlemeye devam eder. Madencilerin yapmış olduğu işlemler blokların bir zincir halinde birbirine bağlanmasını sağlar.²⁵

Blokszincir teknolojisini merkezi teknolojilerden ayıran çok sayıda özellik bulunmaktadır. Bunların en önemlileri dağıtık olması, gizlilik, güvenlik ve şeffaflıktır. Blokszincirde kayıtlar tek bir merkezde tutulmaz. Zincire katılan tüm kullanıcıların bilgisayarlarında o blokszincir üzerinde yapılmış olan tüm işlemler görülebilir. Bu durum sisteme yapılacak siber saldırıların sistemi kilitlemesini imkânsız kılmaktadır. Blokszincirde işlem yapan kişilerin, tarafların kimlik bilgileri bilinmez. İşlemler anonimdir. Dolayısıyla, yapılan işlemleri blokszincirde kullanıcı olarak yer alan herkes görebilir fakat bu işlemlerin kim tarafından yapıldığı bilinemez. Görülebilen sadece işlemleri gerçekleştiren kişilere ait genel ve özel anahtarlardır.

Blokszincir üzerinde yapılmış işlemler değiştirilemez, silinemez ve kayıtlar kalıcı olarak saklanır. Bu durum kişilerin kötü niyetli olarak sistemi kendi çıkarları için kullanmasına müsaade etmemektedir. Bu yönüyle güvenlidir. Blokszincirinde tüm işlemlerin zincire eklenmiş tüm hesaplar tarafından görülmesi, herhangi bir olumsuzluk durumunda sistemin geriye doğru güvenli bir şekilde doğrulanması sistemi şeffaf kılmaktadır.²⁶

Akıllı sözleşmeler, blokszinciri teknolojisinin geliştirilmesindeki bir sonraki adım olmuştur. Blokszincir teknolojisi, taraflar bir fikir birliğine varıldığında sözleşmenin bir bilgisayar programı tarafından otomatik olarak yürütülmesine izin verir. Bu, sözleşmeden doğan yükümlülük-

²⁵ Gökhan Ünal/Çelebi Uluyol, "Blok Zinciri Teknolojisi", *Bilişim Teknolojileri Dergisi*, 13(2), 2020, s.168.

²⁶ Rui Zhang/Rui Xue/Ling Liu, "Security and Privacy on Blockchain", *ACM Comput. Surv.* 52(3), 2019, pp. 34 <https://doi.org/10.1145/3316481>

lerin uzaktan, eksiksiz ve hızlı bir şekilde yerine getirilmesi anlamına gelir. Dolayısıyla bu teknoloji, belirli iş mantıklarını uygulayarak çeşitli işlemlerin programlanmasını sağlar.²⁷

1. Blokzincir ve Hukuk

Dağıtık defter teknolojisi, kullanıcılara değerli varlıkları depolayabilecekleri ve değiştirebilecekleri konusunda güven verir. Ancak bu, güvenilir bir kişi veya kurumu bulmakla aynı şey değildir. Blokzinciri, insanlara, şirketlere ve hükümetlere olan güveni tamamen yazılım koduna ve kriptografiye olan güvenin yerine koyarsa, güvensizlik üretecektir. Dolayısıyla bu uyumsuzluğun gerçek sonuçları olacaktır. Satoshi Nakamoto'nun güzel matematiği, gerçek dünyadaki işlerliğin karmaşık gerçekliğiyle buluştuğunda, o kadar da mükemmel olmadığı ortaya çıkıyor. Bu nedenle, blokzincirinin sınırlamaları, uygulamanın tek garantörü olarak konumlandığında sorunlar ortaya çıkmaktadır. Neyse ki, blokzincirinin teknik güven mimarisine birlikte çalışabilecek bir mekanizma bulunmaktadır. Yukarıda 'kod kanundur' anlayışında ayrıntılı açıklandığı üzere, bu mekanizma kanunun kendisidir.²⁸ Bu nedenle, kanunu ve blok zincirini düşman olarak görmek bir hatadır. Yasal aktörler hata yapabilir ancak yazılım tasarımcıları da hata yapabilir. Blok zincirinin kısa tarihinde zaten birçok ciddi başarısızlık yaşanmıştır. İyi işleyen bir topluluk için kurallar, normlar, teşvikler ve teknik mimariler geliştirmek çok zor bir sorundur. Kanunun blok zincirinin potansiyelini tanımak için uyum sağlaması gereken noktalar vardır ancak bunun tersi de doğrudur. Blok zincirinin kanuna ihtiyacı vardır. Kanunun blokzincir üzerindeki etkisinin düzeyi geliştiricilerin kripto ekonomik güven modelini resmî kurumlarla ilişkilendirme becerisine bağlı olacaktır.

Hukuki ortamı tasarlamada teknolojinin rolü tamamen yeni bir olgu değildir. Blokzinciri henüz yasal bir tanım veya standardizasyona tabi olmayan nispeten yeni bir teknoloji olduğundan, yasal statüsü

²⁷ Roman Beck/Christopher Müller Bloch, "Blockchain as Radical Innovation: A Framework for Engaging with Distributed Ledgers as Incumbent Organization", *Proceedings of the 50th Hawaii International Conference on System Sciences*, 2017, pp. 3-4.

²⁸ Kevin Werbach, "Trust, but verify: Why the blockchain needs the law", *Berkeley Technology Law Journal*, C. 33, S. 2, 2018, s. 487-550, <https://www.jstor.org/stable/10.2307/26533144> (Erişim Tarihi: 01.05.2022).

sorusu şu an için genel olarak cevapsız kalmaktadır. Fakat blok zinciri tabanlı sistemler üzerindeki düzenleyici çalışmalara ilişkin tartışmalar devam etmektedir. Genel olarak üç ana tartışma alanı bulunmaktadır. Bunlar, yasadışılık, sınıflandırma ve yasal geçerlilik şeklindedir. Yasadışılık, kripto varlıkların kullanılarak yasaların çiğnenmesi ya da hekleme ile kripto varlıkların çalınması şeklinde kendini göstermektedir. Bu diğer fiyat para²⁹ birimleri kullanılarak da yapılmaktadır. Fakat buradaki asıl sorun, takma adlı veya anonim olan özel, merkezi olmayan bir para biriminin, sonuç vermeden bu tür yasa dışı faaliyetlerde bulunmayı kolaylaştırmasıdır. Tüm bu korkuların aksine hiçbir Batı hükümeti kripto paraları yasaklamamıştır. Fakat, bu durum özellikle bankacılık sistemi içinde yalnızca kripto para birimleriyle işlem yapmanın başlı başına yasak olmadığı anlamına gelmemektedir. İkinci konu olan sınıflandırma alanı temelde meşru olan ancak blokzincir dışındaki eşdeğeri için yasal gerekliliklere göre yapılandırılmamış faaliyetleri içerir. Örneğin, bir kripto para borsası veya madenci, ülke yasalarına göre para transfer acentesi veya banka olarak kabul edilir mi? Tokenlerin³⁰ ihracı, bir menkul kıymet teklifi midir?³¹ Ya da Düzenlenen finansal kurumlar Kara Para Aklamayı Önleme/Müşterinizi Tanıyın (AML/KYC) kuralları kapsamında olduğundan, kripto para hizmet sağlayıcılarının müşterileri ve işlemlerinin transferleri hakkında doğrulanmış bilgiler almaları gerekli midir? Son olarak diğer yasal yapıların dağıtılmış defterleri nasıl tanıdığı meselesi vardır ki bu yasal geçerliliğe karşılık gelmektedir. Devletler, blokzinciri tabanlı bilgileri daha geleneksel kayıtlara benzer şekilde kabul etmeye başlamaktadır. Nitekim ABD'nin Delaware Eyaleti hem devlet kayıtları hem de kurumsal hisse ve hacizleri izlemek gibi düzenleyici işlevler için dağıtılmış defterlere yetki veren bir yasayı kabul etmiştir.³² Benzer şekilde Arizona Eyaleti, blokzincir tabanlı dijital imzaları yasal olarak uygulatabilir ilan eden bir yasa çıkarmıştır.³³

²⁹ Bir devlet tarafından piyasaya sürülen, mal ve hizmet alışverişinde kullanılan, devlet güvencesine dayanan itibari paradır.

³⁰ Blokzincir üzerinde oluşturulan projelerin akçelendirilmesinde kullanılan parasal değerdir.

³¹ Bkz. <https://www.banking.senate.gov/imo/media/doc/Giancarlo%20Testimony%202-6-18b.pdf> (Erişim Tarihi: 10.05.2022).

³² Jeff John Roberts, "Companies can put shareholders on a blockchain starting today", Bkz. <http://fortune.com/2017/08/01/blockchain-shareholders-law/> (Erişim Tarihi: 12.05.2022).

³³ Stan Higgins, "Arizona Governor Signs Blockchain Bill into Law",

2. Türk Hukukunda Sözleşme Kavramı

Borçlar Hukukunun konusu kişilerarası borç ilişkileridir. İnsanların günlük hayatta ihtiyaçlarını karşılamak üzere başkaları ile ilişki içine girmesi sosyal hayatın bir gereğidir. Hukuki işlemler içinde borç ilişkisi kuran kaynaklardan biri sözleşmelerdir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 1. maddesinde sözleşmenin tanımı yapılmıştır. Sözleşme tarafların iradelerinin karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. Bir sözleşmenin kurulabilmesi için iki tarafın iradesinin sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde uyuşması gerekir. Aksi takdirde sözleşme kurulmamış olur. Esaslı unsur sözleşmenin adlandırılmasında temel olan konudur.³⁴ Sözleşme düzenlenirken tarafların iradesini tamamlayan yan unsurlara ilişkin hükümler de sözleşmede yer alabilir.³⁵

Sözleşmenin nasıl kurulduğuna ilişkin icap ve kabul süreçleri ile birlikte sözleşmenin hazırlar veya hazır olmayanlar arasında yapılması farklı durumların ortaya çıkmasına sebep olabilir. Bu durum özellikle sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurma anı, kurulması ve borcun ifasında kendisini gösterir. Kural olarak herkes sözleşme yapma hürriyetine sahiptir. Sözleşme hürriyeti tarafların sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğünü de içerir. Bu anlamda hiç kimse rızası hilafına sözleşme yapmaya zorlanmaz. Taraflar, sözleşmenin türünü seçme, şeklini belirleme, yapılan sözleşmeyi değiştirme ve hatta ortadan kaldırma konusunda serbesttir. Sözleşmelerin çok azı tek tarafa borç yükler. Bazen ivazlılık ilkesi gereği hak ve yükümlülükler karşılıklıdır.³⁶

Bkz. <https://www.coindesk.com/arizona-governor-signs-blockchain-bill-law/> [https://perma.cc/T2JJ-RMAJ]. (Erişim Tarihi: 12.05.2022).

³⁴ Andreas Von Tuhr/Hans Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Auflage, Zürich 1979/1984. s. 155-156; Wilhelm Schönenberger/Peter Jäggi, (Zürcher) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Obligationenrecht, Teilband V/1a: Allgemeine Einleitung, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR, Kommentar zu den Art.1-17 OR, Zürich 1973; Erden Kuntalp, Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971, s. 51.

³⁵ Von Tuhr/Peter, s. 190, dn. 69; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2003, s. 213; Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitapevi, 7. Bası. 1993, s. 76; M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C-1. Vedat Kitapçılık, 12. Bası, İstanbul, 2014, s. 66.

³⁶ İhsan Erdoğan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2017, s. 31.

Hukuki bir sonuca yönelmiş irade açıklamasına hukuki işlem denir. Sözleşmeler de hukukumuzda en sık kullanılan hukuki işlemlerdir. Kişiler kendi iradeleri ile kendilerini borç altına sokabilirler. Dolayısıyla irade hukuki işlemin kurulmasında asli ve kurucu unsurdur. Bununla beraber, işlemin geçerli olabilmesi için irade açıklaması dışında başka bazı unsurların varlığı aranır. Bunlar geçerlilik unsurlarıdır.³⁷ Örneğin ehliyet en önemli geçerlilik unsurudur. Yine emredici hükümlere uygunluk geçerlilik şartları arasında yer alır. Bazen taraflar tek taraflı, bazen de karşılıklı olarak beyan ettikleri irade ile gerçek iradeleri arasında uyumsuzluk yaşayabilir. Nitekim zihni kayıt, latife beyanı, muvazaalı işlemler irade ile beyan arasındaki uyumsuzluğa örnek verilebilir. Bir de sözleşmelere ilişkin genel işlem koşulları var. Genel işlem koşulları sözleşmenin şartlarının taraflarca serbestçe belirlenmesi yerine taraflardan birinin önceden hazırlamış olduğu şartların müzakere imkânı verilmeksizin sunulması durumunda söz konusu olabilir.³⁸

III. Akıllı Sözleşmeler

Akıllı sözleşmeler, blokzincir teknolojisinin en başarılı uygulamalarından biridir. Şu anda, tipik olarak blokzinciri sistemlerinin üstünde çalışan birçok çevrimiçi ticari işlemin temelini oluşturmaktadırlar. Akıllı sözleşme, yürütülmeleri merkezi olmayan ve kurcalanmaya karşı koruması bulunan özel bir bilgisayar programıdır. Akıllı sözleşmelerin en çekici özelliği, temel olarak çok taraflı etkileşimlerde güvenilir üçüncü tarafların ihtiyacını ortadan kaldırma yetenekleriyle ilgilidir. Akıllı sözleşmeler, bir sözleşme için gerekli şartları basitleştirerek onları doğrular ve şartların uygulanmasını sağlayarak merkezi olmayan otomatik yapıya izin verir. Akıllı sözleşme, otomatikleştirilebilir ve uygulanabilir bir sözleşmedir. Bilgisayar tarafından otomatikleştirilebilir, ancak bazı parçalar insan girdisi ve kontrolü gerektirebilir.³⁹ Bu kontrol şu şekilde kendisini gösterir. Yazılımda belirlenen şartların

³⁷ Eren, s. 201.

³⁸ Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitapevi, 25. Baskı, Ekim 2013, s. 118

³⁹ Christopher D. Clack/Vikram A. Bakshi/Lee Braine, "Smart Contract Templates: foundations, design landscape and research directions" 2016, s. 2.

^{Bkz.} <http://arxiv.org/abs/1608.00771> (Erişim Tarihi: 15.05.2022)

gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda dış âlemden sağlanacak gerçek verilere ihtiyaç duyulduğunda “oracle” denilen hizmet yapıları devreye girer.

Akıllı sözleşme kavramı 1994 yılında Nick Szabo tarafından önerilmiştir. Nick Szabo’ya göre, akıllı sözleşmeler tarafların birbirlerine karşı vaatlerini yerine getirdiği protokolleri içeren bilgisayar kodudur.⁴⁰ Akıllı sözleşmeler elektronik sözleşmelerden her yönüyle farklıdır. İnternet gibi dijital ortamlarda yapılan sözleşmeler yani elektronik sözleşmeler yirmi yılı aşkın süredir kullanılmaktadır. Akıllı sözleşme fikri, yükümlülüklerin yerine getirilmesinde insan müdahalesi olmaksızın risklerin ve işlem maliyetlerinin azaltılacağı beklentisine dayanmaktadır. Ayrıca, akıllı sözleşmelerle insanların birbirlerine güvenmeleri gerekmez, sadece makinenin doğru çalışacağına güvenmeleri gerekir.⁴¹

Akıllı sözleşme kavramının fikirden çıkıp yazılıma dönüşmesi etherium ağı ile mümkün olmuştur. Ethereum, geliştiricilere Bitcoin’den farklı olarak çeşitli amaçlar için kullanılabilir merkezi olmayan uygulamalar oluşturmak için araçlar sağlayan bir blok zinciri platformudur.⁴² Ethereum, katılımcının çevrimiçi işlemleri gerçekleştirmesine olanak tanıyan bir eşler arası dijital nakit sistemini geliştirmenin yanı sıra ağ üzerinde dağıtılan merkezi olmayan uygulamalarda akıllı sözleşme kodunu yürütmek için kullanılır. Ethereum ağında açık kaynak kodlu akıllı sözleşme örnekleri bulunmakla birlikte sistemin hızlı işleyişi ve sürdürülebilirliğini sağlamak için akıllı sözleşme tasarımında gas adı altında bir ücret platform tarafından alınmaktadır. Gas, Ethereum ağında başarılı şekilde işlem yapmak için gereken ücretin karşılığıdır.⁴³ Akıllı sözleşme, iki veya daha fazla taraf arasında normal bir sözleşmeye benzer şekilde çalışır. Tarafların kendi aralarında bir sözleşme yapmaları için avukatlara veya bankalara güvenmeleri gerekmez, bunun yerine belirli koşullar yerine getirildiğinde edimin ifası için akıllı

⁴⁰ Nick Szabo, “Formalizing and securing relationships on public networks” *First Monday Peer-Reviewed Journal on the Internet*, C. 2, S. 9, 1997, s.16.

⁴¹ Markus Kaulartz/Jörn Heckmann, “Smart Contracts - Anwendungen der Blockchain Technologie”. *Computer und Recht*, C. 32, S. 9, 2016, s. 618-624.

⁴² Ameer Rosic, “What is Ethereum?”

⁴³ ^Bkz. <https://blockgeeks.com/guides/ethereum/> (Erişim tarihi: 16.05.2022)

⁴³ <https://ethereum.org/tr/developers/docs/gas/> (Erişim tarihi: 16.05.2022)

sözleşme otomatik olarak yürütülür.⁴⁴ Başka deyişle akıllı sözleşmeler üçüncü kişiye duyulan güven unsurunu ortadan kaldırır.⁴⁵ Bir kira veya sigorta sözleşmesi akıllı sözleşme şeklinde tasarlanabilir. Ancak her geleneksel sözleşmenin akıllı sözleşme formatında kodlanabileceğini söylemek gelinen aşamada bir iddiadan öteye geçmeyecektir.

1. Akıllı Sözleşmelerin Temel Özellikleri

Akıllı sözleşmelerin blokzinciri teknolojisine entegrasyonu bağlamında önemi, eşler arası işlem sağlama ve veri tabanının güvenilir bir ortamda güven içinde halka açık olarak sürdürülebilirliğini geliştiren bir odak alanı haline gelmesidir. Akıllı sözleşmelerde blokzincir teknolojisinin bir parçası olduğundan tüm işlemler izlenebilir, fakat işlemlerin geri alınması mümkün değildir. Tüm işlem bilgileri akıllı bir sözleşmede bulunur ve otomatik olarak yürütülür.⁴⁶ Akıllı bir sözleşmelerin temel özellikleri şöyle sıralayabiliriz.

- Akıllı sözleşmeler, blokzinciri platformu üzerinde çalıştırılan ve makine tarafından okunabilen kodlardan oluşmaktadır.

Akıllı sözleşmeler Solidity, Vyper gibi kodlama dilleri ile yazılabilen bilgisayar programlarıdır. Sözleşmenin tarafları kodlama dillerinin sağladıkları imkânlar ölçüsünde kendi rızalarına uygun biçimde karşılıklı hak ve yükümlülükler içeren bir sözleşme yapabilirler. Türk hukukunda sözleşmelerin kurulması şekil serbestisine tabidir. Fakat, bazı sözleşmelerin nasıl kurulması gerektiğine dair kanunda açık bir hükmün bulunması durumunda sözleşmenin ancak kanunun gösterdiği şekilde kurulması zorunludur. Bu sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurması açısından bir geçerlilik şartıdır. Bu açıdan esasında bir bilgisayar programı olması nedeniyle, kanunen veya sözleşmenin taraflarınca belirli bir şekilde yapılması öngörülmüş kefalet sözleşmeleri, taşınmaz satışı sözleşmeleri, taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri vb.

⁴⁴ Jamila Alsayed Kassem/Sarwar Sayeed/Hector Marco-Gisbert/ Zeeshan Pervez/Keshav Dahal, "DNS-IdM: A blockchain identity management system to secure personal data sharing in a network" *Appl. Sci.*, C. 9, S. 15, 2019, s. 3.

⁴⁵ Mükerrerem Onur Başar, "Akıllı Sözleşmeler ve Özel Hukuk Uygulamasında Ortaya Çıkması Muhtemel Sorunlar", *İstanbul Hukuk Mecmuası* 80 (4), 2022, s. 1070.

⁴⁶ Bhabendu Kumar Mohanta/Soumyashree S Panda/Debasish Jena, "An overview of smart contract and use cases in blockchain technology", 9th ICCCNT 2018 July 10-12, 2018, IISC, Bengaluru, IEEE - 43488. s.4.

sözleşmelerin akıllı sözleşmelerle tasarlanmasının mevcut şartlarda mümkün olmadığı düşünülmektedir.⁴⁷ Benzer şekilde mevcut durumda akıllı sözleşmelerin geçerliliğini sağlayan gizli ve açık anahtarlar güvenli elektronik imzaya eşdeğer görülmemektedir.

- Akıllı sözleşmeler tek bir uygulama programının parçasıdır ve şarta bağlı hükümler içerir.

Akıllı sözleşme esasında “veri odaklı” bir sözleşmedir. Tarafların koşullarında anlaştıkları sözleşme bir bilgisayar sistemi tarafından işlenebilecek niteliktedir ve karşılıklı edimler bir şart ve koşulun gerçekleşmesine bağlanmıştır. Akıllı sözleşmelerde doğal dil kullanımı söz konusu değildir. Sözleşme yükümlülüklerinin iletişimini kolaylaştırmak için otomasyonu, bilgisayar analizini veya tasarımındaki verileri kullanır. Esasında bu geleneksel sözleşme ile akıllı sözleşme arasındaki en temel farktır. Kısacası, ifade edilme biçimi geleneksel sözleşmeden farklıdır. Geleneksel sözleşmelerden farkı bu olmakla birlikte, bir sözleşmenin “veri odaklı” olduğunu söylemek, bir düzenlemenin her yönünün bilgisayarla işlenebilir biçimde temsil edildiğini ileri sürmek anlamına gelmez.⁴⁸

Akıllı sözleşmelerin kurulmasında kullanılan programlama dilleri “Eğer olursa...sonra...” gibi şarta bağlı komutlar içerir. Dolayısıyla taraflar arasında belirtilen şartın gerçekleşmesi durumunda akıllı sözleşme yeni duruma otomatik olarak uyarlanır. Peki, tüm koşulları önceden taraflarca belirlenmiş olan bir akıllı sözleşme bu durumu nasıl algılar? Akıllı sözleşmelere gerçek dünyadaki verileri güvenli bir şekilde sağlayan ve sözleşmenin otomatik karar almasını mümkün kılan “oracle” denilen hizmet yapıları bulunmaktadır.⁴⁹ Oracle yapısının

⁴⁷ Clifford Chance: “Smart Contracts: Legal Framework and Proposed Guidelines for Lawmakers”, <https://talkingtech.cliffordchance.com/en/emergingtechnologies/smart-contracts/smart-contracts--legal-frameworkand-proposed-guidelines-for-law.html> (Erişim Tarihi: 17.05.2022). Mateja Durovic/Franciszek Lech, “The enforceability of smart contracts”, *Italian Law Journal*, 5(2), 2019, s. 506-507; Türkiye Bilişim Vakfı, “Akıllı Sözleşme Raporu”, https://bctr.org/dokumanlar/Akilli_Sozlesme_Raporu.pdf (Erişim Tarihi: 02.06.2022)

⁴⁸ Jerry I-H Hsiao, Smart Contract on the Blockchain-Paradigm Shift for Contract Law, <https://heionline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/uschina1rw14&div=49&id=&page=> (Erişim Tarihi: 02.06.2022).

⁴⁹ Bkz. <https://kriptomat.io/tr/blockchain/blok-zinciri-oraclei-nedir/> (Erişim Tarihi: 02.06.2022).

çalışmasını şu şekilde özetleyebiliriz. Ali ile Ahmet aralarındaki akıllı sözleşme ilişkisine göre borcun ifasına yönelik şarta bağlı bir işlem üzerinde iradelerini beyan etmektedirler. Buna göre Ali Bitcoin fiyatının 2022 yılında 100 bin American dolarına ulaşacağını, bu durumun gerçekleşmesi durumunda Ahmet'e 1 Etherlik ödeme yapacağını taahhüt etmektedir. İşte bilgisayar kodu ile yazılan şartın gerçekleşmesi için dış dünyadaki bitcoin fiyatına ilişkin gerçek fiyatın oracle denilen hizmet yapıları ile akıllı sözleşmede işletilmesi gerekmektedir. Bu durumda Bitcoin fiyatının gerçekten de belirtilen tutara eriştiği güvenilir kaynaklardan elde edilecek bilgilerle doğrulanmalıdır. Örneğin, akıllı sözleşmeye eklenecek bir kod ile Binance⁵⁰ borsasından fiyatın doğruluğu sağlanabilir. Böylece mutabık kalınan fiyata ulaşıldığında sözleşme kendiliğinden harekete geçerek borcun ifası gerçekleşecektir.

- Akıllı sözleşmeler kurulduktan sonra izlenmesine gerek olmayan özerk programlardır.

Geleneksel sözleşmelerde tarafların hak ve yükümlülüklerine ilişkin işlemlerin izlenmesi gerekir. Sözleşmeye duyulan güven bağlamında taraflardan birinin yükümlülüklerini ihlal etmesi durumunda meydana gelen uyuşmazlığın çözümünde üçüncü kişilerin devreye girmesi söz konusu olabilir. Buna karşın akıllı sözleşmelerde sözleşme hükümlerinin otomatik yerine getirilmekte, böylece borcun ifası ya da uyuşmazlığın çözümü için gerektiğinde yapılması gerekli olan maliyetler ortadan kalkmaktadır. Akıllı sözleşmeler algoritmik bilgisayar programları olduğundan sözleşme hükümlerinin taraflarca ihlali mümkün değildir. Ayrıca borç ilişkisine ilişkin olarak alacaklının ve borçlunun temerrüdü gibi geleneksel hukuk kurumlarına yer verilmemektedir.⁵¹

Akıllı sözleşmeler bilgisayarlarda kaynak kodu kullanılarak hazırlanır, standart hale getirilebilir ve neredeyse hiçbir ücret ödmeden yürütülebilir, dolayısıyla marjinal sözleşme maliyetini düşürür. Ayrıca, kesinliğe değer veren taraf için, sözleşmenin uygulanması dışında sözleşmenin yorumlanmasında belirsizliğe yer olmayacaktır. Bu ne-

⁵⁰ Çeşitli kripto para işlemlerinin online yapıldığı Malta merkezli bir kripto para borsasıdır.

⁵¹ Jeremy M. Sklaroff, "Smart Contracts And The Cost Of Inflexibility", *University of Pennsylvania Law Review*, C. 166, S. 1, 2017, s. 276.

denle, sözleşme tarafları belirli bir maddeye bağlı olmayı kabul ettiğinde, akıllı sözleşmenin kodu onları değişmez bir şekilde ihlal olasılığı olmaksızın bu maddeye bağlar.⁵²

2. Avukatlık Mesleği

Avukatlık mesleği, başlangıcı Roma Dönemine kadar uzanan tarihin bilinen kadim mesleklerinden biridir. Bu dönemde avukatlar savunma hizmetlerini yerine getirme karşılığında ücret almazlardı. Devletin üst düzey yetkilisi olmanın yolu da avukatlıktan geçirdi. Avukatlık her yönüyle onur bir meslekti. Avukatlık mesleğinin popülerliği yakın dönemde Kıta Avrupası'nda, Birleşik Krallık ve Amerika kıtasında etkisini göstermiştir. Türkiye'de de Tanzimat ile birlikte başlayan süreçte avukatlık kurumunun etkisi gün geçtikçe artmaya başlamış ve 01 Aralık 1938 tarihinde 3499 sayılı Avukatlık Kanunu yürürlüğe girmiştir. Bu kanuni düzenlemenin en önemli özelliği avukatlığın bir kamu hizmeti olduğunu ortaya koymasındır. Süreç içerisinde avukatlık mesleğinde yaşanan değişim ve dönüşümle birlikte ortaya çıkan ihtiyaçlar bağlamında 19 Mart 1969 yılında 1136 sayılı Avukatlık Kanunu ihdas edilmiştir. Kanun zaman içerisinde çoğu kez değişikliğe uğrasa da halen yürürlükte olup uygulanmaktadır.⁵³

Avukat, yargının temel unsurlarından biri olan bağımsız savunmayı herhangi bir baskıya boyun eğmeden özgürce temsil etmeye ilişkin kamu hizmetini serbest meslek olarak yerine getiren, hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine sunan ve kişilerin bundan istifade etmesini sağlayan kişidir. 1136 sayılı Kanun'da avukatlığın mahiyeti böyle açıklanmaktadır. Yine aynı Kanun'un 2. maddesinde Avukatlığın amacı "*hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamak*" şeklinde belirlenmiştir.

⁵² Joshua Fairfield, "Smart Contracts, Bitcoin Bots and Consumer Protection", Washington and Lee Review Online, 71(2), 2014. s. 29. <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1003&context=wlulr-online> (Erişim Tarihi: 10.06.2022)

⁵³ Vedat Ahsen Coşar, "Avukatlık Mesleğinin ve Baroların Tarihsel Gelişimi", *Ankara Barosu Dergisi*, 2018, S. 4, s.225; Şener Battal/Nurşen Erdem, "Avukatlık Mesleğinin Türkiye'deki Tarihçesi", *Ankara Barosu Dergisi*, C. 5, S. 6, 1985, s.675

Avukatlık her dönem değer verilen bir meslek olmakla birlikte son yıllarda yeterli bilimsel, beşerî ve teknik altyapıya sahip olmayan hukuk fakültelerinin sayısındaki artış meslek mensuplarının niteliği açısından çeşitli soru işaretleri meydana getirmiştir. Yeterli bilgiye sahip olmayan yeni mezun meslek mensuplarının eğitim süreçleri devam ederken belli bir kariyer planlamasına tabi tutulmaması mesleğin geleceği açısından sorun yaratmaktadır. Oysaki her avukatın sahip olması gereken sıkı çalışma disiplini, yeterli düzey iletişim kurma becerisi, mobil çalışma hayatına uyum yeteneği ve hukukun belli alanlarında uzmanlaşabilme kapasitesinin tespiti kariyer planlamasının yapılması ile sağlanabilir. Böylece, her avukatın hangi geleneksel veya modern hukuk alanına uygun olup olmadığı ortaya konulabilir, bu anlayış meslekte uzmanlaşmayı beraberinde getirebilir. Kariyer planlamasına dönük pratiğin uygulaması hukuk fakülteleri ve baroların eliyle hayata geçirilebilir. Nitekim Kıta Avrupası'ndaki ve özellikle Amerika'daki barolarda bu uygulama başarı ile yürütülmektedir.⁵⁴

Teknolojik ilerleme, değişen toplum, yeni fikirler ve anlayışlar diğer mesleklerde olduğu gibi avukatlık mesleğinde de değişim ve dönüşümü beraberinde getirmektedir. Türkiye'nin Dünya ile yakın ilişkiler kurması, Avrupa Birliği müzakere süreçleri ve müktesebata uyum çabaları bu dönüşümün kaynağında yer almaktadır. Bu dönüşüm kavramsal yenilikler, inovatif uygulamalar ve avukatlıkta yeni niş alanların ortaya çıkmasını sağlamıştır. Hukuk teknolojisi kavramı bu yenilikleri tanımlayan en üst kavramdır. Teknolojinin hukuk mesleğine etkileri bazı geleneksel çalışma yöntemlerini ortadan kaldırmıştır. Kuşkusuz bunun en güzel örneği avukatlık mesleğinde yüzyılı aşkın kullanılan daktilonun yerini bilgisayara bırakmasıdır.⁵⁵

Teknolojinin geleneksel iş yapış şekillerini değiştirmesi hukuk endüstrisinde faaliyet gösteren bazı meslek mensupları açısından teknolojinin yıkıcılığı olarak nitelendirilmektedir. Geleneksel yöntemlerle iş yapan hukukçular açısından bu teknolojinin yıkıcılığı yalnızca süreçleri ve iş akışını bozmakla kalmaz, aynı zamanda belirli bir sektör üze-

⁵⁴ Şamil Demir, "Avukatlık Kariyeri Üzerine Düşünceler", *Ankara Barosu Dergisi*, C.67, S.3, 2009, s. 61.

⁵⁵ Zafer İçer/Mümtaz Hacipaşaoğlu/Melih Tüzünoğlu, "Hukuk Teknolojileri ve Avukatlık Mesleğindeki Uygulamaları", *İstanbul Barosu Yapay Zeka Çalışma Grubu*, 2020, s. 5-7.

rindeki olumsuz etkilerin ortaya çıkmasına neden olabilir. Avukatlar ve hukuk profesyonelleri modern teknolojik çözümlerin iş yerindeki insanların yerini alabileceği endişesini taşımaktadırlar. Hukuk teknolojisinin tek başına idare ve sekreterlik işleri gibi düşük vasıflı yasal işlerin yerini alma potansiyeline sahip olduğu artık sır değildir. Hukuk sektörü, dijital dönüşümün sonucu olarak artık yeni süreçler ve modernize edilmiş iş akışlarıyla karşı karşıya kalmış durumdadır. Bu durumun ilk bakışta maliyetlerin azaltılması ve iş yapma süreçlerinin hızlanması konularında faydalı sonuçlar ürettiği görülmektedir. Ancak, sektörde geleneksel iş yapma biçimlerinin etkili olduğu kanıtlandığından mesleki alışkanlıkların varlığından dolayı sektör çok fazla etkilenmemiştir. Gerçekte ise şimdiye kadar teknolojik gelişmelerin etkisine dayanmayı başaran endüstri için sürecin yıkıcı bir sonuca da evrilmesi yakın zamanda mümkün olabilir. Nitekim hukuk teknolojisi, sektördeki işlerin %39'u olan yaklaşık 114.000 işin yerini potansiyel olarak alabilir. Bununla birlikte, yapay zekânın gelişimi avukatları ve diğer hukuk profesyonellerini sektörün dışına itebilir. Henüz bazı uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan yapay zekâ yargıçları ve robot avukatlar yakın gelecekte hukuk uygulamalarında bir standarda dönüşebilir.⁵⁶ Sonuç olarak, modernizasyon artık sadece bir seçenek değil, hukuk endüstrisi için bir zorunluluktur, bu da hukuk sektörünün modern çözümleri benimsemeye başlaması gerektiği anlamına gelmektedir. Bununla birlikte, bazı uzmanlar teknolojinin hukuk emekçilerinin yerini alacağını iddia ederken, bazıları ise yeni çözümleri denetlemek için teknoloji uzmanlarına duyulan ihtiyacın artacağından mütevellit yeni işlerin ortaya çıkacağını savunmaktadır.

3. Avukatlık Mesleği Açısından Akıllı Sözleşmelerin Yarattığı Fırsatlar

Akıllı sözleşme uygulamasının çok sayıda yararı bulunmaktadır. Bu sözleşmelerin sağladığı yararların başında doğruluk gelmektedir. Akıllı bir sözleşmedeki tüm hüküm ve koşulların ifadesi açık ve doğru olmalıdır. Esasen, bu kritik bir gerekliliktir çünkü işlem hataları herhangi bir ihmalden kaynaklanabilir. Bu nedenle, akıllı sözleşmelerde

⁵⁶ Thomas R. Moore, "The Upgraded Lawyer: Modern Technology and Its Impact on the Legal Profession", 21 U.D.C. L. Rev. 27, 2019. <https://digitalcommons.law.udc.edu/udclr/vol21/iss1/4>. (Erişim Tarihi: 10.06.2022).

sergilenen otomasyon, geleneksel sözleşmelerde bulunan sorunların çoğundan tarafları kurtarır. Açık iletişim ve şeffaflık da akıllı sözleşmeler için önemli bir özelliktir. Sözleşmenin taraflarından herhangi biri tarafından yapılan işlemlerin her biri, blokzincirindeki diğer ağ düğümleri tarafından izlenir ve kontrol edilir. Sonuç olarak, şeffaflık teşvik edilir ve dolandırıcılık sorunları ortadan kalkar. Çünkü modern çağda, organizasyonun müşterileri dolandırmakla ve onlara paralarının değerini teklif etmemekle suçlandığı çeşitli vakalar bildirilmiştir. Hız ve verimlilik akıllı sözleşmelerce desteklenen diğer önemli özelliklerdir. Esasen, akıllı sözleşmeler insan müdahalesine dayanmaz ve bunların uygulanması blokzinciri ağındaki diğer düğümler tarafından yönlendirilir ve denetlenir. Bu nedenle, sözleşme oracle denen yapılar yardımıyla tetiklendiğinde, komut dosyasıyla oluşturulmuş sözleşme kendi kendine yürütülür. Bu genellikle, kişiyi komut dosyası yazarken tetikleyici olayların kullanılmasıyla elde edilir. Her sözleşme ayrı bir varlık olarak hedeflenir ve kaynağından bağımsız olarak her işlem önce doğrulanır. Bu durum, hızlı, esnek ve sağlam bir sözleşme yürütme yöntemiyle sonuçlanır. Akıllı sözleşmeler yapılan işlemlerin başkasının müdahalesine izin vermeden güven içinde yapılmasını sağlar. Marino ve Juels tarafından yapılan bir araştırma, akıllı sözleşmelerin en yüksek güvenlik önlemlerinden birine sahip olduğunu ortaya koymuştur.⁵⁷ Yine akıllı sözleşme teknolojisi kriptografi teknikleri ile uygulanmaktadır. Bu teknoloji, verilerin yüksek düzeyde şifrelenmesini ve her blok zincirindeki işlemleri okumak ve herhangi bir işlemi yürütmek için hem özel hem de genel anahtarların kullanılmasını gerektirmektedir. Bu gerekliliğin sağlanması akıllı sözleşmeleri dış müdahalelerden uzak tutmakta, sistemi daha güvenli kılmaktadır.⁵⁸

Akıllı sözleşmelerin sağladığı yararlarla birlikte hukuk disiplini açısından ortaya koyduğu fırsatları şöyle ifade edebiliriz.

⁵⁷ Bill Marino/Ari Juels, "July. Setting standards for altering and undoing smart contracts". In International Symposium on Rules and Rule Markup Languages for the Semantic Web, 2016, Springer, Cham, s. 155.

⁵⁸ Pablo Lamela Seijas/Simon Thompson/Darryl McAdams, "Scripting smart contracts for distributed ledger technology", IACR Cryptology ePrint Archive, 2016, s. 20; Silas Nzuba, Smart Contracts Implementation, Benefits, and Limitations, Journal of Information Engineering and Applications, 9(5), 2019. Bkz. <https://core.ac.uk/download/pdf/234677472.pdf>. (Erişim Tarihi: 03.06.2022).

- Akıllı sözleşmeler düzgün çalıştığında tekrar eden işlemler için üçüncü bir kişinin varlığına ihtiyaç duymaz.

Akıllı sözleşmelerin blokzincir teknolojisi aracılığıyla uygulanması, avukata olan ihtiyacı azaltır. Bu da genel organizasyonel maliyetlerin azaltılmasına ve bir organizasyon tarafından kar marjlarının maksimize edilmesine yardımcı olur. Günlük veya haftalık olarak çok sayıda sözleşmeyle uğraşan çok uluslu şirketler söz konusu olduğunda, iş ortakları ve müşterileri ile akıllı temasların uygulanması, geleneksel sözleşme biçimlerinde ortaya çıkan çeşitli maliyetlerin azaltılmasına büyük ölçüde yardımcı olabilir. Fakat akıllı sözleşmelerin kalitesi ve yürütülmesi, temelde kodlanmış olan girdiye büyük ölçüde bağlıdır.⁵⁹ Bu nedenle, maliyetleri azaltmak amacıyla akıllı sözleşmelerin kurulma aşamasında iyi tasarlanmaması kusurlar meydana getirirse bu tür kusurlar, üretilen çıktının düşük kalitesinin yanı sıra olumsuz etkileri de tetikleyerek zararın miktarını arttırabilir.

- Bir avukat, taraflarca satın alınacak bir dizi şablon sözleşme hazırlayabilir. Böylece her seferinde aynı konu ve işlemler için akıllı sözleşmenin hazırlanmasına avukatın katılımı gerekmez.

Kişilerarası borç ilişkilerinde sözleşmeler en temel hukuki işlemlerdir. Her ne kadar bir borç ilişkisinde taraflar farklı olsa da sözleşmenin konusu ve esaslı unsurları günlük hayatta benzerlik gösterebilmektedir. Sözleşme bir satım, kiralama, eser, trampa veya hizmet ilişkisini içerebilir. Borç ilişkilerinin benzerlik göstermesi konusu ne olursa olsun kodlara derc edilmiş akıllı sözleşme şeklinde şablon tasarımını yakın dönemde mümkün kılacaktır. Nitekim bazı girişimler⁶⁰ şablon tasarımlar hazırlamak için çalışma yürütmektedir.

- Sözleşmeler otomatik olarak uygulandığından, teorik olarak taraflardan biri diğerine dava açamaz. Ancak bu durum her ne surette olursa olsun tarafların uyuşmazlıkların çözümü için mahkemeye başvurmaları hakkını ortadan kaldırmaz.

⁵⁹ Mohammed Ali Shalan/Mohammed Ayedh Algarni, "Contract lifecycle management: processes and benefits. innovative and agile contracting for digital transformation and industry 4.0", Hershey PA, 2021, s. 208-221.

⁶⁰ Jetlexa, AxDraft ve Contractbook gibi sözleşme otomasyon yazılımları akıllı sözleşme formatında şablon meydana getirmek için faaliyet yürütmektedir.

Sözleşmenin tarafları, akıllı sözleşmenin kurulması aşamasında hak ve yükümlülüklerle ilişkin şartlar üzerinde anlaştıklarında ifa kendiliğinden sistem üzerinden gerçekleşmektedir. Aslında, akıllı sözleşmelerin bu özelliği ekonomik süreçlerin hızlandığı çağımız dünyasında özellikle zamandan tasarruf sağlama konusunda avantaj sağlamaktadır.⁶¹ Bu yönüyle her ne kadar akıllı sözleşmelerde taraf hakkı ve yükümlülüklerinin koda işlenmesi ile ifanın otomatikleştirilmesi mümkün olsa da tarafların aralarındaki hukuki işlemi akıllı sözleşmeyle düzenlemek istemiş olmaları, onların akıllı sözleşmeden doğan uyumsuzlıklardan kaynaklı mahkemeye başvuru hakkından feragat ettikleri anlamına gelmez. Dolayısıyla, taraflar, akıllı sözleşmede yer alan uyumsuzlıkları mahkemeye taşıyarak sorunu çözme yoluna gidebilirler.

4. Avukatlık Mesleği Açısından Akıllı Sözleşmelerin Ortaya Çıkardığı Tehditler

Otomasyon ve dijitalleşme ekonominin tüm sektörlerine yayıldıkça şu soru sorulmalıdır: Bu yayılma hukuk mesleğini nasıl etkileyecek? Yasal çalışmanın doğasının önemli ölçüde değişmesi bu aşamadan sonra çok muhtemel görünmektedir. Geleneksel sözleşmelere ilişkin hükümlerin akıllı sözleşmelere uygulanıp uygulanamayacağı ya da hangi hükümlerin uygulanabileceği tartışmalıdır. Salt akıllı sözleşmeler için özel bir hukuki düzenleme yapmak gerekli midir? Öte yandan 6098 sayılı TBK' da yer alan sözleşme hukukuna ilişkin ilkeler, iradeyi sakatlayan haller, borcun ifası, alacaklının ve borçlunun temerrüdü, sebepsiz zenginleşme, haksız fiil sorumluluğu, ifa yerine geçen edimler vb. konulara akıllı sözleşmelere ilişkin özel düzenlemede yer verilecek midir? Kuşkusuz akıllı sözleşme kavramı yeni olduğundan ilerleyen dönemlerde ne tür uygulamaların olacağı şimdiden bilinmemektedir. Ayrıca, her akıllı sözleşme de hukuk disiplini açısından bir hukuki işlem karşılık gelmemektedir. Dolayısıyla, akıllı sözleşme uygulamasına ilişkin belirsizlikler en temel tehdit unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır.

⁶¹ M. Burak Küçükislamoğlu, "Akıllı Sözleşmelerde Borçlu Temerrüdü". Bkz. <https://www.mondaq.com/turkey/fin-tech/1133234/ak30511305-szle351melerde-borlu-temerrd->, (Erişim Tarihi: 10.06.2022).

İkinci bir görüşe göre akıllı sözleşmelerin oluşturulması kendilerini hızla değişen bir yasal ortamda bulabilecek avukatlar için yeni bir tehdit ortaya koymaktadır. Akıllı sözleşmeler birçok yaygın işlemde doğrudan avukat katılımı ihtiyacını ortadan kaldırabilir ve bu nedenle teorik olarak hukuk endüstrisinde dramatik bir değişime neden olabilir. Akıllı sözleşmelerin, başta avukatların ve ayrıca noterlerin varlığını sonlandırmaya çalışan bir makine olduğu düşünülmektedir. Doğru çalıştığında, akıllı sözleşmeler aracıyı veya tekrarlayan işlemler için avukatı ortadan kaldırma şansı sunabilir. Bu görüş, tüm şartları düzenleme sürecinde bilgisayar koduna bağlanmış ve taraflarca imzalanmış bir sözleşme bakımından kısmen kabul edilebilir.⁶² Ancak sözleşmenin düzenlenmesi süreci, taraflar arasındaki müzakere sürecinin aktif hukuki müdahale gerektirmesi, akıllı sözleşme tasarımının gerektirdiği teknik bilgi göz önünde bulundurulduğunda bu görüşün kabul edilmesi pek mümkün gözükmemektedir

Sonuç olarak, tehditler iki noktada sistematik olarak belirlenebilir. Bunların ilki hukuk teoreği, ikincisi ise hukuk pratiği ile ilgilidir. Hukuk teoreğindeki mevcut tehdit, henüz sözleşmeler hukukunda kendine yer bulmuş akıllı sözleşmelere ilişkin kendinden menkul bir regülasyonun olmamasından kaynaklıdır. Pek tabi akıllı sözleşmeler kendiliğinden hareket eden bilgisayar kodlarından oluşsa da bu durumda hiçbir uyumsuzluğun doğmayacağı düşünülemez. Hukuk pratiğine ilişkin tehdit ise uzun vadede, belirli uygulamaların otomasyona, örneğin taşınır ve taşınmaz devri, kiralama, eser ve vasiyet gibi işlemlerin büyük bölümünün akıllı sözleşmelerle otomatik yürütülebileceğine ilişkindir. Bu durumdan avukatlık mesleğinin olumsuz etkilenmesi mümkündür. Ancak bu etkilenme, avukatların neslinin tükenmesi anlamına gelmeyecektir.

Değerlendirme ve Sonuç

Akıllı sözleşmelerin tasarlanması için hem yazılım hem de hukuk bilgisi gerekmektedir. Sözleşmenin kurulması ve edimlerin ifası yö-

⁶² Andreas Sherborne, "Blockchain, smart contracts and lawyers", International Bar Association, 2017, s.7.

Bkz. <https://theblockchaintest.com/uploads/resources/International%20Bar%20Association%20-%20Blockchain%20smart%20contracts%20and%20lawyers%20-%202017%20-%20Dec.pdf>. (Erişim Tarihi: 05.06.2022).

nünden kendine özgü bir sözleşme olduğu düşünülmektedir. Borçlar hukukunda yer alan hükümler niteliğine uygun düştüğü ölçüde akıllı sözleşmelere de uygulanabilmelidir. Dolayısıyla, salt akıllı sözleşmelere ilişkin hükümler içeren bir hukuki düzenlemenin yapılması anlamsızdır.

Akıllı sözleşmeler, sözleşme şartlarının doğruluğu ve potansiyel şeffaflığı, performansı otomatikleştirmede sağladığı verimlilik, yanlış yorumlamayı ortadan kaldırma, veri güvenliği açısından potansiyel kurcalamaya dayanıklı kanıt değeri, maliyetleri azaltma yönüyle anlaşmazlıklara daha verimli çözüm sağlama gibi bir dizi avantaj sunar. Buna karşılık, esnekliği ve takdir yetkisini kısıtlayabilen öğelerin aşırı otomasyonu, tüm öğelerin otomatikleştirilemeyeceği veya otomatikleştirilmemesi, tüm sözleşmelerin veya işlemlerin otomasyona uygun olmaması, veri ve sisteme yol açan birlikte çalışabilirlik eksikliği, işletilmesi için başlangıçta maliyet gerektirmesi gibi dezavantajları da vardır.

Akıllı sözleşme bir iş paketi olarak değerlendirildiğinde, avukat sürecin en başında yani sözleşmenin kurulması aşamasında proaktif bir şekilde yer alır. Çünkü akıllı sözleşme hükümlerinin uygulanması bilgisayar koduna bağlıdır ve sonradan değiştirilemez. Bu nedenle başlangıçta sözleşmenin kurulmasından ifasına kadar tüm hak ve yükümlülüklerin taraf menfaatleri gözetilerek net ve kesin ortaya konulması gerekir. Oysaki geleneksel sözleşmelerde avukata daha çok taraflarca sözleşme hükümlerinin uygulanmaması halinde uyuşmazlığın ortaya çıkması durumunda başvurulur. Bu, akıllı sözleşmeler ile geleneksel sözleşmeler arasındaki en temel farktır. Sonuç olarak şöyle bir kanıya varabiliriz. Geleneksel sözleşmelerde avukatın pozisyonu reaktiftir, oysa akıllı sözleşmelerde proaktiftir.

Teknolojiyi geliştirmek ve uygulamak isteyen kişiler sürecin belli aşamalarında yasal danışmana ihtiyaç duymaktadır. Teknolojik gelişmeleri önemseyen, avantajlarını ve dezavantajlarını anlayan ve bunu uzmanlıklarıyla birleştiren avukatlar, müvekkillerine yol gösterebilir, başkalarının gözden kaçırabileceği ve yüksek talep görecekt sorunları tespit ederek kazanç sağlayabilir. Bu yönüyle akıllı sözleşmelerin hukuk mesleğinde nitelik arttırıcı yönünün olduğu, orta ve uzun vadede kodlama dillerini bilen avukatların sayısının da artacağı öngörülmektedir.

Son olarak akıllı sözleşmelerin avukatlık mesleğinin ortadan kalkmasına neden olacağı yönündeki endişenin yersiz olduğu değerlendirilmektedir. Çünkü insanlar binlerce yıldır çoğu zaman avukata ihtiyaç duymadan sözleşmeler yapıyorlar. Ayrıca, sözleşmelerin çoğu yazılı değildir. Geleneksel olarak sözleşmeler bir el sıkışma ile mühürlenir ve sözleşmenin gerçekleştirildiğini görmekten çıkarı olan iki taraf arasındaki güven unsurlarına dayanır. Avukatlar blokzinciri içeren sözleşmeler oluşturacaklar ve bu sözleşmeler elektronik olarak imzalanacaktır. Böylesine çalışmalar akıllı sözleşmelere ilişkin deneyimi hem avukatlar hem de taraflar için daha kullanıcı dostu hale getirecektir. Ayrıca, akıllı sözleşme teknolojisinin kullanılmasıyla her avukatın düzenlemedeki potansiyel sorunları belirleme ve tarafların bu sorunları çözmenin bir yolunu önceden ayarladığından emin olma rolü paha biçilmez olmaya devam edecektir.

Kaynakça

Kitaplar

- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2003.
- Kılıçoğlu Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ekim 2013.
- Kuntalp Erden, Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971.
- Tekinay Selahattin Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altop Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitapevi, 7. Bası. 1993.
- Oğuzman M. Kemal/Öz M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, 12 Bası, İstanbul, 2014.
- Erdoğan İhsan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2017.
- Shalan Mohammed Ali/Algarni Mohammed Ayedh, Contract lifecycle management: processes and benefits. innovative and agile contracting for digital transformation and industry 4.0, Hershey PA, 2021.
- Schönenberger Wilhelm/Jäggi Peter, (Zürcher) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Obligationenrecht, Teilband V/1a: Allgemeine Einleitung, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR, Kommentar zu den Art.1-17 OR, Zürich 1973.
- Von Tuhr Andreas/Peter Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Auflage, Zürich 1979/1984.

Makaleler

- Abramovsk Laura/Grifith Rachel, "Outsourcing and ofshoring of business services: How important is ICT?", *Journal of the European Economic Association*, C. 4, S. 2-3, 2006, s. 594-601.

- Alsayed Kassem Jamila/Sayeed Sarwar/Marco-Gisbert Hector/Pervez Zeeshan/Dahal Keshav, "DNS-IdM: A blockchain identity management system to secure personal data sharing in a network", *Appl. Sci.*, C. 9, S. 15, 2019, 1-19.
- Başar Mükerrerem Onur, "Akıllı Sözleşmeler ve Özel Hukuk Uygulamasında Ortaya Çıkması Muhtemel Sorunlar", *İstanbul Hukuk Mecmuası* 80 (4), 2022, 1067-1103.
- Battal Şener/Erdem Nurşen, "Avukatlık Mesleğinin Türkiye'deki Tarihçesi", *Ankara Barosu Dergisi*, C. 5, S. 6, 1985, s.675-685.
- Coşar Vedat Ahsen, "Avukatlık Mesleğinin ve Baroların Tarihsel Gelişimi", *Ankara Barosu Dergisi*, 2018,S. 4, s.225-242.
- Demir Şamil, "Avukatlık Kariyeri Üzerine Düşünceler", *Ankara Barosu Dergisi*, C. 67, S. 3, 2009, s. 61-69.
- Dimitropoulos Georgious, " The Law of Blockchain", *Washington Law Review*,C. 95, S. 3, 2020, s.1117-1192.
- Durovic Mateja/Lech Franciszek, "The enforceability of smart contracts", *Italian Law Journal*, C. 5, S. 2, 2019, s. 506-507.
- Szabo Nick, "Formalizing and securing relationships on public networks" *First Monday Peer-Reviewed Journal on the Internet*, C. 2, S. 9, 1997, s. 1-21.
- Karamitsos Ionnis/Papadaki Maria/Al Barghuthi Nedaa Baker, "Design of the Blockchain Smart Contract: A Use Case for Real Estate", *Journal of Information Security*, 9, 2018, s. 177-190.
- Kaulartz Markus/Heckmann Jörn, "Smart Contracts – Anwendungen der Blockchain Technologie". *Computer und Recht*, C. 32, S. 9, 2016, s. 618-624.
- Liang Yu Xiao/Al-Bataineh Omar/Lo David/Roychoudhury Abhik, Smart Contract Repair. *ACM Trans. Softw. Eng. Methodol.* C. 29, S. 4, 2020, s. 1-32.
- McKelvey Fenwick/Driscoll Kevin, "ARPANET and its boundary devices: modems, IMPs, and the inter-structuralism of infrastructures", *Internet Histories*, 3:1, 2019, s. 31-50.
- Ünal Gökhan/Uluyol Çelebi, "Blok Zinciri Teknolojisi", *Bilişim Teknolojileri Dergisi*, C. 13, S. 2, 2020, s. 167-175.
- Sayeed Sarwar/Marco-Gisbert Hector/Caira Tom, "Smart contract: attacks and protections"
- School of Computing, Engineering and Physical Sciences, University of the West of Scotland, Paisley PA1 2BE, U.K., Volume 8, 2020.
- Seijas Pablo Lamela/Thompson Simon/McAdams Darryl, "Scripting smart contracts for distributed ledger technology", *IACR Cryptology ePrint Archive*, 2016, s. 1-30.
- Sklaroff Jeremy M, "Smart Contracts And The Cost Of Inflexibility", *University of Pennsylvania Law Review*, C. 166, S.1, 2017.
- Werbach Kevin, "Trust, but verify: Why the blockchain needs the law", *Berkeley Technology Law Journal* , C. 33, S. 2, 2018, s. 487-550.
- Zhang Rui/Xue Rui/Liu Ling, "Security and Privacy on Blockchain", *ACM Comput. Surv.* 52(3), 2019, s. 1-35.

İnternet Kaynakları

American Bar Association, "Rule 1.1 Competence-Comment"

https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/rule_1_1_competence/comment_on_rule_1_1/ (Erişim Tarihi: 01.04.2022)

Ameer Rosic, What is Ethereum? <https://blockgeeks.com/guides/ethereum/> (Erişim tarihi: 16.05.2022)

Sherborne Andreas, "Blockchain, smart contracts and lawyers", International Bar Association, 2017, s.7.<https://theblockchaintest.com/uploads/resources/International%20Bar%20Association%20-%20Blockchain%20smart%20contracts%20and%20lawyers%20-%202017%20-%20Dec.pdf>. (Erişim Tarihi: 05.06.2022).

Yerkel Burak/Saltık Zeynep Sena, Hukuk Teknolojileri ve Avukatlık Mesleğinin Geleceği,

<https://www.mondaq.com/turkey/new-technology/1037718/hukuk-teknolojileri-ve-avukatlik305k-mesle287inin-gelece287i> (Erişim Tarihi: 25.03.2022)

Clack Christopher D./Bakshi Vikram A/Braine Lee, "Smart Contract Templates: foundations, design landscape and research directions" 2016, s. 2. <http://arxiv.org/abs/1608.00771> (Erişim Tarihi: 15.05.2022)

Chance Clifford, "Smart Contracts: Legal Framework and Proposed Guidelines for Lawmakers"

<https://talkingtech.cliffordchance.com/en/emergingtechnologies/smart-contracts/smart-contracts--legal-frameworkand-proposed-guidelines-for-law.html> (Erişim Tarihi: 17.05.2022).

Ethereum, "Gaz ve Ücretler", <https://ethereum.org/tr/developers/docs/gas/> (Erişim tarihi: 16.05.2022)

Roberts Jeff John, "Companies can put shareholders on a blockchain starting today", <http://fortune.com/2017/08/01/blockchain-shareholders-law/> (Erişim Tarihi: 12.05.2022).

Giancarlo J. Christopher, Commodity Futures Trading Commission Before The Senate Banking Committee <https://www.banking.senate.gov/imo/media/doc/Giancarlo%20Testimony%202-6-18b.pdf> (Erişim Tarihi: 10.05.2022).

Hsiao Jerry I-H, "Smart Contract on the Blockchain-Paradigm Shift for Contract Law", <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/uschinalrw14&div=49&id=&page=> (Erişim Tarihi: 02.06.2022)

Fairfield Joshua, "Smart Contracts, Bitcoin Bots and Consumer Protection", 71(2), 2014. s. 29. <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1003&context=wlulr-online> (Erişim Tarihi: 10.06.2022)

Kriptomat, "Blok Zinciri Oracle'ı Nedir?",

<https://kriptomat.io/tr/blockchain/blok-zinciri-oraclei-nedir/> (Erişim Tarihi: 02.06.2022)

American Bar Association, Legal Technology Resource Center https://www.americanbar.org/groups/departments_offices/legal_technology_resources/ (Erişim Tarihi: 04.04.2022)

- Küçükislamoğlu M. Burak, "Akıllı Sözleşmelerde Borçlu Temerrüdü", <https://www.mondaq.com/turkey/fin-tech/1133234/ak30511305-szle351melerdeborlu-temerrd->, (Erişim Tarihi: 10.06.2022)
- Bues Micha, "Was ist Legal Tech?", <https://legal-tech-blog.de/was-ist-legal-tech>, (Erişim tarihi: 22.03.2022)
- Basha Rubin, "Legal Tech Startups Have A Short History And A Bright Future", *TechCrunch*. 2015. <https://techcrunch.com/2014/12/06/legal-tech-startups-have-a-short-history-and-a-bright-future/> (Erişim Tarihi: 20.03.2022).
- Smokeball, "A (Very) Brief History of Legal Technology", <https://www.smokeball.com/blog/a-brief-history-of-legal-technology/> (Erişim Tarihi: 27.03.2022).
- Nzuva Silas, Smart Contracts Implementation, Applications, Benefits, and Limitations, *Journal of Information Engineering and Applications*, 9(5), 2019. <https://core.ac.uk/download/pdf/234677472.pdf>. (Erişim Tarihi: 03.06.2022)
- Higgins Stan, "Arizona Governor Signs Blockchain Bill into Law", <https://www.coindesk.com/arizona-governor-signs-blockchain-bill-law/> [https://perma.cc/T2JJ-RMAJ]. (Erişim Tarihi: 12.05.2022).
- Miller Stephen, "For Future Reference, a Pioneer in Online Reading", *WALL ST. J.* (Jan. 12, 2012, 9:39 PM), <https://www.wsj.com/articles/SB10001424052970203721704577157211501855648> (01.04.2022)
- Moore Thomas R., "The Upgraded Lawyer: Modern Technology and Its Impact on the Legal Profession", 21 *U.D.C. L. Rev.* 27, 2019. <https://digitalcommons.law.udc.edu/udclr/vol21/iss1/4>. (Erişim Tarihi: 10.06.2022)
- Türkiye Bilişim Vakfı, "Akıllı Sözleşme Raporu", https://bctr.org/dokumanlar/Akilli_Sozlesme_Raporu.pdf (Erişim Tarihi: 02.06.2022)
- Zapproved-Ediscovery 101, "A History of How Technology Has Transformed the Legal Field", <https://zapproved.com/blog/a-history-of-how-technology-has-transformed-the-legal-field/> (Erişim Tarihi: 05.04.2022)

Diğer Kaynaklar

- Mohanta Bhabendu Kumar/Panda Soumyashree S./Jena Debasish, "An overview of smart contract and use cases in blockchain technology", 9th ICCCNT 2018 July 10-12, 2018, IISC, Bengaluru, IEEE - 43488.
- Marino Bill/Juels Ari, "July. Setting standards for altering and undoing smart contracts". In *International Symposium on Rules and Rule Markup Languages for the Semantic Web*, 2016, Springer, Cham.
- Beck Roman/Bloch Christopher Müller, "Blockchain as Radical Innovation: A Framework for Engaging with Distributed Ledgers as Incumbent Organization", *Proceedings of the 50th Hawaii International Conference on System Sciences*, 2017, s. 3-4.
- İçer Zafer/Hacıpaşaoğlu Mümtaz/Tüzünoğlu Melih, *Hukuk Teknolojileri ve Avukatlık Mesleğindeki Uygulamaları*, İstanbul Barosu Yapay Zekâ Çalışma Grubu, 2020, s. 5-7.

GÜNCEL YARGI KARARLARI BAĞLAMINDA AŞKIN ZARAR

EXCESS DAMAGE IN THE CONTEXT OF CURRENT CASE LAW

Şebnem NEBİOĞLU ÖNER*

Özet: Temerrüdün özel sonuçlarından olan aşkın zarar ancak para borçları için söz konusu olmakta ve temerrüt faizinden farklı olarak kusur ve zarar koşulunu gerektirmektedir. Aşkın zarar meselesi, özellikle enflasyon nedeniyle oluşan paranın değer kaybına bağlı zarar iddiaları açısından uzun süredir hukuk gündemini meşgul etmektedir. Tartışmanın ana nedeni, bu tür zarar iddialarının ispatında soyut veya somut ispat yöntemlerinden hangisinin tercih edileceği meselesidir. Bu konuda Yargıtay'ın farklı değerlendirmeleri bulunmakla birlikte, özellikle aşkın zarar ve mülkiyet hakkı bağlamında verilen ihlal kararı sonrasında bu görüş ayrılığı daha belirgin hale gelmiştir. Bu durum hukukun bütünlüğü ve adalete olan güven açısından tartışılması ve ivedi olarak çözüme kavuşturulması gereken önemli bir hukuki sorundur.

Anahtar Kelimeler: Borçlunun Temerrüdü, Aşkın Zarar, Soyut Yöntem, Somut Yöntem, Mülkiyet Hakkı

Abstract: The excess damage, which is one of the special consequences of default of debtor, is only in question for pecuniary debts and unlike default interest, requires the condition of fault and damage. The issue of excess damage has been on the legal agenda for a long time, especially in the context of claims for loss of value due to inflation. The main reason for the discussion is the issue of which of the abstract or concrete proof methods will be preferred in proving such damages. Although the Court of Appeal has different opinions on this issue, this difference of opinion has become more evident especially after the violation decision in the context of excess damage and property right. This is an important legal issue that needs to be discussed and resolved urgently in terms of trust in justice.

Keywords: Debtor's Fault, Excess Damage, Abstract Method, Concrete Method, the Right to Property

* Av. Dr., sebnemnebioglu@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0002-3827-6032, Makalenin Gönderim Tarihi: 23.12.2022, Kabul Tarihi: 17.01.2023

Giriş

Para borcunu ifada temerrüt halinde talep edilebilen ve temerrüt faizi ile karşılanamayan zararı ifade eden aşkın (munzam) zarar meselesi son yıllarda, özellikle enflasyona bağlı para değerindeki düşüş nedeniyle oluşan zarar bağlamında üzerinde yoğun yargısal tartışmaların yaşandığı, ancak halen daha yargı kararlarında görüş birliğinin sağlanamadığı önemli bir Borçlar Hukuku meselesidir. Tartışmanın ana nedeni, aşkın zararın ispatı noktasında nasıl bir yönetsel tercih yapılması gerektiği noktasında odaklanmakta ve bu yönetsel tercih özellikle enflasyona bağlı para değerindeki düşüslere bağlı olarak gelişen aşkın zarar taleplerinde farklı yargısal neticelere varılmasına neden olmaktadır.

Paranın değer kaybı ekonomik, sosyal ve siyasal anlamda önemli neticeler doğurduğu gibi, bu olgunun hukuk alanında da önemli yansımaları bulunmaktadır. Bu etkilerin gerek iç hukuka ilişkin düzenleme ve yargılamalarda, gerek konunun temel bir hak olan mülkiyet hakkı ile doğrudan ilişkisi nedeniyle insan haklarına ilişkin yargılamalar kapsamında gözlemlenmesi mümkündür. Bu kapsamda aşkın zarar meselesi de Borçlar Hukukunun sınırları içinde kalmamakta, özellikle mülkiyet hakkı ve konuya ilişkin çelişkili yargı kararları nedeniyle ayrımcılık yasağı ve hukuki güvenlik ilkesi temelinde insan haklarına ilişkin inceleme zeminine taşınmaya devam etmektedir. *Aşkın zarar müessesesi* ve özellikle ispatına ilişkin yönetsel farklılıkların giderilmesi, hukukun bütünlüğüne hizmet edeceği kadar bu kapsamda oluşan yargısal işyükünün seyri üzerinde de belirleyici etkiyi haiz olacaktır.

I- Para Borçlarında Temerrüt ve Temerrüt Faizinin Fonksiyonu

Borçlunun temerrüdü, muaccel bir borcun borçlusu tarafından borç ilişkisine uygun olarak yerine getirilmemesini ifade eder.¹ Borçlunun temerrüdü genel olarak Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 117 ila 126. maddelerinde düzenlenmekle birlikte,² mevzuatta bir kısım borç

¹ Borçlunun temerrüdü, borcun yerine getirilmesini ancak bunun sözleşmeye uygun olmamasını ifade eden gereği gibi ifa etmemeden farklıdır. Zira temerrütte borçlu borcu hiç ifa etmemektedir. Ancak temerrütte kastedilen hiç ifa etmemeden, temerrüdün mutlaka borcun tamamına ilişkin olabileceği sonuca çıkarılmamalıdır. Zira, temerrüt edimin tamamı için söz konusu olabileceği gibi bir kısım için de hiç ifa etmeme olgusu gerçekleşebilir. Bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara 2021, s. 872;

² Ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, s. 872 vd; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel*

ilişkilerinin niteliği gereği özel düzenlemelere yer verildiği görülmektedir.³ Bunun yanı sıra, temerrüdün genel sonuçları TBK 117 vd. maddelerinde yer almakla birlikte, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün koşul ve sonuçlarının TBK 123 vd. maddelerinde düzenlendiği, sürekli edimli sözleşmelerde temerrüdün sonuçlarının TBK 126. maddede yer aldığı,⁴ konusu para olan borç ilişkileri bakımından temerrüdün sonuçlarının⁵ ise TBK 120 ila 122. maddelerde ayrıca hükme bağlandığı görülmektedir.⁶

Para borçlarında temerrüdün sonuçlarının ayrıca düzenlenmesinin nedeni, elbette paranın önemli bir mübadele vasıtası olmasının yanı sıra ticarete sürati sağlayan bir araç olması ve diğer edimlerin değerini belirlemede ölçüt alınması, bu bağlamda birçok borç ilişkisinde ifanın konusunu teşkil etmesidir. Borcun kaynağının ne olduğundan bağımsız olarak (sözleşme, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme) TBK 122 vd. hükümleri uygulama alanı bulmaktadır.⁷

Temerrüdün para borçlarıyla ilgili olarak öngörülen iki sonucu⁸; temerüt faizi ve aşkın zarardır.

Hükümler, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020, s.1213 vd.; Murat Tümerdem, Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü ve Sonuçları, Doktora Tezi, AÜSBE, 2018, s. 154 vd.; Çetin, Sümeyra, Borçlunun Temerrüdünün Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, İÜSBE, 2011, s. 21 vd.

³ Bu kapsamda örneğin; kira akdi bağlamında bkz. TBK 315. madde, satım sözleşmesi bağlamında bkz. TBK 212 ve 213. maddeler.

⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, s. 939 vd; Tümerdem, s.154 vd.

⁵ Para borcunda temerrüdün sonuçları bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, s. 897 vd.; Eren, s. 1231 vd.; M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, N. 1599;

⁶ Borçlunun temerrüdünün genel sonuçları hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, s. 892 vd; Safa Reisoğlu, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 371 vd.; Oğuzman/Öz, N. 1575 vd; Eren, s. 1223 vd.; Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. V/1,3, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, N. 2550 vd.

⁷ Kılıçoğlu, s. 897; Çetin, s. 100; Gizem Kılıç Öztürk, Türk Borçlar Hukukunda Borçlunun Temerrüdü, Yüksek Lisans Tezi, UÜSBE, 2015, s. 84.

⁸ Bunun dışında, temerrüdün genel sonuçlarının, aynen ifa ve gecikme tazminatı ile hasardan sorumluluğun borçluya geçmesidir (TBK 118 ve 119. md.). Bunun yanı sıra karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, aynen ifa ve gecikme tazminatını talep hakkına, ifayı ret ve müspet zararın tazmini talebi veya sözleşmeden dönme ve menfi zararın tazminini talep seçeneği eklenmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, para borcu bir karşılıklı borç yükleyen sözleşmeden doğsa dahi, TBK'nın para borçlarında temerrüdün sonuçlarına ilişkin hükümlerin (TBK 120-122. md.) uygulama alanı bulacağıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, s. 892 vd.

Temerrüt faizi yalnızca para borçları için söz konusu olmakla birlikte, mutlaka bir ödünç sözleşmesinden kaynaklanması şart değildir.⁹ Para borcunu ifade borçlunun temerrüde düşmesi halinde, bu borcun kaynağı ne olursa olsun (sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme) borçlu para borcunun ifasındaki gecikme nedeniyle temerrüt faizi ödemekle yükümlüdür.¹⁰ Bu tutar, borçlunun para borcunu süresinde ifa etmemesi nedeniyle, alacaklının ifanın gerçekleşmesi gerektiği tarih ile fiilen ifanın gerçekleştiği tarih aralığını kapsamakta olup, belirtilen tarih aralığında alacaklının edim konusundan istifade edememesi/ondan mahrum kalması nedeniyle oluşan zararı ifade etmektedir.¹¹ Bununla birlikte, para borcu dışındaki borçlarda, edimin ekonomik değeri para olarak ifade edilse dahi temerrüt faizi söz konusu olmaz. Bu durumda alacaklı ancak temerrüt nedeniyle uğradığı zararı ispat etmek koşulu ile TBK 118. madde¹² uyarınca zararının tazminini talep edebilir.¹³

Temerrüt faizi tarafların anlaşmasına gerek olmaksızın Kanundan doğan bir borçtur.¹⁴ Para borçlarında faize ilişkin olarak yer verilen temerrüdün bu özel sonucu kusur koşulunu gerektirmediğinden, borçlu temerrüde düşmekte kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, temerrüt faizi ödeme yükümlülüğü altındadır.¹⁵ Kusur ölçütü temerrüt faizi

⁹ Mehmet Akçaal, "Güncel İçtihatlar Işığında Munzam Zarar", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 2, 2022, s. 1072.

¹⁰ Çetin, s. 39.

¹¹ Kılıçoğlu, s.897 vd.; Eren, s. 1224; Franz Schenker, *Die Voraussetzungen und Die Folgen des Schuldnerverzugs im Schweizerischen Obligationenrecht*, Freiburg 1988, s. 128; Kılıç Öztürk, s. 85.

¹² Bu hüküm temerrüdün genel sonuçları arasında yer almakta olup "Temerrüde düşen borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe, borcun geç ifasından dolayı alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür." düzenlemesini içermektedir.

¹³ Eren, s. 1224; Antalya, N. 2643; Kılıç Öztürk, s. 84.

¹⁴ Eren, s. 1224.; Para borcunun çeşit borcu değil de, parça borcu teşkil ettiği durumlarda, örneğin bir hatıra parasının edim konusunu oluşturduğu bir borç ilişkisinde, temerrüt faizi ödenmesi söz konusu olmayıp, şartları varsa gecikme tazminatı istenebilir. Tümerdem, s. 166, Akçaal, s. 137.

¹⁵ Temerrüt fazinin başlangıç tarihi ise, temerrüdün gerçekleştiği tarihtir. Ancak usul hukukunda taleple bağlılık ilkesi geçerli olduğundan, temerrüt nedeniyle doğan talep hakları için yargı yoluna başvurulması durumunda, faiz talep edimiş ancak başlangıç tarihi belirtilmemişse yani temerrüt tarihinden itibaren faiz talep edilmemesi durumunda, ancak dava tarihinden itibaren temerrüt faizine hükmedilebilecektir. Temerrüt faizi talep edilmemişse, re'sen faize hükmedilmesi de

ile aşkın zarar kavramlarını birbirinden ayıran önemli parametrelerden biridir. Zira temerrüt olgusunun gerçekleşmesinde kusur koşulu önemli olmadığı gibi temerrüt faizi de temerrüdün kusura bağlı olmayan sonuçlarından biridir. Para bir ödeme aracı olmasının yanı sıra ayrıca bir yatırım aracı olduğu için, temerrüt faizi alacaklının paranın kullanma karşılığı olan faizinden yoksun kalması nedeniyle uğradığı asgari zarar kalemini karşılamaktadır. Bu nedenle kusur koşulu aranmaksızın, alacaklı zarara uğramış gibi kabul edilmekte ve bu zararın asgari ölçüde temerrüt faizi ile karşılanması amaçlanmaktadır.¹⁶ Buna karşın aşağıda açıklanacağı üzere, aşkın zarara hükmedilebilmesinin koşullarından biri, borçlunun kusurudur.¹⁷ Benzer şekilde, temerrüt faizi ödenmesi için alacaklının zarara uğraması da şart olmayıp,¹⁸ bu husus da temerrüt faizini aşkın zarardan ayıran bir diğer önemli ölçüttür.¹⁹ Bu kapsamda alacaklı hiçbir zarar görmemiş veya uğranılan zarar belirlenen temerrüt faizi miktarından az olsa bile, alacaklı belirlenen orandaki temerrüt faizini talep hakkına sahiptir. Bu talep karşısında borçlu, alacaklının zararının daha az olduğunu ispat ederek temerrüt faizi ödemekten imtina edemez.²⁰

mümkün değildir. Eren, s. 1226; Barlas, s. 172; Antalya, 2019, N. 2634; Oğuzman/Öz, N. 1624 vd.; Tümerdem, s. 168; Çetin, s. 39, 46 vd.; Kılıç Öztürk, s. 87; Reisoğlu, 2012, s. 374-375; Gümüş, s. 928-929.

¹⁶ Kılıç Öztürk, s. 86; Rona Serozan, "Paranın Alım Gücünün Düşmesine Bağlı Kayıpların Karşılmasında Eşitsizlikler", *İÜMHAD*, Cilt: 20, 1996, s. 44; Ayşe Havutçu, Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, İzmir 1995, s.39.

¹⁷ Kılıçoğlu, s. 898; Tümerdem, s. 167.

¹⁸ Temerrüt faizi hususunda, bu durumun alacalıya zarar verdiğinin kanun koyucu tarafından aksi ispat edilemez bir karine olarak kabul edildiği, bu nedenle özel olarak alacaklının zararının varlığının ispatını gerektirmediği hususunda bkz. Havutçu, s. 38 vd.; Eren, s. 1224; Akçaal, s. 1072; Hatice Esra Saltoğlu Arap, Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdü, Yüksek Lisans Tezi, ÇÜSBE, 2018, s. 58; Yargıtay da bu hususu

"...Temerrüt (gecikme) faizi, borçlunun para borcunu zamanında ödememesi ve temerrüde düşmesi üzerine kanun gereği kendiliğinden işlemeye başlayan ve temerrüdün devamı süresince varlığını sürdüren, alacaklının zararının varlığını ve miktarını ve borçlunun kusurunu ispat zorunda kalmaksızın borçlunun ödediği ve miktarı yasalarla belirlenmiş asgari, maktu bir tazminattır..." şeklinde ifade etmektedir. Bkz. Y. 3. HD. E. 2017/3498 K. 2017/3968.

¹⁹ Eren, s. 1224; Özmen/Aktaş, s. 44.

²⁰ Çetin, s. 37; Barlas, s. 133; Kılıç Öztürk, s. 86.

Temerrüt faizi oranı TBK'da özel olarak düzenlenmiştir.²¹ Sözleşme serbestisi gereği elbette uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranının²² akdi faiz oranında olduğu gibi, taraflarca kararlaştırılması mümkündür.²³ Bununla birlikte, aşırı yararlanma ile ilgili TBK 28. madde hükümlerinin bu bağlamda da saklı olduğu gözönünde bulundurulmalıdır.²⁴ Sözleşmede böyle bir belirleme yapılmamış olması halinde ise temerrüt faizi oranı, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir.²⁵ Benzer zorunluluk, para borcunun sözleşmeden değil, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme şeklindeki borç kaynaklarından doğmuş olması halinde de geçerlidir.

Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı, yürürlükteki mevzuatta belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını (iki katını) aşamaz.²⁶ Akdi faiz oranı kararlaştırılmakla birlikte sözleşmede temerrüt faizi kararlaştırılmamışsa ve yıllık akdi faiz oranı da birinci

²¹ Temerrüt faiz oranı ile ilgili ayrıntılı bilgi ve özellikle 3095 sayılı Kanun sonrasındaki uygulama için bkz. Kılıçoğlu, s. 790 vd.; Nagehan, Kırkbeşoğlu, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Faiz Sınırları Üzerine Bir Değerlendirme", *BATİDER*, C. 28, S. 4, 2012, ss. 145 vd.; Çetin s. 39 vd.; Kılıç Öztürk, s. 88 vd.; Saltoğlu Arap, s. 59 vd.; Yıldırım Keser, "Aşkın Zararın İspatı", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(2), 2000, s. 486.

²² 3095 sayılı Kanun öncesinde, Murahaba Nizamnamesi'nin 4. maddesinde yer alan "ikrazat faizi kaç sene mürrur ederse etsin nihayet re'sülmal miktarını tecavüz etmeyecektir" düzenlemesi sadece adi işlerde uygulanmakta iken, 3095 sayılı Kanun'la bu hükmün yürürlükten kaldırılması nedeniyle, artık gerek ticari gerek adi işlerde faizin ana para miktarını geçemeyeceği kabul edilmekte olup, bu kural hem ana para faizi hem de temerrüt faizi açısından geçerlidir. Bunun yanı sıra TBK'nun 121/3. fıkrasında yer alan "Temerrüt faizine, ayrıca temerrüt faizi yürütülemez." hükmü gereğince faize faiz yürütülmesi yasak olup, paralel düzenleme 3095 sayılı Kanun'un 3/1. fıkrasında da yer almaktadır. Faize faiz yürütülmesi yasağı ana para faizi açısından da geçerlidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, s. 799 vd.; Eren, s. 1226; Akcaal, s. 1073; Kılıç Öztürk, s. 87.

²³ Bu husus TBK 120. maddede yer verilen "Uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa..." hükmüyle ayrıca vurgulanmıştır.

²⁴ Bu kapsamda borçlu, sözleşme ile kararlaştırılan temerrüt faiz oranının fahiş olduğu iddiasıyla, bu oranın iptali veya makul seviyelere indirilmesi için yasal yollara başvurabilir. Bkz. Kılıçoğlu, s. 290 vd.; 790; Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 2012, s. 274.

²⁵ Tümerdem, s. 168.

²⁶ Ticari işletmeler arasında mal ve hizmet tedarikinde geç ödemenin sonuçları bağlamında para borçlarında temerrüt faizi hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, s. 797 vd.; Çetin, s. 42 vd.; Saltoğlu Arap, s. 60 vd.

fıkırdaki belirtilen faiz oranından fazla ise, temerrüt faizi oranı hakkında akdî faiz oranı²⁷ geçerli olur.²⁸

Temerrüt faizinin asıl alacakla birlikte²⁹ veya asıl alacak sona ermemiş olmak koşulu ile³⁰ zamanaşımı süresi içinde bağımsız olarak talep edilebilmesi mümkündür.³¹

II- Aşkın Zarar

Para borçlarında borçlunun temerrüdü halinde temerrüt faizi, borçlunun sorumluluğunun alt sınırını oluşturmaktadır. Alacaklının temerrüt faiziyle karşılanamayan zararı söz konusu ise borçlu ayrıca aşkın zarardan da sorumlu tutulmaktadır.³²

1- Kavram ve Hukuksal Nitelendirme

Aşkın zarar (munzam/ek zarar),³³ para borçlarında borçlunun temerrüde düşmesi durumunda, alacaklının maruz kaldığı ve temerrüt faizini aşan zararları ifade eder. Bu hallerde faiz, alacaklının gecikme

²⁷ Yasal faiz oranı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Orhan Yılmaz, "Yasal Temerrüt Faizi", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2006, C. 80, S. 1, s. 69 vd.

²⁸ Eski BK 103. maddede "Bir miktar paranın tediyesinde temerrüt eden borçlu mukavele ile daha az bir faiz tayin edilmiş olsa bile geçmiş günler için ...faiz tediyesine mecburdur" hükmü yer almakta idi. Bu hükümde faiz oranı 3095 sayılı Kanun ile değişiklik öncesinde %5 olarak belirlenmişti.

²⁹ Barlas, s. 125; Havutçu, s. 38.

³⁰ Alacaklı asıl alacak talebine ilişkin davada temerrüt faizi talep etmemiş ve bu talebini saklı tuttuğunu belirtmemiş olsa dahi, daha sonra faiz alacağını ayrı bir dava ile talep etme imkanına sahiptir. TBK 131. maddeye göre, "Asıl borç ifa ya da diğer bir sebeple sona erdiği takdirde, rehin, kefalet, faiz ve ceza koşulu gibi buna bağlı hak ve borçlar da sona ermiş olur. İşlemiş faizin ve ceza koşulunun ifasını isteme hakkı sözleşmeyle veya ifa anına kadar yapılacak bir bildirimle saklı tutulmuş ise ya da durum ve koşullardan saklı tutulduğu anlaşılırsa, bu faizler ve ceza koşulu istenebilir". Bu bağlamda asıl alacak varlığını koruduğu müddetçe faiz alacağı talep edilebilecektir. Ancak işlemiş faizin ifasını isteme hakkı sözleşmeyle veya ifa anına kadar yapılacak bir bildirimle saklı tutulmuş ise ya da durum ve koşullardan saklı tutulduğu anlaşılırsa, asıl borç sona ermesine rağmen faiz talep edilebilecektir. Bkz. Eren, s. 1226; Çetin, s. 48 vd.

³¹ Eren, s. 1226; Akçaal, s. 1073.

³² Kılıç Öztürk, s. 84; Saltoğlu Arap, s. 57.

³³ Aşkın zararın ek bir zarar değil asıl zarar niteliğinde olduğu belirtilerek, temerrüt faizini aşan bu zararın munzam zarar olarak nitelendirilmesine ilişkin eleştiri hususunda bkz. Hasan Ayrancı, *Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar* (BK. m. 105), Ankara 2006, s. 116.

nedeniyle uğradığı zararı karşılayamamakta olup özellikle borçlunun edimin ifasını geciktirdiği süreçte yani temerrüt tarihinden tahsil tarihine kadar geçen sürede, paranın değerinde yaşanan değer kaybının temerrüt faizinden fazla olması durumunda gündeme gelir. Bu açıdan aşkın zarar özellikle yüksek enflasyon oranlarının yaşandığı ülkeler açısından fonksiyonel olan bir hukuki müessese olup enflasyonun olmadığı, dolayısı ile temerrüt faizinin temerrüt dolayısı ile oluşan zararı karşıladığı ortamlarda, bu kuruma fazlaca müracaat ihtiyacı kalmamaktadır. Ancak bu hallerde dahi alacaklının zamanında ifa edilen meblağı daha değerli bir yabancı paraya çevirerek daha yüksek miktarlar elde edeceğinin kanıtlanması mümkündür.³⁴ Bu bağlamda aşkın zarar müessesesi açısından en tartışmalı alanlardan biri, enflasyonun neden olduğu para değerindeki düşmenin aşkın zarar olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği ve bu zararın ispatı meselesidir. Bununla birlikte aşkın zarar, sadece enflasyona bağlı olarak para değerinde düşüşlerin yaşanması nedeniyle oluşmamakta, örneğin; borçlunun zamanında edimini ifa etmemesi nedeniyle alacağını vaktinde alamayan alacaklı, işlerini yürütmek için ihtiyaç duyduğu krediyi piyasadan yüksek bir faizle sağlamaya çalışmışsa, temerrüt faizinden daha fazla faiz ödemiş olması nedeniyle ek bir zarara uğramış olabilir. İşte alacaklının malvarlığında iradesi dışında (borçlunun temerrüdü nedeniyle) meydana gelen ve temerrüt faizini aşan bu zarar da aşkın zarar olarak değerlendirilir. Alacaklının, borçlunun temerrüdü nedeniyle, kendisinin de üçüncü bir kişiye olan borcunu yerine getiremeyerek temerrüde düşmesi ve aldığı temerrüt faizinden daha yüksek oranda bir temerrüt faizi ödemek zorunda kalması da aşkın zarar kapsamında ele alınabilecek bir başka örnektir.³⁵

³⁴ Bu süreçte özellikle, borç zamanın ifa edilmiş olsa idi, alacaklının tahsil ettiği parayı para değerindeki düşmeden etkilenmeyecek yatırım araçlarında kullanmak suretiyle zarara uğramayacağı iddia edilmektedir. Kılıçoğlu, s. 899; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977*, s. 252; Keser, s. 485; Oğuzman/Öz, N. 1629; Akçaal, s. 1073; Barlas, s. 187; Emin Zeytinoğlu, "Para Borçlarında Temerrüt Hallerinde Munzam Zarar", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2005, C. 4, S. 8, s. 254 vd.; Vedat Buz, "Karşılaştırmalı Hukukta Munzam Zararın İspatı", *Yargıtay Dergisi*, 1998, C. 24, S. 3, s. 369 vd.; Ayrancı, s. 115.

³⁵ Eren, s. 1231.

Temerrüt faizi ile karşılanamayan zararın tahsiline yönelik belirtilen ihtiyaç gözönünde bulundurularak, TBK'nın 122. maddesinde³⁶ aşkın zarar kurumu düzenlenmiş olup alacaklının temerrüt faizini aşan bir zarara uğramış olması halinde, borçlunun, kendisinin hiçbir kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe bu zararı da gidermekle yükümlü olduğu belirtilmiştir.³⁷ Maddede ayrıca “*Temerrüt faizini aşan zarar miktarı, görülmekte olan davada belirlenebiliyorsa, davacının istemi üzerine hâkim, esas hakkında karar verirken bu zararın miktarına da hükmeder*” düzenlemesine yer verilerek, usul ekonomisini de gözeten bir kabule yer verilmiş ve aşkın zarara ilişkin iddiaların yargısal işyükünü artıracığı hususundaki çekinceler de kısmen ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır. Söz konusu düzenleme TBK'nın borçların ifa edilmemesinin sonuçlarının düzenlendiği ayırım içinde yer almakta olup bu husus da ilgili düzenlemenin, sadece sözleşmeden doğan para borçlarının zamanında ifa edilmemesi nedeniyle oluşan temerrüt faizini aşan zararlar için değil, diğer borç kaynaklarından doğan benzer zararları da kapsayacak şekilde ele alındığını yani kaynağı ne olursa olsun para borçlarında temerrüt faizinin karşılamadığı bütün zararlar için gündeme geleceğini ifade etmektedir.³⁸

Aşkın zarara ilişkin düzenlemelerin TBK'ya benzer ifade tarzları ile İsviçre Borçlar Kanunu'nda (106. md.), Alman Medeni Kanunu'nda (266. paragraf) ve Fransız Borçlar Kanunu'nda da yer aldığı görülmektedir.³⁹

Aşkın zarar hukuksal niteliği itibariyle doktrinde bazı yazarlarca müspet zarar, diğer bir grup yazar tarafından ise menfi zarar olarak tarif edilmektedir.⁴⁰ Kılıçoğlu ise böyle bir ayırıma gerek olmadığını,

³⁶ Eski BK'da “munzam zarar” ifadesi kullanmış, TBK'da ise “aşkın zarar” kavramı tercih edilmiştir.

³⁷ Kılıçoğlu, s. 904.

³⁸ Kılıçoğlu, s. 902.

³⁹ Kılıçoğlu, s. 901, Akçaal, s. 1074, Buz, s. 374.

⁴⁰ Ayrancı, s. 116; Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/ Haluk Burcuoğlu/ Atilla Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 941; Reisoğlu, s. 376; Akçaal, s. 1076. Akçaal, aşkın zararın menfi zarar olarak nitelendirilmesinin isabetli olmadığını, zira borçludan tazmini istenebilecek munzam zararın, para borcunun zamanında ifa edilmemesinden kaynaklanan ve temerrüt faizi ile karşılanamayan eksilme şeklinde ortaya çıktığını, temerrütten doğan aşkın zararın tazmini ile elde edilmek istenen amaç alacaklının ifa için öngörülen zamana yönelik menfaatine kavuşmasını sağlamak olduğuna göre, TBK m. 122'ye konu teşkil

zira TBK 122. maddede alacaklının temerrüt faizini aşan zararından söz edildiğini, somut olayın niteliğine göre bu zararın müspet veya menfi zarar olabileceğini ifade etmektedir. Ancak müspet veya menfi zarar olarak, benzer bir tasnif çabasının Yargıtay kararlarında da yer aldığı anlaşılmaktadır.⁴¹ Kanaatimizce, yargısal kararlara konu olan uyuşmazlıklar da dikkate alındığında aşkın zarar genellikle müspet zarar görünümünde olsa da menfi zararın da tazminini gerektiren istisnalardan hareketle, geçmiş günler faizi ile karşılanmayan her türlü zararın bu kapsamda değerlendirilmesi hükmün düzenleme amacıyla da uyumlu olacaktır.

Manevi tazminat alacaklarında aşkın zararın söz konusu olmayacağı doktrinde genel olarak kabul görmeye başlanmıştır, farklı gerekçelerden hareket edildiği anlaşılmaktadır. Bu tür alacaklar açısından aşkın zararın söz konusu olmayacağını zira bu hükmün sadece malvarlığı zararları için öngörüldüğünü savunan yazarlar olduğu gibi, maddede bu şekilde bir kısıtlamaya gidildiğini ifade eden bir düzenlemenin yer almadığını, aksine maddenin düzenleme şekli itibarıyla, temerrüt faizinin karşılamadığı her türlü zararı kapsamına aldığı açık olduğunu, ancak manevi zararın kısımlara ayrılmasının mümkün olmaması nedeniyle, faizle karşılanamayan kısmından ve dolayısı ile bu kalem açısından aşkın zarardan söz edilmesinin mümkün olmadığını ifade eden yazarlar da bulunmaktadır.⁴²

Aşkın zarar, asıl alacaktan bağımsız bir ek zarar mahiyetinde olup, Yargıtay da “ *Munzam zarar borcunun hukuki sebebi, asıl alacağın temerrüde uğraması ile oluşan hukuka aykırılıktır. O nedenle, borçlunun munzam zararı tazmin yükümlülüğü (TBK md. 122), asıl borç ve temerrüt faizi yükümlülüğünden tamamen farklı, temerrüt ile oluşmaya başlayan asıl borcun ifasına kadar zaman içinde artarak devam eden, asıl borçtan tamamen bağımsız yeni bir borçtur* ” diyerek, aşkın zararın bağımsız olma niteliğini vurgulamaktadır.⁴³

eden zararı ifade etmek üzere kullanılan zarar ifadesinin müspet zarar şeklinde anlaşılmasını gerektirdiğini belirtmektedir.

⁴¹ Kılıçoğlu, s. 903.

⁴² Ayrancı s. 122, Kılıçoğlu, s. 902.

⁴³ Y. 11. HD, 20.04.2029 tarih ve 2018/1512 esas, 2019/3201 karar.

Temerrüt faizinin aksine, aşkın zarar kusur koşulunu gerektirmekte olup, bu husus madde metninde “ ...borçlu kendisinin hiçbir kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe, bu zararı da gidermekle yükümlüdür. ” denilerek açıkça ifade edilmiştir.⁴⁴ Benzer şekilde, temerrüt faizi için alacaklının zararının ispatı gerekmez iken, aşkın zarar, alacaklının temerrüt faizi ile karşılanamayan zararının varlığını ve ispatını zorunlu kılar.⁴⁵

2- Aşkın Zararın Koşulları

Aşkın zararın koşulları doktrinde kısmen farklı tasniflerle ifade edilmekte ise de hükmün düzenleme amacı ve lafzı dikkate alınarak kanaatimizce bu koşulların; para borcunun ifasında borçlunun temerrüde düşmüş olması, alacaklının temerrüt faizi ile karşılanamayan aşkın bir zararının bulunması, alacaklının bu zararı ile borçlunun temerrüdü olgusu arasında uygun nedensellik bağı bulunması ve borçlunun kusuru (kusursuzluğunu ispatlayamamış olması) şeklinde ele alınması isabetlidir.⁴⁶

Aşkın zararın ön koşulu şüphesiz borçlunun temerrüde düşmesidir. Temerrüdün koşulları genel olarak TB 117. maddede düzenlenmekte olup (tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ise TMK 123. maddede), konusu para olan borç ilişkilerinde borçlunun temerrüde düşmesi için kural olarak alacaklı tarafından borçluya ihtarda bulunması şarttır. Ancak TBK 117/2. fıkrada yer verilen “*Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlenmişse, bu günün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hâllerde temerrüt için*

⁴⁴ Ayrancı, s. 115.

⁴⁵ Akçaal, s. 1075; Zeytinoğlu, s. 257; Keser, s. 486; Eren, s. 1232.

⁴⁶ Doktrinde bazı yazarlarca, bu şartlar arasında alacaklının talebi de eklenmekle birlikte, kanaatimizce bu unsur aşkın zararı karakterize eden ve bu hususta bir talep ileri sürülebilmesinin koşulları arasında değerlendirilmemelidir. Bu bağlamda temerrüt faizi için ve re’sen hareket yükümlülüğünün söz konusu olduğu hukuki menfaat alanları dışında tüm talepler için HMK 26. maddede yer alan (1) Hâkim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Duruma göre talep sonucundan daha azına karar verebilir. (2) Hâkimin, tarafların talebiyle bağlı olmadığına ilişkin kanun hükümleri saklıdır” şeklindeki düzenleme nedeniyle aynı sonuca varmak zaruridir.

bildirim şarttır." hükmü kapsamında, haksız filden doğan para borçlarında haksız fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte, ihtara gerek kalmaksızın borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşmede ihtarsız temerrüdün gerçekleşebilmesi için zenginleşenin kötü niyetli olması gerekmekte olup, iyi niyetli zenginleşen açısından temerrüt için ihtar koşulu varlığını sürdürmektedir.⁴⁷ Ayrıca borcun para borcu olması zaruri olup, faiz ve faizin karşılayamadığı zarar ancak para borçları açısından mümkün olabilir.⁴⁸

TBK 122. madde kapsamında talepte bulunabilmek için gereken ikinci şart aşkın zararın varlığıdır. Bu husus TBK 122. madde metninde "*Alacaklı, temerrüt faizini aşan bir zarara uğramış olursa...*" denilerek açıkça ifade edilmiştir. Aşkın zarar, borçlunun temerrüde düştüğü tarihten, fiili ödeme gününe kadar ki zararları kapsamına almakta olup, alacaklının malvarlığında temerrüt sonucunda oluşan durum ile temerrüde düşülmesi idi oluşacak mal varlığı (farazi malvarlığı) arasındaki farkı ifade etmektedir.⁴⁹

Sözleşme serbestisi ve TBK 120. maddenin açık lafzı karşısında, tarafların temerrüt faiz oranını belirlemeleri mümkündür. Bu durum yani temerrüt faiz oranının taraflarca kararlaştırılmış olması, aşkın zarar talebinde bulunmaya engel olmayıp, taraflarca kararlaştırılan oranı aşan zarar, aşkın zarar olarak değerlendirilmelidir. Bir diğer ifade ile temerrüt faizine ilişkin özel oran kararlaştırılması aşkın zarar iddiasının ileri sürülmesine engel olmaz. Zira TBK 122. maddede öngörülen temerrüt faizi hem kanuni temerrüt faizini hem de akdi temerrüt faizini ifade etmektedir. Bu bağlamda, tarafların sözleşme ile kanuni faiz oranı üzerinde bir faiz kararlaştırmış olduğu hallerde, alacaklının aşkın zarar talebinden vazgeçtiği sonucu çıkarılamaz.⁵⁰ Şayet zarar ta-

⁴⁷ Kılıçoğlu, s. 905;

⁴⁸ Akcaal, s. 1074; Kılıçoğlu, s. 905; Ayrancı, s. 103 vd.; Resioğlu, s. 377; Para borcu dışındaki borçlarda borçlunun temerrüde düşmesi durumunda, alacaklı iddia ettiği azarlarını ancak temerrüt ile ilgili genel hükümlere yani TBK 112, 118 ve 123. maddelere dayanarak ileri sürebilir. Bkz. Kılıçoğlu, s. 905;

⁴⁹ Zeytinoğlu, s. 1080.

⁵⁰ Keser, s. 486 vd.; Barlas, s. 191; Kılıçoğlu, s. 906 vd. Kılıçoğlu bu sonucun, sözleşmede ceza koşulunun kararlaştırılmamasına rağmen, alacaklının ceza koşulu ile karşılanmayan fazla zararını kanıtlayarak talep edebilmesine ilişkin TBK 180/2. fıkra hükmüyle paralellik gösterdiğini belirtmektedir.

raflarca tespit edilen veya yürürlükteki mevzuta uyarınca geçerli olan temerrüt faizi miktarını aşmıyor veya bu miktara eşit ise, doğal olarak aşkın bir zararın varlığından bahsedilemez. Ancak temerrüt faizini aşan bir zararın varlığı halinde elbette aşkın zarar yanında temerrüt faizi de talep edilebilecektir. Zira aşkın zarar temerrüt faizi ile karşılanamayan ek zararı ifade etmektedir.⁵¹

Yukarıda belirtildiği üzere, temerrüt faizini aşan zararın niteliği doktrinde tartışmalı olup, kanaatimizce müspet ve menfi zarar ayırımı yapılmaksızın değerlendirme yapılması hükmün "...temerrüt faizini aşan bir zarar..." şeklindeki ifade tarzına ve düzenleme amacına uygundur. Olayın niteliğine göre belirtilen zararın müspet veya menfi zarar kalemleri arasında yer alması mümkündür. Bu kapsamda aşkın zarar sadece fiili zarardan ibaret olmayıp, bazı hallerde yoksun kalınan kar da aşkın zarar talebinin konusunu oluşturabilir.⁵²

Bu bağlamda doktrinde ve yargı kararlarında verilen örnekler incelendiğinde; borçlunun zamanında edimini ifa etmemesi nedeniyle alacağını vaktinde borçludan alamayan alacaklının, işlerini yürütmek için ihtiyaç duyduğu krediyi piyasadan yüksek bir faizle sağlamaya çalışması durumunda, temerrüt faizinden daha fazla faiz ödemiş olması nedeniyle uğradığı ek zarar; alacaklının borçlunun temerrüdü nedeniyle, vaktinde ödeyemediği borç yüzünden kendi alacaklısına ceza koşulu ödemek zorunda kalması nedeniyle uğradığı zarar; benzer şekilde alacağını borçludan zamanında tahsil edemeyen alacaklının kendi borcu nedeniyle icra takibine maruz kalması ve mallarının düşük bedellerle haczedilmesi suretiyle uğradığı zarar; borçlunun temerrüdü nedeniyle alacaklının bedelini ödeyemediği bir başka sözleşmesinin feshedilmesi nedeniyle oluşan zarar; alacaklının, borçlunun temerrüdü nedeniyle, kendisinin de üçüncü bir kişiye olan borcunu yerine getiremeyerek temerrüde düşmesi ve aldığı temerrüt faizinden daha yüksek oranda bir temerrüt faizi ödemek zorunda kalması suretiyle uğradığı zarar; borçlunun edimin ifasını geciktirdiği süreçte yani temerrüt tarihinden tahsil tarihine kadar geçen sürede, paranın değerinde yaşanan değer kaybının temerrüt faizinden fazla olması nede-

⁵¹ Bkz. Akçaal, s. 1076.

⁵² Kılıçoğlu, s. 903; Keser, s. 485.

niyle uğranılan zarar kalemleri bu kapsamda değerlendirilebilir.⁵³ Aşkın zarar kapsamında en tartışmalı alanlardan biri, enflasyonun neden olduğu para değerindeki düşüş nedeniyle oluşan zararın aşkın zarar olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hususudur. Aşağıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, bu bağlamdaki Yargıtay Daire kararları da büyük farklılıklar içermektedir. Bu alanda tartışmalı kalemlerden bir diğeri yabancı para borçları olmakla birlikte, baskın görüş TBK 99. maddede yer alan “*Ülke parası dışında başka bir para birimiyle belirlenmiş ve sözleşmede aynen ödeme ya da bu anlama gelen bir ifade de bulunmadıkça, borcun ödeme gününde ödenmemesi üzerine alacaklı, bu alacağına aynen veya vade ya da fiilî ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parası ile ödenmesini isteyebilir*” düzenlemesi dikkate alındığında, alacaklının yabancı para borcunun ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödenmesini istemesi ve ödemenin bu tarihteki rayice göre yapılması durumunda kur farkı zararı oluşmayacağı yönündedir.⁵⁴

Temerrüt olgusunun ve temerrüt faizi ile karşılanmayan zararın varlığının yanı sıra, alacaklının iddia ettiği aşkın zarar, borçlunun temerrüdü neticesinde oluşmuş olmalıdır. Bir başka ifade ile temerrüt ve aşkın zarar arasında uygun illiyet bağı bulunması zaruridir. Bu kapsamda borçlunun temerrüdünün sonucu olmayan veya sadece bunun mantıklı bir sonucu olduğu iddia edilerek temerrütle uygun illiyet bağı⁵⁵ içinde olduğu alacaklı tarafından ispatlanamayan zarardan borçlu sorumlu tutulamaz. Alacaklının iddia ettiği zarar hayatın olağan akışına göre borçlunun temerrüde düşmesinin neticesi ise ve temerrüt bu zarara yol açmaya elverişli ise, uygun illiyet bağının varlığı kabul edilir.⁵⁶

Aşkın zararın bir diğer koşulu, borçlunun kusurudur. TBK 122. maddede bu husus “*... borçlu kendisinin hiçbir kusuru bulunmadığını ispat*

⁵³ Eren, s. 1231; Barlas, s. 203; Akçaal, s. 1076 vd.; Oğuzman/Öz, N. 1631; Kılıçoğlu, s. 909.

⁵⁴ Eren, s. 1232. Eren, fiili ödeme gününde farazi olarak böyle bir zarar söz konusu olsa bile, alacaklının vade günü yerine fiili ödeme gününü seçmiş olması nedeniyle sonucuna da katlanmak zorunda olduğunu belirtmektedir. Ayrıca bkz. Akçaal, s. 1077 vd.; Oğuzman/Öz, N. 1633.

⁵⁵ İlliyet bağı kapsamındaki teoriler ve uygun illiyet bağı hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, s. 400 vd.; Eren, s. 607 vd.

⁵⁶ Kılıçoğlu, s. 908 vd.; Akçaal, s. 1078 vd.; Keser, s. 488; Ayrancı, s. 138 vd.; Zeytinoglu, s. 257; Barlas, s. 192 vd.

etmedikçe, bu zararı da gidermekle yükümlüdür” şeklinde ifade edilmiştir. TBK 12. maddede öngörülen sorumluluk bir kusur sorumluluğu olup aşkın zarar borçlunun temerrüdünün kusura dayanan sonucudur. Bu koşul aşkın zarar ile temerrüt faizi arasındaki önemli farklardan biridir. Zira borçlu kusursuzluğunu kanıtlaya bile temerrüt faizi ödeme yükümlülüğü altındadır.⁵⁷

Kusurun derecesi⁵⁸ aşkın zarardan sorumluluk açısından önemli olmayıp, borçlunun kastından, ağır veya hafif ihmalden söz edilmesi mümkündür. Bu bağlamda borçlu her türlü kusurundan sorumludur.⁵⁹

Kusurun varlığını ispat yükü ise alacaklıda değil borçludadır. Madde metni bu hususta ispat yükünü açıkça temerrüde düşen borçluya atfetmiş ve bu suretle alacaklı yararına bir kusur karinesi ihdas etmiştir. Zarar gören borçlunun kusurlu olduğunu değil, borçlu kendi kusursuzluğunu ispat etmek durumundadır. Bu kapsamda doktrinde örnek olarak, borçlunun ifaya tahsis etmiş olduğu parasının kusuru olmaksızın çalındığını; ödemeyi vaktinde yapmamasının beklenmeyen bir halden kaynaklandığını; zamanında gönderdiği paranın kendi kusuru olmaksızın alacaklıya geç ulaştığını; alacaklıya ifa etmek için ayırdığı parasını yatırdığı bankanın iflas ettiğini; içinde paralarının da bulunduğu evinin ya da arabasının kusuru olmaksızın yandığını; alacağın varlığından haberi olmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulması verilmektedir.⁶⁰

Yargıtay kararlarındaki örnekler bakıldığında ise alacaklının TBK 99. madde kapsamında yabancı para alacağının fiili ödeme günündeki kur karşılığını talep etmesi mümkün iken bu yetkisini icra takip tarihindeki kur üzerinden kullanması halinde kur farkından doğan doğan zarara kendisi sebebiyet vermekle, zarara borçlunun temerrüdünün sebebiyet verdiğinin düşünülmemeyeceğinin,⁶¹ yargılamanın uzaması nedeniyle borçluya kusur atfedilerek aşkın zararın tazminine hükme-

⁵⁷ Kılıçoğlu, s. 907; Akçaal, s. 1079; Eren, s. 1233; Keser, s. 487.

⁵⁸ Kusurun tür ve dereceleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, s. 408 vd; Eren, s. 648 vd.

⁵⁹ Kılıçoğlu, s. 907; Akçaal, s. 1079; Eren, s. 1233; Keser, s. 487.

⁶⁰ Barlas, s. 194; Kılıçoğlu, s. 907 vd.; Akçaal, s. 1079 vd.

⁶¹ Yargıtay 11. HD, 21.06.1995 tarih, 1995/4532 esas, 1995/5450 karar; Kılıçoğlu, s. 908.

dilemeyeceğinin⁶²; borçlu tarafından alacaklının zarara uğramadığının veya borcunu vaktinde ifa etmiş olsaydı dahi alacaklının paranın değerinin düşmesini önleyecek bir yatırım gerçekleştirmeyeceğinin ispatlanması durumunda, borçlunun aşkın zararın tazmini ile yükümlü olmayacağı⁶³ kabul edildiği görülmektedir.

3- Aşkın Zararın İspatı: Somut ve Soyut İspat Yöntemleri

Temerrüt faizinden farklı olarak alacaklı aşkın zararının varlığını ispat etmek zorundadır. TBK 122. madde kapsamında alacaklının talebi faize değil faiz ile karşılanamayan zarara yönelik olup alacaklı böyle bir zararın doğduğunu, yani geçmiş günler faizinin uğranılan zararı karşılamadığını kendisi ispat etmek durumundadır. Zararın varlık ve miktarı ispata ihtiyaç göstermekte olup, bu hususta TBK 50 ila 52. maddelerde yer alan zararın ispatı, hesaplanması, tenkis ve tazminatın takdirine ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir.⁶⁴

Aşkın zararın ispatında hangi yöntemin uygulanacağı hususunda doktrinde görüş birliği bulunmamakta olup, bu görüş farklılıklarının benzer şekilde yargı kararlarında da yaşandığı gözlemlenmektedir. Bu kapsamda aşkın zararın ispatında somut ve soyut yöntemlerin kullanılması söz konusudur.

Somut yöntem uyarınca, temerrüt faizini aşan bir zarara uğradığını iddia eden alacaklının, farazi olarak temerrüt tarihi ve fiili ödeme tarihi arasındaki değer kaybına ilişkin parametrelere veya verilere dayanması mümkün olmayıp, zararın varlığının somut vakıa ve delillerle ortaya konulması gerekir. Bu nedenle fiili karinelere dayanarak ispat faaliyetinin gerçekleştirildiği kabul edilemez.⁶⁵

⁶² Yargıtay 13. HD, 22.11.1994 tarih, 1994/8904 esas, 1994/10313 karar; Yargıtay 13. HD, 27.06.1994 tarih, 1994/4500 esas, 1994/6339 karar; Akçaal, s. 1079; Zeytinoglu, s. 260.

⁶³ Yargıtay 15. HD, 19.06.2014 tarih, 2013/3883 esas, 2014/10313 karar; Keser, s. 487.

⁶⁴ TBK 114/II. fıkra düzenlemesi nedeniyle, bu hükümler sözleşmeye aykırılık nedeniyle doğan tazminat istemleri açısından da geçerlidir. Bkz. Kılıçoğlu, s. 521 vd., 903, 909.

⁶⁵ Zeytinoglu, s. 259 vd. 262; Hüseyin Altaş, "Munzam Zararda İspat Sorunu", *AÜHFD*, 50(1), 2001, s. 123 vd.

Söz konusu somut vakıa ve deliller her olay açısından farklılaşmakla birlikte, bu vasıtalar alacaklının iddia ettiği zararın varlığını ve bu zarar ile temerrüt olgusu arasında uygun illiyet bağı bulunduğunu kanıtlamaya elverişli olmalıdır. Yargıtay da “*Zararların kanıtlanması işleminin tek bir ispat vasıtasına bağlanması; hakim, delilleri serbestçe takdir edip vicdani kanaatine göre hüküm kurmasını öneren yasal kuralı sınırlandıracığı gibi hukukun zaman içinde gelişimini de önleyebilecektir*” diyerek, olayın niteliğine uygun somut vakıa ve delillere ihtiyaç duyulduğunu vurgulamaktadır.⁶⁶

Somut zarar örnekleri olarak, alacaklının temerrüt nedeniyle yüksek oranlı faiz ile kredi kullanması, ödediği kredi dosya masrafları, temerrüt neticesinde alacaklının üçüncü kişilere ödemek zorunda kaldığı temerrüt faizi, cezai şart gibi ödemelerden kaynaklanan zararlar, alacaklının sahibi olduğu paraya çevrilecek malvarlığı değerlerini ucuzaya satmak zorunda kalması, borçlunun temerrüdü nedeniyle alacaklının bedelini ödeyemediği bir başka sözleşmesinin feshedilmesi nedeniyle oluşan zararlar gösterilmektedir.⁶⁷ Bu bağlamda zararlar ilgili soyut bir iddianın yeterli olmadığı, özellikle alacaklının fiilen yaptığı işi ve faaliyet alanının, ileri sürdüğü zararın oluşabileceğine ilişkin iddiası ile somut olarak örtüşmesi aranmaktadır. Bu nedenle somut yöntem alacaklı açısından ispat zorluğu oluşturan bir yöntemdir.⁶⁸

Soyut yöntem uyarınca alacaklı, zararın varlığını somut olarak ortaya koyan ve kendi çalışma düzeni ve iş ilişkileri ile bağlantılı ispat

⁶⁶ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 8.10.1999 tarih ve 1997/2 esas, 1999/1 karar.

⁶⁷ Kılıçoğlu, s. 909; Keser, s. 489; Eren, s. 1231; Barlas, s. 203; Akçaal, s. 1076 vd.; Oğuzman/Öz, N. 163.

⁶⁸ Zeytinoğlu, s. 259; Keser, s. 492. Keser, özellikle sözleşmeden doğan borçlar söz konusu olduğunda, aşkın zarar dolayısı ile tazminat belirlenirken somut olayın özelliklerinin dikkate alınması gerektiğini, bu kapsamda örneğin sözleşmeden doğan para borcu için vade kararlaştırılmışsa, her vadeli borç, alacaklı için zamanında ödenmeme riskini de içerdiği için alacaklının, sözleşmenin kuruluşu aşamasında borçlunun ödeme kabiliyetini araştırmamasının tazminatın değerlendirilmesinde dikkate alınması gerektiğini, tazminat belirlenirken, TBK md 114/f.2'nin yaptığı yollama gereğince, TBK md 51'de ifade edilen “mevcut durumun” özelliklerinin dikkate alınmasının zaruri olduğu, “vadenin belirlenmesi”, “borçlunun ödeme güçsüzlüğünün dikkate alınmaması” ve bunun gibi hususların hükmedilecek tazminattan ayrı ayrı indirim sebebi yapılması gerektiğini, alacaklının temerrüde düşen borçluya uzun bir süre icra takibi yapmaması ya da dava açmaması da alacaklının kusuru olarak değerlendirilebileceğinden bu durumun da TBK md 52 gereğince “kusura” dayalı indirim yapılmasını gerektireceğini ifade etmektedir.

vasıtalarına ihtiyaç duymaksızın, özellikle resmi veriler, istatistikler gibi ekonomik göstergelerden istifade etmek suretiyle, temerrüt tarihi ve fiili ödeme tarihi arasındaki dönemde geçmiş günler faizini aşan bir zarar uğradığını ispat edebilir. Bu bağlamda özellikle, enflasyon, devalüasyon, altın fiyatlarındaki artış, tüketici fiyat endeksi, üretici fiyat endeksi ve asgari ücret artış oranlarındaki artıştan yola çıkarak ispat faaliyetinde bulunulduğu görülmektedir.⁶⁹

Soyut yöntemde alacaklı, aşkın zararın varlığını somut vakia ve delillerle ispat etmek durumunda olmadığı ve farazi bir değerlendirme ile sonuca varıldığı için, esasen alacaklı açısından somut yönetime göre daha elverişlidir. Ancak bazı yazarlarca bu farazi değerlendirmenin adalete uygun olmayan sonuçlar doğurduğu belirtilerek, soyut yöntem son çare olarak başvurulması gerektiği ifade edilmektedir.⁷⁰ Ayrıca, soyut yöntemin para borcunun kaynağı dikkate alınmaksızın her borç kaynağı açısından geçerli olacağı kabulü halinde hemen hemen her uzun süren dava sonucunda değer kaybı nedeniyle yeni bir dava açılacağı, bunun usul ekonomisine uygun olmayacağı belirtilerek eleştirilmekte, bu yöntemin özellikle sözleşmeden doğan borçlarda uygulama alanı bulmaması gerektiği, zira sözleşmenin iradeye bağlı bir ilişki olduğu ve konusu para olan bir sözleşmede alacaklının, borçlunun temerrüde düşme ihtimalini ve paranın ekonomik olumsuzluklar nedeniyle değer kaybedebileceğini öngörebileceği ifade edilerek, bu durumlarda somut yöntemin uygulanması gerektiği savunulmaktadır.⁷¹

Aşkın zararın ispatı bağlamında en tartışmalı mesele, bu kapsamda temerrüt faiziyle karşılanmayan en kapsamlı ve yaygın zarar türü, özellikle enflasyon ve devalüasyon nedeniyle, temerrüt tarihi ve fiili ödeme tarihi arasında paranın değerinde yaşanan kayıplar nedeniyle oluşan zarardır. Zira, konusu para olan borç ilişkileri dışındaki borçlarda, temerrüt olgusu gerçekleşse bile, aynen ifanın söz konusu olduğu hallerde alacaklı enflasyon nedeniyle para değerinde yaşanan dü-

⁶⁹ Keser, s. 490.

⁷⁰ Keser, s. 490.

⁷¹ Keser, s. 493. Yazar sözleşmenin borçlu tarafının bir kamu kurumları ya da banka gibi özel izin ve imtiyaza dayalı olarak faaliyet sürdüren kurumlar olması halinde ise, alacaklının temerrüt faizini aşan zararının varlığını soyut yöntemle dayalı olarak ispat edebilmesinin mümkün olduğunu, zira bu yöntemin uygulanmasının nedeninin, alacaklının hayatın olağan akışı gereğince borçlunun şahsına duyduğu güven olduğunu ifade etmektedir.

şüşlerden etkilenmez. Ancak para borçlarında ve özellikle enflasyon oranının yüksek olduğu ülkeler açısından bu sorun sıklıkla yaşanmaktadır.⁷² Bu durumlarda para değerinde yaşanan kayıp nedeniyle oluşan kaybın aşkın zarar olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği doktrin ve yargı kararlarında tartışmalıdır.

Doktrinde bir görüş, paranın değer kaybı nedeniyle oluşan bu zararın aşkın zarar olarak değerlendirilmesi gerektiğini, bu konuda fiili bir karine olduğunun kabul edilmesinin zorunlu olduğunu, alacaklının söz konusu değer kaybını ortaya koyan verilerle (resmi veri ve kayıtlar) zararını kanıtlamasının mümkün olduğunu, aksinin kabulünün enflasyondan borçlunun kazançlı çıkmasına neden olacağını ve enflasyonu borçlular tarafından arzu edilen bir araç haline getireceğini, borçlunun bu suretle borca aykırı davranıştan kazanç elde etmeye devam edeceğini, bu durumda borçlunun ancak ödemeyi yapmış olsaydı dahi alacaklının zarara uğrayacağını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabileceğini savunmaktadır.⁷³ Devalüasyonun etkisi kapsamında da benzer görüşler ileri sürülmektedir.⁷⁴ Doktrinde baskın olan ve yargı kararlarında da sıklıkla ifade edilen bir diğer görüş ise; paranın değer kaybına bağlı olarak oluştuğu iddia edilen bu tür zararların da alacaklı tarafından somut vakia ve delillerle ispat edilmesi gerektiğini, bu bağlamda alacaklının borçlunun temerrüde düşmemesi ve alacağına zamanında kavuşması halinde bunu değer kaybına uğramayacak surette değerlendirebileceğini ispat etmesi gerektiğini, bu bağlamda alacaklının herhangi bir ispat kolaylığından veya fiilî karineden yararlanamayacağını, bu nedenle söz konusu zararın soyut olarak ispatının mümkün olmadığını ifade etmektedir.⁷⁵

⁷² Kılıçoğlu, s. 909 vd.; Ayrancı, s. 169 vd.

⁷³ Akçaal, s. 1080; Kılıçoğlu, s. 910, Reisoğlu, s. 378; Barlas, s. 212 vd.; Kılıçoğlu, özellikle yüksek enflasyon nedeniyle paranın değer kaybı nedeniyle oluşan zararlar açısından, aşkın zararın ispatıyla ilgili olarak bir karinenin varlığını yadsıyan yargı kararlarının kabul edilemeyeceğini, yüksek enflasyonun varlığının uzun yıllardır Devletin resmi organlarınca da kabul ve beyan edilen maruf ve meşhur bir olgu olduğunu, bu kapsamda Devlet bu gerçekliği dikkate alarak kendi alacakları için daha yüksek bir faiz oranı uygularken, adi alacaklar açısından aynı olgu nedeniyle oluşan zararın somut olarak ispatının aranmasının adalet ve hakkaniyet düşüncesi ile bağdaşmadığını ifade etmektedir. Bkz. Kılıçoğlu, s. 920 vd.

⁷⁴ Devalüasyon yetkili makamların kararıyla, para değerindeki ani düşüşü ifade etmektedir. Bu kapsamda alacaklının örneğin yatırım yapacaksa yatırımının devalüasyondan önceki maliyeti ile sonraki maliyeti arasındaki farkı zarar olarak talep edebileceği kabul edilememektedir. Bkz. Kılıçoğlu, s. 911.

⁷⁵ Akçaal, s. 1081; Zeytinoğlu, s. 262; Alman ve İsviçre hukukarında ise aşkın zarar

Özellikle enflasyon nedeniyle oluşan paranın değer kaybetmesine bağlı zararların aşkın zarar olarak talep edilip edilemeyeceği ve bu zararın ispat yöntemi yargı kararlarında da oldukça tartışmalı olup, aşağıda ayrıntılı olarak değerlendirildiği üzere Yargıtay Dairelerinin konuya yaklaşımı, özellikle aşkın zarar bağlamında Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ihlal kararı sonrasında büyük farklılıklar içermektedir.

III- Aşkın Zarar ve Mülkiyet Hakkı İlişkisi

Medeni Kanun kapsamında farklı tasnifler söz konusu olmakla birlikte,⁷⁶ Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı hakkını kapsamaktadır.⁷⁷ (AYM, E.2015/39, K.2015/62, 1/7/2015, § 20). Anayasa Mahkemesi de birçok kararında "Anayasa'nın 35. maddesinde yer verilen mülkiyet kavramı, kapsam itibarıyla 4721 sayılı Kanun'da yer alan mülkiyet kavramı ile sınırlı olmamakla birlikte..." diyerek bu hususa işaret etmektedir.⁷⁸

AİHM kararlarına bakıldığında, alacak haklarının da mülk olarak değerlendirildiği, ancak bunun için söz konusu hakkın icra edilebilir nitelikte olmasının arandığı görülmektedir. Bundan kasıt, örneğin alacağın bir yargı kararı, tahkim kararı veya başka bir resmi merci kararına dayanması gibi iç hukuka göre icra edilebilir kılınmış olmasıdır.⁷⁹ AİHM, ancak mevcut mülkleri bu hak kapsamında değerlendirmekle birlikte, şayet o alacak hakkının kazanılmış sayıldığına ya da elde edilebileceğine dair iç hukukta yer alan bir kanuni düzenleme ya da buna dair yerleşik bir yargısal uygulama bulunuyor ise meşru beklenti kavramından hareketle söz konusu hakkı da mülk olarak kabul etmektedir.⁸⁰ Anayasa Mahkemesi içtihadına da aynı bakış açısının hakim ol-

konusu, bu ülkelerde enflasyon oranının daha düşük olması nedeniyle daha çok yabancı para borçlarının ifasındaki kur farkı açısından ele alınmaktadır. Kılıçoğlu, s. 915 vd.

⁷⁶ Ahmet M. Kılıçoğlu, Eşya Hukuku, Ankara 2021, s. 199 vd.

⁷⁷ AYM, E.2015/39, K.2015/62, 1/7/2015, § 20.; AYM, BB, Ano İnşaat ve Ticaret Ştd. Şti, B. No: 2014/2267, 21/12/2017, § 51-55.

⁷⁸ AYM, BB, İhsan Vurucuoğlu, B. No: 2013/539, 16.05.2013, § 30.

⁷⁹ Stran Greek Refineries ve Stratis Andreadis/Yunanistan, B. No: 13427/87, 09.12.1994, § 62; Burdov/Rusya, B. No: 59498/00, 07.05.2022, § 40.

⁸⁰ Strectch/Birleşik Krallık, B. No: 44277/98, 24.06.2003, § 35; Pine Valley Develop-

duğu, bu bağlamda alacak haklarının da Anayasa'nın 35. maddesinin güvence kapsamında değerlendirildiği görülmektedir.⁸¹

Özetle mülk olarak değerlendirilmesi gerektiğinde kuşku bulunmayan menkul ve gayrimenkul mallar ile bunların üzerinde tesis edilen sınırlı aynı haklar ve fikrî hakların yanı sıra icrası kabil olan her türlü alacak da mülkiyet hakkının kapsamına dâhildir. Bu kapsamda alacaklının geçmiş günler faizi ile karşılanamayan aşkın zarar talebinin de mülkiyet hakkı çerçevesinde korunması gereken değerler arasında olduğunda kuşku bulunmamaktadır.⁸²

IV- Güncel Yargı Kararlarında Aşkın Zarar ve İspat Sorunu

Aşkın zararın ispatında somut veya soyut yöntemlerden hangisinin tercih edilmesi gerektiği, özellikle enflasyona bağlı para değerindeki düşüşler bağlamında uzun süredir doktrin ve yargısal uygulamalarda tartışmalı bir meseledir. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin 21/12/2017 tarihli ve 2014/2267 başvuru numaralı kararından sonra Yargıtay Daire kararları arasında gözle görülür bir görüş ayrılığı oluşmuştur. Bu yaklaşım hukukun bütünlüğü açısından sakıncalı olduğu kadar, sorunun çözümü de bu kapsamda oluşan yargısal iş yükünün seyri üzerinde belirleyici etkiyi haiz olacaktır.

1- 21/12/2017 Tarihinden Önce Yargıtay Uygulaması

Aşkın zarar ve ispatına ilişkin Yargıtay uygulamasına bakıldığında; 2018 yılı *öncesinde* verilen kararlarda ağırlıklı olarak, aşkın zararın ispatında somut yöntemin uygulanması gerektiğinin kabul edildiği ve soyut yöntemin sakıncalarından bahsedilen kararların mevcut olduğu görülmektedir.⁸³ Bu kapsamda yüksek mahkemenin aşkın zarar karinesinden hareket etmediği, özellikle enflasyon, devalüasyon, altın fiyatlarındaki artış, tüketici fiyat endeksi, üretici fiyat endeksi ve asgari ücret oranlarındaki artıştan yola çıkarak ispat faaliyetinde bulunulmayacağı; bu genel ve maruf olgular dışında, geçmiş günler faizi

⁸¹ ments Ltd. ve Diğerleri/İrlanda, B. No: 12742/87, 29.11.1991, § 51. AYM, ND, E.1987/11, K.1988/2, 21.01.1988; AYM, ND, E.1987/11, K.1988/2, 21.01.1988; AYM, BB, Fatma Yıldırım, B. No: 2014/6577, 16.02.2017; AYM, BB, Ano İnşaat ve Ticaret Ştd. Şti, B. No: 2014/2267, 21/12/2017.

⁸² AYM, BB, Ano İnşaat ve Ticaret Ştd. Şti, B. No: 2014/2267, 21/12/2017, § 51-55.

⁸³ HGK, 31.10.2007 tarih ve 2007/11-668 E.-2007/798 K.

ile karşılanamayan somut zararın varlığının ispatlanması gerektiğinin; özellikle soyut bir iddia zararın ispatı açısından yeterli olmadığı için, alacaklının fiilen yaptığı işin ve faaliyet alanının, ileri sürdüğü zararın oluşabileceğine ilişkin iddia ile somut olarak örtüşmesi gerektiğinin⁸⁴ vurguladığı anlaşılmaktadır. Kararlarda sıklıkla “Soyut anlatımlar, muhtemel kar kayıpları, elde edilmesi tahmin edilen gelir kalemleri munzam zararın ispatı için yeterli değildir. Yine yüksek enflasyon, dolar kurundaki artış, serbest piyasadaki faiz oranlarının yüksek oluşu gibi hususlar davacıyı ispat yükünden kurtarmaz.... faizi aşan zararın, genel ekonomik olumsuzlukların (ülkede cari enflasyon oranı, yüksek ve değişken döviz kurları, mevduat faizleri) dışında, davacının durumuna özgü, somut vakıalarla ispatlanması gereki.” tespitlerine yer verildiği görülmektedir.⁸⁵

Yargıtayın az sayıdaki kararında ise; tacir olan alacaklının borçludan para borcunu zamanında tahsil etmesi halinde ticari işlerinde kullanacağını karine olarak kabul ettiği; yaşanan enflasyon dolayısı ile paranın değerinin düşmesi ve alım gücünün azalması olgularının alacaklının ayrıca zararını ispat yönünden kanıt getirmesini gerektirmeyen fiili karineler oluşturduğunu belirttiği; ülkemizde yaşanan ve herkesçe bilinen (mâruf ve meşhur olan) enflasyon oranı nedeni ile alacaklının uğradığı zararın temerrüt faizi ile karşılanması mümkün olmayacağından ve bu karinenin aksinin borçlu tarafından ispatı gerekeceğinden, aşkın zararın hesabında mahkemece her yıl itibariyle gerçekleşen enflasyon oranı, mevduat ve Devlet tahvillerine uygulanan faiz oranı, döviz kurları ile ilgili resmi belgeler getirtilerek, olayın özelliğine göre uzman bilirkişilerden yararlanılarak gerçek zararın hesap ettirilmesi gerektiğinin vurgulandığı görülmektedir.⁸⁶

⁸⁴ Örneğin Yargıtay 4. H. D. 04.03.1986 tarih ve 1986/685 esas, 1986/2012 tarihli kararında “dar gelirli bir memurun, ortak malın satılması halinde elde ettiği parayı vadeli hesaba veya benzer gelir getiren yerlere yatırarak nemalandırmasının beklenen bir davranış olmadığını” kabul etmiştir.

⁸⁵ Y.15 H.D., 24.1.1994 tarih, 1993/5843 esas, 1994/229 karar; Yargıtay 17. H.D., 1.11.2016 tarih, 2014/13329 esas, 2016/9629 karar; Yargıtay 15. H.D., 12.5.2016 tarih, 2016/1049 esas, 2016/2737 karar; Yargıtay 11. H.D., 3.3.2016 tarihli, 2015/8570 esas, 2016/2363 karar, Yargıtay 15. H. D., 12.5.2016 tarih, 2016/1049 esas, 2016/2737 karar.

⁸⁶ Yargıtay 11. H. D., 24.09.1985 tarih, 1985/3533 esas, 1985/4757 karar; Yargıtay 11. H.D., 23.05.1996 tarih, 1996/1416 esas, 1996/3723 karar; Yargıtay 13. H. D., 01.01.1995 tarih, 1995/267 esas, 1995/5451 karar; Yargıtay 13. H. D., 22.05.1997 tarih, 1997/2555 esas, 1997/4658 karar.

Hukuk Genel Kurul Kararlarında da somut ve soyut yöntemler bakımından farklı kanaatlerin söz konusu olduğu anlaşılmaktadır.⁸⁷

Sorunun Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'na taşınması ile Kurul, hem Borçlar Kanunu'nun hem HUMK'un hakime, önüne gelen somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapması hususunda takdir yetkisi tanıdığını belirterek "Bu nitelikte, kaynağını değişik ve çok türlü maddi olgulardan alan zararların kanıtlanması işleminin içtihatların birleştirilmesi yolu ile tek bir ispat vasıtasına bağlanması, hakimin delilleri serbestçe takdir edip vicdani kanaatine göre hüküm kurmasını öneren yasa kuralı ile sınırlandırılacağı gibi, hukukun zaman içinde gelişimini de önleyeceği sonucuna kavuşulmuş, bu düşünce ve sakıncalar önde tutularak içtihatların birleştirilmesine gerek görülmemiştir" sonucuna varmıştır.⁸⁸

2- Mülkiyet Hakkı ve Aşkın Zarar İlişkisi Bağlamındaki Yargısal Kararlar

Aşkın zarar meselesi mülkiyet hakkı bağlamında yapılan bir bireysel anayasa şikayeti yolu ile anayasal içtihadı da konu olmuştur.⁸⁹ Başvuru mahkemece hükmedilen alacağın değer kaybına uğratarak ödenmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlali iddiasına ilişkin olup bir kamu kurumuna iş yapan ve para alacağı zamanında ödenmeyen alacaklının açtığı dava kısmen kabul edilmiş, aşkın zarar talebi ise reddedilmiştir. Başvuruya konu olayda alacaklının aşkın zarar talebinin derece mahkemelerince "davacının yaptığı iş nedeniyle davacıya ödenen temerrüt faizlerinden fazla (munzam) zararının ispatlanmadığı" gerekçesiyle reddedildiği, bu bağlamda alacaklının aradan geçen uzun sürede (1988 ila 2013) paranın değer kaybından kaynaklanan aşkın zarar talebinin, bu tür bir iddianın ancak somut vakıa ve delillerle ispatının mümkün olduğu kanaati temelinde kabul görmediği anlaşılmaktadır.

AYM kararında, başvurusunun aşkın zarar şeklindeki alacak hakkının Anayasa'nın 35. maddesi bağlamında mülk olarak değerlendirileceği tespit edildikten sonra, başvurusunun mülkiyet hakkına yapı-

⁸⁷ HGK, 2000/5-1611 esas, 2000/1636 karar; 31.10.2007 tarih ve 2007/11-668 esas, 2007/798 karar; 13/6/2012 tarih, 2011/18-730 esas, 2012/373 karar; 7/2/2007 tarih, 2007/11-55 esas, 2007/53 karar.

⁸⁸ YİBBGK, 8.10.1999 tarih, 1997/2 esas, 1999/1 karar.

⁸⁹ AYM, BB, Ano İnşaat ve Ticaret Ştd. Şti, B. No: 2014/2267, 21/12/2017.

lan müdahalenin meşru olup olmadığı denetlenmiştir. Bu kapsamda; ekonomilerde bir değişim vasıtası olan paranın çeşitli ticari, sınai, zirai vs. faaliyetlerde kullanılmakla sahibine kazanç, kira, nema gibi yararlar sağlayan ekonomik bir değer olduğu; paranın sahibi dışındaki kişi ve kuruluşlarca kullanılmasının, sahibinin bu ekonomik değerden mahrum bırakılması sonucunu doğurması yanında enflasyon etkisinde olan ekonomilerde değerini yani alım gücünü enflasyon oranına bağlı olarak yitirmesine neden olduğu; mülkiyet hakkı kapsamında alacağın geç ödenmesi durumunda aradan geçen sürede enflasyon nedeniyle paranın değerinde oluşan hissedilir aşınma ile mülkiyetin gerçek değeri azaldığı gibi bu bedelin tasarruf veya yatırım aracı olarak getirisinden yararlanmak imkânının da bulunmadığı, bu şekilde kişilerin mülkiyet haklarından mahrum edilerek haksızlığa uğratıldıkları ifade edilmiştir. Somut olayda da başvurusunun mülkiyet hakkı kapsamındaki alacağının enflasyon karşısında önemli ölçüde değer kaybına uğratılarak ödendiği anlaşıldığından başvurucuya şahsi olarak aşırı ve olağan dışı bir külfet yüklendiği kanaatine varıldığı, bu tespite rağmen derece mahkemelerinin başvurusunun zarara uğradığını ayrıca ispatlaması gerektiği yönündeki katı yorumu nedeniyle somut olay bakımından kamunun yararı ile başvurusunun mülkiyet hakkının korunması arasında kurulması gereken adil dengenin başvuru aleyhine bozulduğu ve bu suretle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varıldığı belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararı ile ilgili olarak doktrinde eleştiriler ileri sürülmekle birlikte⁹⁰, bu eleştirilerin büyük bölümüne katılmak mümkün değildir. Bu bağlamda örneğin, açık bir keyfilik olmadığı veya bariz bir takdir hatası içermediği sürece Anayasa Mahkemesi'nin hukuk kurallarının yorumlanması ve delillerin değerlendirilmesi bakımından mahkemelerin takdir yetkisine müdahalede bulunmaması gerektiği, somut olayda da derece mahkemesince verilen kararların bariz takdir hatası veya açık bir keyfilik içermediği, zira aşkın zarar şartının Kanunda (TBK. m. 122/I) açıkça öngörüldüğü ve söz konusu hükmün somut olaya uygulanması açısından bariz takdir hatasından veya açık bir keyfilikten söz edilemeyeceği belirtilmektedir. Kanaatimizce birey-

⁹⁰ Akçaal, s. 1085.

sel başvuru yolunun niteliği de dikkate alınarak üzerinde durulması gereken husus şudur: Anayasa Mahkemesi söz konusu kararda derece mahkemelerinin yerine geçerek ilgili Kanun hükmünü bizzat yorumlamamaktadır. Mahkeme, derece mahkemelerinin TBK 122. madde hükmünü yorumlama tarzının anayasaya uygun⁹¹ olup olmadığını, bir başka diğer deyişle derece mahkemelerinin özel hukuk normlarını yorumlayarak ulaştıkları neticenin, anayasal temel hak güvenceleri ile uyumunu denetlemektedir. Zira özel hukuk uyuşmazlıklarını çözüme bağlayan yargı organları, özel hukuk kurum ve kavramlarından hareket etmekle birlikte, bu kurum ve kavramları anayasal temel hak güvencelerini gözeterek yorumlamak/uygulamak durumundadır. Bu kapsamda kanaatimizce AYM tarafından ulaşılan netice isabetli ve somut olayın nitelikleri ile uyumludur.

Karar sonuç itibariyle, yüksek enflasyon oranı nedeniyle paranın değerindeki düşüşe bağlı olarak maruz kalının zararın hesabında, derece mahkemelerince bu olgu yeterli görülmeyle, başvurucunun zarara uğradığını ayrıca ispatlaması gerektiği yönündeki katı yorumunun mülkiyet hakkını ihlal ettiği kanaatine dayanmaktadır. Elbette bireysel başvuru ve bu usulde verilen kararlar kural olarak somut başvuru ve ilgili yargısal süreç üzerinde etki göstermekle birlikte, bireysel başvurunun olayı aşan etkisi kapsamında benzer tüm uyuşmazlıklarda dikkate alınması gereken bir anayasal yoruma işaret etmekte, bu yönüyle benzer uyuşmazlıklardaki yargısal bakış açısı üzerinde dönüştürücü etkiye sahip olmaktadır. Aşağıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere aşkın zarar bağlamında da bu etkinin gerçekleştiği, ancak bir kısım Yargıtay Daireleri'nin hükmün AYM'nin ortaya koyduğu Anayasa'ya uygun yorumunu tercih etmemesi nedeniyle sorunun daha karmaşık bir hal aldığı görülmektedir.

⁹¹ Yargı makamlarının Anayasaya uygun yorum yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şebnem Nebioğlu Öner, "Özel Hukuk Uyuşmazlıklarında Temel Hakların Uygulanabilirliği Bağlamında Güncel Anayasal İçtihatla Aile Hukuku Meseleleri", Türk Medeni Hukuku Çerçevesinde Aile Hukukunda Güncel Meseleler Sempozyumu, ASBÜ, 19 Aralık 2019, s. 159 vd.; Şebnem Nebioğlu Öner, "Ortaklığın Giderilmesi Davalarında Aile Konutu Şerhi Engeli: Anayasa Mahkemesinin Feridun Çalışkan ve Diğerleri Kararı", Yargı Kararları Sempozyumu I, Eşya Hukuku, İBÜ, 7 Mayıs 2021, s. 52 vd.; Şebnem Nebioğlu Öner, "Vasiyetname Yoluyla Tanıma: Bir Özel Hukuk Tasarrufunun Yorumu", ABD, Y. 80, S. 3, 2022, s. 31.

3- 21/12/2017 Tarihli Karar Sonrası Yargıtay Uygulamasında Aşkın Zararın İspatı Sorunu: Yöntemsel Farklılık ve Çelişkiler

Yukarıda ifade edildiği üzere, yüksek enflasyon nedeniyle paranın değerinde yaşanan düşüşe bağlı olarak maruz kalındığı belirtilen aşkın zarar iddiaları, uzun süredir farklı yargısal kararların verilmesine neden olmuştur. Konu ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ihlal kararı sonrasında ise, bu görüş ayrılıklarının artarak devam ettiği, bu kapsamda Yargıtay'ın bazı Dairelerince ihlal kararı doğrultusunda yorum yapılarak, benzer iddialarda somut ispat arayışından vazgeçilirken, bazı Dairelerin somut ispat yöntemini uygulamaya devam ettiği görülmektedir.

Somut ispatı aramaya devam eden kararda “*Kanun koyucu para borcunun geç ödenmesi ya da ödenmemesi halinde bir zararın mevcut olduğunu kural olarak benimsemiştir. Diğer bir deyişle temerrüt faizi miktarınca alacaklinin zarara uğradığı yasal bir karine olarak kabul edilmiştir. Bunun dışında davacının herhangi karineden istifade etme olanağı yasal olarak mevcut değildir*”; “*Ülkede yaşanan ekonomik kriz nedeniyle paranın döviz karşısında hızlı değer kaybı, yüksek enflasyon gibi genel afaki ve doğrudan davacının zararını ifade etmeyen umumi ekonomik konjonktürel olgular BK'nın 105. (TBK. 122.) maddesinde sözü edilen munzam zararın varlığını göstermez*” şeklindeki tespitlere yer verildiği ve bu suretle hükmün Anayasaya uygun yorumunun tercih edilmediği anlaşılmaktadır.⁹² Bu bağlamda 2021 tarihli bir Hukuk Genel Kurulu kararında da benzer düşüncenin paylaşıldığı görülmektedir.⁹³

Buna karşın diğer Daire kararlarında, ihlal kararında belirtilen tespitler de gözetilerek “*Öncelikle munzam zarar talep edilen alacakla ilgili temerrüt tarihinden tahsil tarihine kadar geçen süredeki enflasyon verilerini gösterir TEFE, TÜFE-ÜFE oranları, banka vadeli mevzuat faiz oranları, döviz kurları, devlet tahvil faiz oranları, işçi ücretleri ve diğer yatırım araçları ile ilgili getiri bilgilerinin resmi kurumlardan sorulup tespit edildikten sonra, yeniden oluşturulacak munzam zarar hesabı konusunda uzman bilirkişi kurulundan, tahsiline karar verilen davacılar alacağının temerrüt tarihinde bu*

⁹² Y. 5. HD., 21.01.2019 tarih, 2017/17121 esas, 2019/604 karar; Y. 13. HD., 30.05.2019, 2016/10665 esas, 2019/6982 karar.

⁹³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 9.12.2021 tarih, 2017/18-2800 esas, 2021/1629 karar.

yatırım araçlarından oluşacak sepete yatırılması ve değerlendirilmesi halinde tahsil tarihlerinde asıl alacakla birlikte getirisinin ulaşabileceği miktar ile tahsiline hükmedilen asıl alacak ve bu alacak için temerrüt tarihinden tahsil tarihlerine kadar davacıların tahsil edebilecekleri ve tahsil ettikleri faiz miktarı ve toplam miktar ve bu şekilde bulunacak toplam miktarlar arasındaki fark konusunda gerekçeli, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınıp değerlendirilerek faizle karşılanamayan zarar konusunda sonucuna uygun bir karar verilmesi yerine eksik inceleme ile davanın reddi doğru olmamış, ..”; “Munzam zararın tespit edilebilmesi için dava konusu senedin vade tarihinden, icra takibine konu alacağın temlik edildiği 07.06.2012 tarihine kadar geçen süre içerisinde her yıl itibarı ile gerçekleşen yıllık enflasyon artış oranı, bu oranın eşya fiyatlarına yansımaya durumu, mevduat ve Devlet tahvillerine verilen faiz oranları, Türk Lirası karşısında döviz kurlarına ilişkin değişiklik listeleri davacıdan istenmek, gerektiğinde bunları ilgili resmi kurum veya kuruluşlardan araştırmak, bu sahada uzman bilirkişi görüşünden de yararlanılmak suretiyle bu süre içerisindeki para değerinin düşmesi, alım gücü azalması nedeniyle alacaklının maruz kaldığı zarar miktarının yukarıda değinilen unsurların toplanıp, ortalamaları bulunarak belirlenmek ve istenilen alacağın temel hukuki yapısı nedeniyle bir tazminat alacağı niteliğinde olduğundan ve bu zararın oluşmasında ülkenin içinde bulunduğu ekonomik ve sosyal ortamın da etkili bulunduğu ve bundan ülkede yaşamını sürdüren gerçek veya tüzel kişilerin etkilenmemesinin kaçınılmaz olduğu ve nihayet her somut olayın özelliği de dikkate alınarak, bulunacak miktarın TBK'nın 51 ve 52. (mülga BK'nın 42 ve 43.) maddeleri çerçevesinde değerlendirmeye de tabi tutularak belirlenmesi ve bundan sonra bulunan bu zarar miktarından asıl alacak tahsil edilirken alınan temerrüt faizi miktarı düşülerek hasıl olacak sonuç çerçevesinde davacı ...'nin munzam zararının olup olmadığı ve miktarı tayin ve tespit edilmesi gerektiğinden... ” şeklinde sonuca varıldığı anlaşılmaktadır.⁹⁴

Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararı sonrasında, enflasyona bağlı para değerindeki düşüşlerden kaynaklı aşkın zarar iddialarının değerlendirilmesinde soyut ispat yöntemini benimseyen yargı kararlarının sayıca artmaya başladığı görülmekle birlikte, hükmün anayasa uygun yorumunu benimsemeyerek aşkın zararın somut

⁹⁴ Y. 15. HD., 04.03.2019, 2018/1494 esas, 2019/932 karar; Y. 11. HD., 27.06.2019 tarih, 2018/193 esas, 2019/4929 karar; Y. 15. H. D., 6.12.2018 tarih, 2018/3765 esas, 2018/4907 karar; Y. 15. H.D., 25.4.2018 tarih, 2017/2736 esas, 2018/1742 karar.

olarak ispat edilmesi gerektiğine işaret eden yargı kararları da bulunmaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere bu farklı yargısal yaklaşımlar, hukukun bütünlüğü ilkesine zarar vererek yargıya duyulan güveni azalttığı gibi, bireysel anayasa şikayeti yolu ile yapılan başvurular ve ihlal kararları neticesinde yapılan yeniden yargılama faaliyetleri de hesaba katıldığında, yargısal iş yükünü oldukça ağırlaştırmaktadır. Bu bağlamda, yargı kararlarında ve özellikle ilk derece yargısına yön veren Yargıtay Daire kararlarında görüş birliğinin sağlanması zaruridir.

TBK'nın 122. maddesi ve yargı kararlarına yansıyan uyuşmazlık kategorisine bakıldığında kanaatimizce; enflasyon ve devalüasyon gibi genel ve irade harici olguların etkisiyle oluşmayan ve geçmiş günler faizi ile karşılanmayan aşkın zarar iddiaları için, özellikle alacaklının fiilen yaptığı işi ve faaliyet alanının, ileri sürdüğü zararın oluşabileceğine ilişkin iddiası ile somut olarak örtüşmesi gibi somut vakia ve verilerden yararlanılması mümkündür. Ancak enflasyon, devalüasyon veya benzer şekilde, borç ilişkisinin taraflarının iradesi dışındaki olgulara bağlı olarak paranın değerinde yaşanan düşüşten kaynaklanan aşkın zarar iddialarının ayrı bir kategori olarak ele alınması, bu iddialar bağlamında fiili bir karinenin varlığından hareketle soyut ispat yöntemi uygulanarak ilgili resmi ve kayıtlar gözetilmek suretiyle sonuca varılması, TBK'nın ilgili düzenlemesinin amacı ile uyumlu olacağı gibi, hükmün anayasaya uygun yorumuna da hizmet edecektir. Zira borç ilişkisinin taraflarının iradeleri dışında gerçekleşen ve çoğu olayda yargısal iş yükü ve uzun süren yargılamaların etkisi ile tedrici olarak artan bu zarara, uyuşmazlığın taraflarından birinin katlanmasını beklemek, bu durumu borçlu açısından istifade edilebilir hale getirecek surette ispat faaliyetini ağırlaştırıcı katı bir yorum tarzı benimsemek isabetli olmadığı gibi, özellikle borçlu tarafın borca aykırı davranışı nedeniyle uyuşmazlığın tarafları arasında bozulan yarar dengesinin yargı kararı ile alacaklı aleyhine daha da bozulmasına sebebiyet vermektedir. Elbette bu kapsamda, her somut olayın özelliği dikkate alınarak, bulunacak miktarın TBK'nın 51 ve 52. maddeleri çerçevesinde değerlendirilmeye tabi tutulması suretiyle tazminatın belirlenmesi gerekecektir.⁹⁵

⁹⁵ Akçaal, s. 1088. Yazar bu hususta bir içtihadı birleştirme kararı verilebileceği görününü dile getirmekte olup, münhasıran enflasyona bağlı para değerindeki düşüşten kaynaklanan munzar zarar iddiaları için bu yola başvurulması kanaatimizce

SONUÇ

Para borçlarında temerrüt faizi ile karşılanamayan zararı ifade eden aşkın zarar, niteliği ve bunun ispatı hususunda uzun süredir yargı gündemini meşgul eden önemli bir Borçlar Hukuku meselesidir.

Aşkın zararın birçok görünümü olmakla birlikte, özellikle enflasyon nedeniyle oluşan paranın değer kaybına bağlı zarar iddiaları, bu kategori içerisinde en tartışmalı alandır. Zira ilgili yargı kararlarında, bu tür zararların ispatı noktasında ileri sürülen somut ve soyut yöntemlere ilişkin tercih, benzer uyuşmazlıklar açısından farklı yargı kararlarının verilmesine neden olmaktadır.

Paranın değer kaybının hukuk alanında ortaya çıkardığı bu tartışma derece mahkemelerinde yürütülen yargılamalarla sınırlı olmayıp, özellikle mülkiyet hakkı ve konuya ilişkin çelişkili yargı kararları nedeniyle ayrımcılık yasağı ve hukuki güvenlik ilkesi temelinde insan haklarına ilişkin inceleme zeminine taşınmaya devam etmektedir.

Borçlunun edimini geç ifa etmesi nedeniyle alacaklının uğradığı ve temerrüt faizi ile giderilemeyen zararlar, hukuka olan güveni ve adalet duygusunu zedelemektedir. Esasen TBK 122. maddenin amacı da bu adaletsizliği telafi ederek, taraflar arasındaki menfaat dengesini tesis etmektir. Ancak özellikle aşkın zararın ispatı hususundaki yöntem farklılıkları bağlamında yargı kararlarındaki süregelen istikrarsızlık, TBK 122. maddenin düzenleme amacına uygun bir hukuk pratiği oluşmasını engellemektedir.

Bu kapsamda yukarıda belirttiğimiz nedenlerle, aşkın zarar ve mülkiyet ilişkisi çerçevesinde yapılan değerlendirmeler de dikkate alınarak, derece mahkemelerinin, özellikle de Yargıtay'ın bu konudaki görüşünün güncellenmesi ve TBK 122. madde hükmünün anayasaya uygun yorumunun tercih edilmesi, bu kapsamda aşkın zarar müessesesi ve özellikle ispatına ilişkin yöntemsel farklılıkların giderilmesi, hukukun bütünlüğüne hizmet edeceği kadar, bu problem nedeni ile oluşan yargısal işyükünün seyri üzerinde de belirleyici etkiyi haiz olacak, adalete olan güveni temin edecektir.

Kaynakça

Kitaplar

- Antalya Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. V/1,3, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019.
- Ayrancı Hasan, Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar (BK. m. 105), Yetkin Yayınevi, Ankara 2006.
- Barlas Nami, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1992.
- Çetin Sümeyra, Borçlunun Temerrüdünün Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, İÜSBE, 2011.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020.
- Fezyioğlu Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1977.
- Havutçu Ayşe, Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, İzmir 1995.
- Kılıç Öztürk Gizem, Türk Borçlar Hukukunda Borçlunun Temerrüdü, Yüksek Lisans Tezi, UÜSBE, 2015.
- Kılıçoğlu Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2021.
- Kılıçoğlu Ahmet M., Eşya Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2021, s. 199 vd.
- Nomer Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul 2012.
- Oğuzman M. Kemal/ Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.
- Reisoğlu Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Saltoğlu Arap Hatice Esra, Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdü, Yüksek Lisans Tezi, ÇÜSBE, 2018.
- Schenker Franz, Die Voraussetzungen und Die Folgen des Schuldnerverzugs im Schweizerischen Obligationenrecht, Freiburg 1988.
- Tekinay Selahattin Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altop Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- Tümerdem Murat, Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü ve Sonuçları, Doktora Tezi, AÜSBE, 2018.

Makaleler

- Altaş Hüseyin, "Munzam Zararda İspat Sorunu", *AÜHFD*, 50(1), 2001, s.121-130.
- Buz Vedat, "Karşılaştırmalı Hukukta Munzam Zararın İspatı", *Yargıtay Dergisi*, 1998, C. 24, S. 3, s. 369-410.
- Keser Yıldırım, "Aşkın Zararın İspatı", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(2), 2000, s. 484-495.
- Kırkbeşoğlu Nagehan, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Faiz Sınırları Üzerine Bir Değerlendirme", *BATİDER*, C. 28, S. 4, 2012, s. 145- 172.

- Nebioğlu Öner Şebnem, "Ortaklığın Giderilmesi Davalarında Aile Konutu Şerhi Engeli: Anayasa Mahkemesinin Feridun Çalışkan ve Diğerleri Kararı", *Yargı Kararları Sempozyumu I, Eşya Hukuku, İBÜ*, 7 Mayıs 2021, s. 51-97.
- Nebioğlu Öner Şebnem, "Özel Hukuk Uyuşmazlıklarında Temel Hakların Uygulanabilirliği Bağlamında Güncel Anayasal İçtihatla Aile Hukuku Meseleleri", *Türk Medeni Hukuku Çerçevesinde Aile Hukukunda Güncel Meseleler Sempozyumu, ASBÜ*, 19 Aralık 2019, s. 159-194.
- Nebioğlu Öner Şebnem, "Vasiyetname Yoluyla Tanıma: Bir Özel Hukuk Tasarrufunun Yorumu", *ABD, Y. 80, S. 3, 2022*, s. 1-53.
- Özmen Etem Saba/ Aktaş, Türkan, "Türk Hukuku Açısından Para Borçlarında Temerrüt Faizi Yanında Ceza Koşulu Talep Edilebileceğine İlişkin Yargıtay Kararlarının Eleştirisi", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, C. 17, S. 1, s. 39-54.
- Serozan Rona, "Paranın Alım Gücünün Düşmesine Bağlı Kayıpların Karşılanmasında Eşitsizlikler", *İÜMHAD*, Cilt: 20, 1996, s.41- 48.
- Yılmaz Orhan, "Yasal Temerrüt Faizi", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2006, C. 80, S. 1, s. 69-75.
- Zeytinoğlu Emin, "Para Borçlarında Temerrüt Hallerinde Munzam Zarar", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2005, C. 4, S. 8, s. 253-263.

İŞ KAZASI VE MESLEK HASTALIĞI SİGORTASI BAKIMINDAN KORONAVİRÜS ÖZELİNDE SALGIN HASTALIKLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

ANALYSIS OF EPIDEMIC DISEASES IN THE CORONAVIRUS
SPECIFICATION IN TERMS OF OCCUPATIONAL ACCIDENT AND
OCCUPATIONAL DISEASE INSURANCE

Alptekin Burak BOYDAK*

Özet: Sosyal güvenlik hukukunun doğuş nedenlerinden biri de insanoğlunun karşılaşacağı sosyal risklere karşı onu güvence altına almaktır. Dolayısıyla, insanlığı tehdit eden salgın hastalıkların oluşturduğu sosyal riske karşı onları koruyucu tedbirler de sosyal güvenlik hukukunun konusuna girmektedir. Bu çerçevede bu çalışmada sosyal güvenlik hukukunun sosyal risklere karşı sağladığı kısa vadeli sigorta kollarından biri olan iş kazası ve meslek hastalığı sigortası, Dünya Sağlık Örgütü'nün pandemi olarak ilan ettiği koronavirüs (Kovid-19) özelinde salgın hastalıklar bakımından irdelenmeye çalışılmıştır. Kovid -19 hastalığına yakalanan kimselerin bu virüsü bulaştırma hızları ve hastalığın asemptomatik olarak geçirilebilme hali bu hastalığa yakalanan sigortalıların virüsü nerede kaptıkları noktasında zorluklara neden olduğu görülmektedir.

İş kazası ve meslek hastalığı sigortasının mevzuatımızdaki yeri ve şartları ile salgın hastalıkların özellikleri bir bütün olarak tetkik edilerek emsal yargı kararları ışığında koronavirüs özelinde salgın hastalıkların iş kazası ve meslek hastalığı sigortasının kapsamına hangi hallerde girebileceği hususunda görüş ve değerlendirmelerde bulunulmuştur. Bu görüş ve değerlendirmeler çerçevesinde iş kazası ve meslek hastalığı sigortası bakımından salgın hastalıklarla ilgili tedbirleri almayan işveren, sigortalı ve üçüncü kişilerin sorumluluğu da ayrıca ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Koronavirüs, Sosyal Güvenlik, İş Kazası, Meslek Hastalığı, Sigorta

Abstract: One of the reasons for the emergence of social security law is to secure humans against the social risks that they will face. Therefore, protective measures against the social risk caused by epidemic diseases threatening humanity are also included in the

* Av. Dr., İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü Hukuk Müşavirliği, alptekin_burakb@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-9136-4621, Makalenin Gönderim Tarihi: 06.12.2022, Kabul Tarihi: 17.02.2023

subject of social security law. In our study, occupational accident and occupational disease insurance, which is one of the short-term insurance branches provided by social security law against social risks, has been tried to examined in terms of coronavirus, which is declared as a pandemic by World Health Organization. It is seen that the rate of transmission of the virus and the rate of transmitting the disease asymptotically by the people infected with the Covid-19 virus cause difficulties in regard to where the insured who have this disease caught the virus.

Opinions and evaluations were made regarding the place and conditions of occupational accident and occupational disease insurance in our legislation and the characteristics of epidemic diseases as a whole, under the circumstances of peer judgment, under what conditions epidemic diseases can be covered by occupational accident and occupational disease insurance. The responsibility of the employer, insured and third parties who do not take precautions regarding epidemic diseases in terms of occupational accident and occupational disease insurance is also discussed.

Keywords: Coronavirus, Social Security, Occupational Accident, Occupational Disease, Insurance

GİRİŞ

Ulusal sosyal güvenlik sistemimiz kısa vadeli, uzun vadeli sigorta kolları ve genel sağlık sigortası ile sigortalılara çeşitli güvenceler sağlamaya çalışmıştır. İş kazası ve meslek hastalığı sigortasının, sigortalıyı çalıştığı dönemde karşılaştığı sosyal risklere karşı ekonomik yönden ve sağlık yönünden koruma amacı güden bir yapıya sahip olduğu bilinmektedir.¹ Bu çalışmada kısa vadeli sigorta kollarından birini oluşturan iş kazası ve meslek hastalığı sigortasının kapsamına Dünya Sağlık Örgütünün pandemi olarak ilan ettiği koronavirüs (Kovid-19) hastalığının hangi hal ve koşullar altında girdiği tetkik edilmeye çalışılmıştır.

Şüphesiz ki her salgın hastalık kuluçka süreleri ve gösterdiği klinik tablo çerçevesinde birbirinden farklı özellikler göstermekte bu farklı özellikler de bu hastalığa yakalanan sigortalının iş kazası ve meslek hastalığı sigortasının kapsamına girip girmediği noktasında zorlu bir ispat problemi ile karşı karşıya bırakmaktadır. Bu bağlamda Kovid-19 hastalığının özellikleri ile iş kazası ve meslek hastalığı sigortasının

¹ H. İbrahim Mil/ Ali Güvercin, "İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sigortasının Meslek Hastalığı Boyutunun Analizi", *Uşak Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 9/3,2016, s. 82-100, s. 84.

şartları çeşitli olasılıklar dâhilinde ve emsal yargı kararları ile mevzuattaki iş kazası ve meslek hastalığı halleri bakımından kıyas edilerek konuyla ilgili hukuki görüş ve önerilerde bulunulacaktır.

I. İş Kazası ve Meslek Hastalığı Kavramı

Mevzuatımızda 5510 sayılı Kanun ile 6331 sayılı Kanun'da iş kazası ile meslek hastalığı kavramları açıklanmaya çalışılmıştır. 5510 sayılı Kanun'un 13. maddesinde iş kazası;

- Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada,
- İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle,
- Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda,
- 5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda,
- Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen özüre uğratan olay olarak;

14. maddesinde ise meslek hastalığı; sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, bedensel veya ruhsal özürlülük halleri olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere 5510 sayılı Kanun iş kazasında mekân ve zaman açısından bir sınırlama getirmiştir.² Bununla birlikte bu mekân ve zaman içerisinde meydana gelen olayın nasıl olması gerektiği noktasında bir şart aranmamıştır. Örneğin sigortalının mekân açısından işyerinde olması yeterli sayılmış bunun haricinde işyerinde işini icra ettiği sırada kazanın olması gibi bir şart aranmamıştır.³

² Savaş Kanbur, İş Kazası ve Meslek Hastalıkları Tespit Süreci, Ankara 2018, s.5.

³ H. Hadi Sümer, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Ankara 2017, s. 92, Seda Arslan Durmuş, "Covid 19'un İş Kazası ve Meslek Hastalığı Olarak Değerlendirilmesi",

Yargıtay'ın da "Zararlandırıcı sigorta olayının iş kazası sayılması için, sigorta olayına maruz kalan kişinin sigortalı olması, sigorta olayının maddede sayılı sınırlı olarak belirtilen hal ve durumlardan birinde meydana gelmesi koşuldur. Başka bir anlatımla, sigorta olayının, iş kazası sayılabilmesi için iki koşulun birlikte gerçekleşmesi zorunludur" içtihadı ile sosyal güvenlik hukuku anlamında bir kazanın iş kazası olarak değerlendirilmesi için sigortalının geçirdiği kazanın maddede belirtilen haller içerisinde gerçekleşmesinin yeterli olduğu hükmüne vardığı görülmektedir.⁴ Yüksek Mahkeme'nin bir başka kararında da aynı minvalde, "Bir olayın iş kazası sayılıp sayılmayacağına anılan maddenin tanımı ve öngördüğü unsurlar çerçevesinde belirlenebilir. Yasanın açık hükümleri bir yana bırakılarak, iş kazası kavramının unsurlarının belirlenmesine olanak yoktur. Bir olayın iş kazası sayılabilmesi için, sigortalıyı bedence ve ruhça zarara uğratan olayın maddenin belirlediği „hal ve durumlardan“ birinde meydana gelmiş bulunması gerekli ve yeterlidir. Bu sınırlı durumlar dışında meydana gelen ve sigortalıyı ruh ve bedence zarara uğratan olayların iş kazası olarak kabulüne imkân bulunmamaktadır. Gerek uygulama ve gerek öğretide açıkça kabul edildiği ve madde metninden de anlaşıldığı üzere bu maddede sayılan haller örnekleme niteliğinde değil, sınırlayıcı niteliktedir. Bu hallerden birine girmeyen sigorta olayı iş kazası sayılamaz. Sayılan bu hallerin birlikte gerçekleşme koşulu bulunmayıp, herhangi birinin gerçekleşmiş olması gerekli ve yeterli" olduğu içtihadına varılmıştır.⁵

Her ne kadar Sosyal Güvenlik Kurumu'nun 13.06.2011 tarih, 2011/50 sayılı Genelgesinde yer alan talimatlar nedeniyle, Sosyal Güvenlik Kurumu'nca görevli olarak başka bir yerde bulunan sigortalının asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda uğradığı olayların iş kazası olarak kabul edilmemesi belirtilmişse de Yüksek Mahkeme'ce, "Sigortalının görevle başka yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda meydana gelen kazaların, iş kazası olarak kabul edilmesi gerekeceği, işveren tarafından yürütülmekte olan iş dolayısıyla işyerinden uzaklaşan sigortalının boş zamanlarını

İstanbul Hukuk Mecmuası, 78 (2), 363-393, s. 371.

⁴ Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, 2019/3698 E. ,2019/7972 K., www.yargitay.gov.tr.

⁵ Yargıtay HGK 2009/21-400 Esas,432 Karar, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>

normal yaşantı içerisinde değerlendirmesinin doğal olduğu, sigortalı işçinin boş zamanlarını, sinemaya-kahveye-eğlence yerine giderek değerlendirmesinin mümkün olduğu” hükmüne varıldığı görülmektedir.⁶

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun 3. maddesinin 1. fıkrasının g bendinde ise iş kazası; “İşyerinde veya işin yürütümü nedeniyle meydana gelen, ölüme sebebiyet veren veya vücut bütünlüğünü ruhen ya da bedenen engelli hâle getiren olay”; l bendinde ise meslek hastalığı, “Mesleki risklere maruziyet sonucu ortaya çıkan hastalık” olarak zikredilmiştir. Her iki kanun arasındaki tanımlar kıyas edildiğinde; 5510 sayılı Kanun’un 6331 sayılı Kanun’a göre iş kazasının tanımını daha genişletici, meslek hastalığı bakımından da daha açıklayıcı niteliği haiz olduğu görülecektir. Çalışmamız iş kazası ve meslek hastalığını sosyal güvenlik hukuku boyutuyla inceleyen bir çalışma olduğundan, salgın hastalıkların iş kazası ve meslek hastalığı olarak nitelenip nitelenemeyeceği hususunda 5510 sayılı Kanun esas alınacak; 6331 sayılı Kanun’a ise somut olayın gerektirdiği noktalarda değinilecektir.

5510 sayılı Kanun’daki tanım çerçevesinde bir olayın sosyal güvenlik hukuku anlamında iş kazası olarak nitelenebilmesi için, bir kazanın varlığı, bu kaza neticesinde sigortalı bir işçinin bedenen veya ruhen bir zarara uğraması ve oluşan bu kazanın bahis geçen 13. maddede sayılan hallerden biri içerisinde vuku bulması ile kaza ile zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekmektedir.⁷ Ayrıca, bir kazanın iş kazası olarak değer görebilmesi için dışarıdan gelen bir etkinin varlığı gerekmektedir.⁸ Bu etki akut (ani gelişen) bir şekilde sonuçlarını doğurabileceği gibi zaman içerisinde de sonuçlarını doğurabilir.

⁶ Yargıtay 10. H.D. 02/06/1983 2601/3002, Sıddık Topaloğlu/Faruk Çınk, İş Kazası ve Meslek Hastalığı Haklar Yardımlar Yükümlülükler Tazminat ve Ceza Sorumlulukları, Ankara 2014., s. 30.

⁷ Cem Baloğlu, “İşverenin İş Kazalarından Doğan Hukuki Sorumluluğu”, *Kamu İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, C:13, S:3 , 2015, s. 107-123., s. 115, Şerafettin Özyürür/Özgür Kocakaya, “5510 sayılı Kanun’un 21/1. maddesi Uyarınca İş Kazası ve Meslek Hastalığında Kaçınılmazlık İlkesi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi* , S:41 , 2019, s. 62-87.s. 96.

⁸ Özgür Oğuz, “İş Kazası ve Meslek Hastalıklarında Kurumun İşverene Rücu Hakkı”, *TBB Dergisi* (140) 2019, s. 393-424, s. 398.

Meslek hastalığı bakımından yasadaki koşullara bakıldığında ise, bir hastalık veya engellilik durumunun meslek hastalığı sayılabilmesi için bir sigortalının varlığı, hastalık veya özürlü yürütülen işin sonucu olarak ortaya çıkması, sigortalının hastalanması ile bedence veya ruha bir engelliliğe uğraması, hastalığın Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliğinde yer alması ve belirtilen süre içinde meydana çıkması, hastalığın hekim raporu ile tespit edilmesi unsurlarının bir arada gerçekleşmesi gerekmektedir.⁹ Hangi hastalıkların meslek hastalığı sayılacağı ve bu hastalıkların işten ayrıldıktan en geç ne kadar süre sonra ortaya çıktığı takdirde o işten ileri gelmiş kabul edileceğine ilişkin usul ve esaslar; Çalışma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği ile belirlenmiştir. Bu Yönetmeliğin 19. maddesinde, “Meslekî bulaşıcı hastalıklar Listesinin “D Grubu”nda yer alan bulaşıcı hastalıkların, görülen işin gereği olarak veya işyerinin özel koşullarının etkisiyle oluşması ve enfeksiyonun laboratuvar bulguları ile de kanıtlanması gereklidir. Bu listede yer almayan fakat görülen iş ve görev gereği olarak bulaştığı kesin olarak saptanan diğer bulaşıcı hastalıklar da meslek hastalığı sayılır. Bu husustaki teşhisin laboratuvar deneyleriyle kanıtlanması gereklidir. Hastalığın en uzun kuluçka süresi yükümlülük süresi olarak alınır” hükmüne yer verilerek bulaşıcı hastalıkların da diğer şartları taşıması halinde meslek hastalığı sayılabileceği belirtilmiştir.¹⁰

İş kazası ile meslek hastalığı arasındaki yasal tanımdaki farklılık tetkik edildiğinde ise meslek hastalığının yapılan bir iş neticesinde bu işin icra koşullarının ve etkilerinin zaman içerisinde veya o işin taşıdığı yüksek risk nedeniyle sigortalının bir hastalığına neden olması şeklinde tezahür ettiği görülmektedir.¹¹ Örneğin sosyal güvenlik hukuku ilkeleri çerçevesinde, maden ocağında çalışan bir sigortalının işyerinde

⁹ H. İbrahim Mil/ Ali Güvercin, “İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sigortasının Meslek Hastalığı Boyutunun Analizi”, *Uşak Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 9/3,2016, s. 82-100, s. 86; Emre Kol/Seda Topgöl, COVID-19 Pandemisinin Sağlık Çalışanları Açısından İş Kazası ve Meslek Hastalığı Olarak Değerlendirilmesi, *Enderun Dergisi*, C. 5, S. 2, 2021, s. 170.

¹⁰ Bu konuda ayrıca bkz., Mehmet Zahid Y, ener, “COVID-19 Salgınunun İş Kazası ve Meslek Hastalığı Bakımından Değerlendirilmesi”, *Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu Bildiri Tam Metin Kitabı*,İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, 2020, 108-117, s. 260.

¹¹ Ayrıca bkz., Seda Arslan Durmuş, “Covid 19’un İş Kazası ve Meslek Hastalığı Olarak Değerlendirilmesi”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 78 (2), 363-393, s. 384.

işini icra etmediği bir zamanda kayıp düşmesini iş kazası, işyerinin şartları nedeniyle zaman içerisinde akciğerinde oluşan hasarı ise meslek hastalığı olarak niteleyebiliriz.

II. Sosyal Güvenlik Hukukunda Mesleki Risklerden Sorumluluk

5510 sayılı Kanun'un 13. ve 14. maddesi ile çerçevesi çizilen iş kazası ve meslek hastalığı riskleri bağlamında hangi hallerin sosyal güvenlik hukuku bağlamında bir iş kazası veya meslek hastalığı olarak nitelenebileceği ve ilgililerin sorumluluklarının iş kazası ve meslek hastalığı sigortası bakımından ne ölçüde önemli olduğu incelenmesi gereken konulardandır.

5510 sayılı Kanun 13. maddesinin ilk fıkrasında sigortalının işyerinde bulunduğu sırada gerçekleşen bir kaza, kaza ile zarar arasında uygun nedensellik bağı kurulabiliyorsa sosyal güvenlik hukuku anlamında iş kazası olarak nitelenebilecektir. Sosyal güvenlik hukukunda iş kazasıyla ilgili karşılaştırmalı hukuk esas alınarak yapılan bir çalışmada belirtildiği üzere, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku düzenlemesinde iş kazası, tek basamaklı bir illiyet bağı üzerine temellenmiş ve yürütülen işle meydana gelen kaza arasında herhangi bir ilişkinin bulunması gerekliliği öngörülmemiş iken;¹² İngiltere ve Almanya hukuk sistemleri iki basamaklı bir illiyet bağı çerçevesinde, kazanın da yapılan işle bağlantısını aramaktadırlar.¹³

Nedensellik bağının kurulamadığı hallerde ise iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından sigortalı faydalanamayacaktır. Bu anlamda, işyerinde işvereni ile tartışan ve üzülen işçinin akşam eve gittiğinde kalp krizi geçirip vefatı halinde kalp krizinin işyerinde meydana gelen olaydan kaynaklandığının ispatında yaşanacak zorluk bir başka deyişle zarar ile olay arasında nedensellik bağının kurulmasında yaşanacak ispat sorunu nedeniyle somut olay bakımından iş kazası ve meslek hastalığı sigortasının uygulanması çok zordur. Kalp krizinin işyerinde gerçekleşmesi halinde ise; "Somut uyumsuzlukta, davacı-

¹² Kaza ile yürütülen iş arasında da bağ olmasını arayan görüş için bkz. Can Tuncay/ Ömer Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul 2017, s. 383.

¹³ AslıYılmaz, "Sosyal Güvenlik Hukukunda İş Kazası Kavramı: Kıta Avrupası ve Anglosakson Hukuk Sistemlerinden Birer Örnek İle Türk Hukuku Karşılaştırılması", *Sosyal Güvenlik Dergisi*, Yıl:6, Sayı:11, 2017, s. 107-127, s. 124.

lardan G'nin kocası, diğerlerinin babası olan sigortalının işletme şefi olarak görevlendirildiği, 17.12.2004 tarihinde arazideki elektrik hatlarındaki arızaların giderilip, saat 15.00 sıralarında işyerine dönülmesi sırasında, rahatsızlanarak hastaneye götürüldüğünde geçirdiği kalp krizi sonucu hastaneye ulaştırılmasından önce öldüğü, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından ölüm olayının iş kazası olarak kabul edilmemesi nedeniyle, açılan dava üzerine Ankara 11. İş Mahkemesi'nin 10.04.2008 gün ve 2006/275 E., 2008/219 K. sayılı ilamıyla sigortalının kalp krizi sonucu ölümü olayının iş kazası olduğunun tespitine karar verdiği ve kararın onanarak kesinleştiği, diğer bir ifade ile olayın iş kazası olduğu konusunda uyuşmazlık bulunmadığı anlaşılmıştır¹⁴ içtihadında da görüleceği üzere sosyal güvenlik hukuku anlamında bir iş kazası mevcuttur.

Bununla birlikte bireysel iş hukuku anlamında ise işverenin iş kazası ve meslek hastalığından dolayı hukuki sorumluluğun doğumu için; işçiyi gözetme borcuna aykırı davranması, bir kaza veya hastalığın ortaya çıkması, kaza veya hastalık sonucunda bedensel veya ruhsal bir zarar oluşmasının yanı sıra; görülen iş ve kaza arasında da illiyet bağı kurulması gibi daha ağır şartların olduğu görülecektir.¹⁵ Bir başka söyleyişle bireysel iş hukuku bakımından iş kazalarında hukuki sorumluluk kusura dayalı bir sorumluluk olup iş kazalarından işverenin ve diğer kişilerin sorumluluğuna gidilebilmesi için ilgili kişilerin kusurlu olmaları gerekmektedir.¹⁶ Bu bağlamda işverenin işçiyi gözetme borcu kapsamında gerekli tedbirleri aldığı ve kendisine herhangi bir kusur atfedilemeyecek bir halde meydana gelen kaza sosyal güvenlik hukuku boyutuyla iş kazası olarak nitelenip sigortalıya Kurumca gerekli yardımlar yapılabilecekken bu halde bireysel iş hukuku anlamında işverenin sorumluluğu yoluna gidilmemesi mümkündür.

¹⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Esas: 2012/21-1121, Karar: 2013/386, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>

¹⁵ Ayşe Ledün Akdeniz, "İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Zararlardan Sorumluluğunun Niteliği", *İÜHFM*, C. LXXII, S. 2, 2014, s. 3-29, s. 9.; Ayrıca iş kazalarında hukuki sorumluluğun kaynağı hususunda ayrıntılı bir değerlendirme için bkz., Ali Güzel/Deniz Ugan Çetinkaya, "İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğunun Niteliği ve Sınırları", *Çalışma ve Toplum*, Sayı:34, 2012, 157-188, s. 168 ve devamı.

¹⁶ Mustafa Özen, "İş Kazalarında Hukuki, Cezai ve İdari Sorumluluk", *Ankara Barosu Dergisi* 2015/2, s. 215-254, s. 225; Lütfi İnciroğlu, *İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşçi Ve İşverenin Hukuki ve Cezai Sorumlulukları*, İstanbul 2008, s.95.

Bir başka deyişle sosyal güvenlik hukukunda iş kazası bakımından işverenin sorumluluğu meselesi 5510 sayılı Kanun'un 13. maddesinde sayılan hallerden birinin varlığı halinde sigortadan sağlanan yardımlardan sigortalının yararlanmasını doğrudan etkilememekte, etkisini işçinin sigorta vasıtasıyla karşılanamayan zararları ile sigortalıya ödeme yapan Kurum ile işveren arasındaki rücu ilişkisinde kendisini göstermektedir.

Bu noktada 5510 sayılı Kanun'un 21. ve 22. maddesinin de incelenmesi de gerekmektedir. Söz konusu 21. maddenin ilk fıkrasında, " İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu meydana gelmişse, Kurumca sigortalıya veya hak sahiplerine bu Kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere, Kurumca işverene ödettirilir. İşverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır" hükmüne yer verilmiştir. Aynı maddenin 4. fıkrasında da "İş kazası, meslek hastalığı ve hastalık, üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmişse, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı, zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücu edilir" hükmüne yer verilerek işverenin ve üçüncü kişilerin sorumlulukları halinde Kurum ile işveren ve kurum ile üçüncü kişiler arasında rücu ilişkisi belirlenmiştir.

Takip eden 22. maddede ise "Sigortalının aşağıdaki sayılan nedenlerden dolayı iş kazasına veya meslek hastalığına uğraması, hastalanması, tedavi süresinin uzaması veya iş göremezliğinin artması hallerinde geçici iş göremezlik ödeneği veya sürekli iş göremezlik geliri; a) Ceza sorumluluğu olmayanlar ile kabul edilebilir bir mazereti olanlar hariç, sigortalının iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık nedeniyle hekimin bildirdiği tedbir ve tavsiyelere uymaması sonucu tedavi süresinin uzamasına veya iş göremezlik oranının artmasına, malûl kalmasına neden olması halinde, uzayan tedavi süresi veya artan iş göremezlik oranı esas alınarak dörtte birine kadarı Kurumca eksiltilir. b) Ceza sorumluluğu olmayanlar hariç, ağır kusuru yüzünden iş kazasına uğrayan, meslek hastalığına tutulan veya hastalanan sigortalının

kusur derecesi esas alınarak üçte birine kadarı Kurumca eksiltilir. c) Kasdî bir hareketi yüzünden iş kazasına uğrayan, meslek hastalığına tutulan, hastalanan veya Kurumun yazılı bildirimine rağmen teklif edilen tedaviyi kabul etmeyen sigortalıya, yarısı tutarında ödenir” ifadelerine yer verilerek sigortalının kusuru halinde Kurum ile sigortalılar arasındaki hukuki durumun çerçevesi çizilmiştir.

Görüldüğü üzere 21. maddede iş kazasının işverenin kaçınılmazlık ilkesi de dikkate alınarak iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma borcuna aykırı davranışı ve yine üçüncü bir kişinin kusurlu davranışı neticesinde meydana gelmesi halinde Kurumun rücu hakkına yer verilmiştir. 5510 sayılı Kanun’un 22. maddesinde de sigortalıya atfı kabil kusurun ağırlığına göre sigortalıya yapılacak yardımların azaltılması hususu düzenlenerek sigortalının gerek zarar öncesi ağır kusurlu ve kasti gerekse zarar sonrası kusurlu davranışlarının varlığı halinde bunun kendisine yapılacak yardımlara hangi oranda etki edeceği belirtilmiştir.

III. Koronavirüs Özelinde Salgın Hastalıklara Maruz Kalmanın İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sigortası Açısından Değerlendirilmesi

Dünyamız son yıllarda Sars, Mers, Domuz Gribi ve nihayetinde Koronavirüs (Kovid-19) olmak üzere birçok salgın hastalıkla ve dolaşısıyla sosyal risk ile karşı karşıya kalmaktadır. Bu hastalıkların gösterdiği semptomlar, klinik tabloları, bulaşma hızları itibariyle farklı tezahür etmeleri nedeniyle bir bütün olarak ve tereddütsüz biçimde her salgın hastalığın her koşulda iş kazası ve meslek hastalığı olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Burada yapılması gereken her bir hastalığın tıbbi yapısı ile 5510 sayılı Kanun’da öngörülen iş kazası ve meslek hastalığı hallerinin her bir somut olay bakımından uyuşup uyuşmadığını kontrol etmektir.

Pandemik hastalıklar denilince akla 2009 yılında yine dünyayı etkisi altına alan H1N1 (domuz gribi) ile 2019 yılı sonunda yayılmaya başlayan koronavirüs (Kovid-19) ilk elde akla gelmektedir. Söz konusu durumun dünyada birçok insanın bedenine ve ruhenin zarara uğramasına neden olduğu gözetildiğinde sosyal güvenlik hukuku anlamında hangi hallerde iş kazası ve meslek hastalığı sigortası çerçevesinde sigortalılara destek sağlanacağı hususu irdelenmelidir.

Bu nedenle sosyal güvenlik hukuku anlamında bir olayın iş kazası veya meslek hastalığı sigortası bağlamında iş kazası olarak nitelenebilmesi bakımından 5510 sayılı Kanun'da belirtilen hallerin somut olaya uygunluğunun değerlendirilmesi elzemdir. Pandemi bir hastalığa yakalanan sigortalının iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından faydalanabilmesi bakımından yakalandığı bu hastalığın öncelikle 5510 sayılı Kanun'da öngörülen iş kazası halleri olan "sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen özüre uğratan olayın sigortalının işyerinde bulunduğu sırada, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda, emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında" zahir olması gerekmektedir.

Bu bağlamda Yargıtay'ın işvereni tarafından Ukrayna'ya iş için gönderilen sigortalının yakalandığı domuz gribi vakasını iş kazası olarak değerlendirmesi konuyla ilgili ve yol gösterici bir içtihat niteliği taşımaktadır. Söz konusu kararda "Yasada iş kazası, sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hale getiren olay olarak tanımlandığından, olayın etkilerinin bir süre devam ederek zaman içinde artması ve buna bağlı olarak sonucun daha sonra gerçekleşmesi mümkündür. Yani, iş kazası ani bir olay şeklinde ortaya çıkıp, buna bağlı olarak zarar, derhal gerçekleşebileceği gibi, gazdan zehirlenme olayında olduğu şekilde etkileri daha sonra da ortaya çıkabilir. Sonradan oluşan zarar ile olay arasında uygun illiyet bağı bulunması koşuluyla olay iş kazası kabul edilmelidir. ... Somut olayda, tır şoförü olan davacı murisinin 26.11.2009 tarihinde davalı işveren tarafından Ukrayna'ya sefere gönderildiği, 11.12.2009 tarihinde Türkiye'ye giriş yaptığı, Adli Tıp Kurumu raporunda, H1N1 virüsünün kuluçka süresinin 1-4 gün arasında değiştiği, murisin 13.12.2009 tarihli hastaneye başvurusunda belirttiği şikayetlerin hastalığın başlangıç belirtileri olduğu taktirde hastalığın bulaşmasının bu tarihten 1-4 gün öncesinde gerçekleşmiş olacağının bildirildiği, buna göre davacı murisinin, işveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle Ukrayna'ya yapılan sefer sırasında bulaştığı yukarıda belirtilen rapor kapsamından anlaşılan H1N1 virüsüne bağlı olarak, daha sonra meydana gelen ölümünün iş kazası olarak kabul edilmesi gerektiği açıktır" ifadeleriyle iş nedeniyle başka bir yere görevlendirilen sigortalının kapıldığı bulaşıcı hastalığın iş kazası olarak nitelenmesi gerektiği hükmedilmiştir.

Buna karşılık her salgın hastalığın kuluçka süresi ile gösterdiği klinik tablonun farklılık arz etmesi Yargıtay'ın bahsi geçen kararının salgın hastalıklara yakalanan her sigortalı bakımından doğrudan emsal alınması noktasında zorluklara neden olmaktadır. Nitekim domuz gribi kuluçka süresi 1 ila 4 gün arasında süren ve bu kapsamda kişiye nereden bulaştığı daha kolay tespit edilebilen bir hastalık iken koronavirüs kuluçka süresi 14 güne kadar uzayabilen ve hastaların bir kısmının hiçbir belirti göstermeden bu hastalığa yakalanıp bir başkasına bulaştırma niteliği olan bir hastalık konumundadır.¹⁷

Bu çerçevede bir sigortalının yakalandığı koronavirüs hastalığı ile bu hastalığa yaptığı iş nedeniyle veya işe geliş gidiş sırasında yakalanması arasında nedensellik bağı kurma noktasında ciddi bir ispat zorluğu mevcuttur.¹⁸ Bununla birlikte işyerinde veya işveren tarafından sağlanan taşıtta ya da sigortalının görevlendirildiği iş için birlikte gittiği bir çalışma arkadaşı veya işvereni anlamında pozitif bir vaka var ise bu takdirde (sigortalının ailesi ve diğer temas çevresinde pozitif bir vaka olmaması şartıyla) karine itibarıyla virüsü işi nedeniyle kapıldığı düşünülmektedir kesin bir ispat şartı aranmadan sigortalının iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından yararlandırılması gerektiği düşünülebilir.¹⁹ Aynı şekilde her yıl karşılaşılan grip salgını bakımından da gribe neden olan virüse 5510 sayılı Kanun'un 13. maddesinde belirtilen mekan ve zaman içerisinde yakalandığı saptanabiliyorsa ve bu virüs kişiyi işini icra edemeyecek şekilde bedensel bir zarara uğratiyorsa bu kişilerin de iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından yararlandırıl-

¹⁷ Stephen/Kyra/Forrest/Zheng/Hannah/ Andrew/ Nicholas/Justin, "The Incubation Period of Coronavirus Disease 2019 (COVID-19) From Publicly Reported Confirmed Cases: Estimation and Application (2020)" *Annals of Internal Medicine*, s. 1-5, s. 1.

¹⁸ İspat güçlüğü nedeniyle koronavirüsün iş kazası sayılmasının güçlüğü hakkındaki görüş için bkz. , Levent Akın, "Covid-19'un İş İlişkilerine Olası Etkileri", *Çimento İşveren Dergisi*, Mayıs 2020, s.16-71, s. 24.

¹⁹ Kaza ile zarar arasında koronavirüs için de kesin bir ispat aranması gerektiği aksi halde iş kazası olarak kabul edilemeyeceği ve yine koronavirüs salgınının meslek hastalığı olarak değerlendirilemeyeceği görüşü için bkz., Sabahattin Yürekli, "Çalışma Hayatında Koronavirüs (COVID-19) Salgınunun Etkileri", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, COVID-19 Hukuk Özel Sayısı, 2020, 34-61, s. 45. İşyerinde enfekte olan işçinin bu enfeksiyonu tartışmasız bir biçimde iş kazası olduğu görüşü için bkz. , Ufuk Aydın, "Covid-19 Pandemisi; İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Alanında Yarattığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Yıl 6 Sayı 2 - Aralık 2020 (181-214), s. 202.

ması düşünülebilecektir. Bu noktada akla gelen bir soru da sigortalının metrobüs, metro, dolmuş, otobüs gibi bir toplu taşıma aracı ile işine gidiş gelişi sırasında yakalandığını düşündüğü virüs nedeniyle hastalanması halinin bir iş kazası olup olmayacağıdır. Metrobüs, metro, dolmuş, otobüs gibi taşıtların işverence sağlanan bir taşıt niteliğini taşımamaları ve de bu virüse o ortamda yakalandığının ispat güçlüğü nedeniyle bu soruya verilecek yanıtımız olumsuz olacaktır. İş kazası veya meslek hastalığı sigortası bağlamında meslek hastalığı olarak koronavirüsün değerlendirilmesi bakımından ise özellikle meslekleri gereği bu virüsle enfekte olma riskleri yoğun olan sağlık çalışanları gibi bir takım meslek grubunda çalışanlar için işin yürütümü, riskin oluşumu ve oluşan zarar bir bütün olarak değerlendirildiğinde meslek hastalığı olarak değerlendirmenin akla gelebileceği kanaatindeyiz.²⁰

Kovid-19 nedeniyle hastalanan bir çalışanın bu durumun iş kazası veya meslek hastalığı olarak değerlendirilmesi bakımından diğer ülke uygulamalarında olumlu adımlar atıldığı görülmektedir. Bu bağlamda işyerinde veya yapılan bir işle ilgili olarak bir işçinin Kovid-19 virüsünü alması halinde bu durum İtalyan Ulusal İş Kazası Sigortası Kurumu tarafından iş kazası olarak kabul edilmiş; doktor, hemşire gibi halk sağlığının korunmasında görevli olanlar bakımından da yapılan iş ile hastalık arasındaki neden-sonuç ilişkisinin varlığının kendiliğinden kabul edileceği belirtilerek bu çalışanları sigorta kapsamına almıştır.²¹ Avusturya'da ise Kovid-19, 1950 tarihli Salgın Kanunu'nun kapsamına alınarak meslek hastalığı olarak kabul görmüştür.²²

²⁰ Ülkemiz bakımından, COVID-19'un işin yürütümü ve yoğun oranda mesleki risk ile ilgili olduğu gözetildiğinde sağlık çalışanları açısından COVID-19'a maruz kalmanın iş kazası olarak değil de meslek hastalığı olarak incelenmesi daha yerinde olacağı görüşü ve konunun sağlık çalışanları açısından ayrıntılı incelemesi için bkz. , Alptekin Burak Boydak, "Sağlık Çalışanlarının "Covid-19" Karşısında Hukukun Korunması", *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi*, 2020;28(3):415-20. Ayrıca çalışanlar bakımından koronavirüse yakalanmanın iş kazası mı yoksa meslek hastalığı olarak değerlendirilmesi gerektiğine yönelik öğretideki bir kısım tartışmalar için bkz , Seda Arslan Durmuş, "Covid 19'un İş Kazası ve Meslek Hastalığı Olarak Değerlendirilmesi", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 78 (2), 363-393, s. 387 ve aynı sayfada belirtilen kaynaklar.

²¹ <https://ww1.issa.int/news/can-covid-19-be-considered-occupational-disease> (Erişim: 30.11.2022).

²² https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_741360.pdf (Erişim: 30.11.2022).

Ülkemizdeki durum açısından COVID-19'un "iş kazası" veya "meslek hastalığı" olarak kabul edilmesinin, aslında yararlanmaya ilişkin haklar konusunda bir farka

Kanada’da somut olayın özellikleri saklı kalmak üzere, eğer bir işçi yaptığı iş niteliği itibarıyla enfeksiyon kaynağına maruz kalma açısından yüksek bir risk taşıyorsa ve daha sonra bu nedenle Covid-19’a yakalanmış ise bu durum meslek hastalığı olarak değerlendirilip işçiye tazminat ödenmesi kabul edilmektedir; yine Belçika’da laboratuvar testi ile onaylı Covid-19’a yakalananlar için, sağlık sektöründe virüs bulaşma riski ile yoğun bir şekilde işini icra eden bir kısım sağlık personelinin; kirlenmiş ekipman veya binaların bakımı temizliği için çalışanlar da dahil olmak üzere Federal Mesleki Risk Kurumu tarafından meslek hastalığı sayılmasına karar verilmiştir.²³

Malezya’da ise Covid-19 ile yaptıkları işin doğası gereği doğrudan maruz kalma durumu bulunan çalışanlar bakımından meslek hastalığı olarak kabul edilmiş benzer şekilde Almanya’da da sağlık çalışanları gibi nüfusun diğer kesimine göre hastalıkla enfekte olma riski yüksek bir takım meslek grupları bakımından meslek hastalığı olarak durumun değerlendirilmesi kabul edilmiştir.²⁴

Sigortalının salgın hastalığa yakalanması halinde bu halden işverenin, üçüncü kişilerin ve sigortalının sosyal güvenlik hukuku anlamında sorumlulukları boyutu da ayrıca değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır. Salgın hastalık kapsamında iş kazasının vukuu halinde işverenin sorumluluğunun tespitinde iş sağlığı ve güvenliği hükümleri önemli rol oynayacaktır. 6331 sayılı Kanun’un 5. maddesinde işverene risklerden kaçınmak için “teknoloji, iş organizasyonu, çalışma şartları, sosyal ilişkiler ve çalışma ortamı ile ilgili faktörlerin etkilerini kapsayan tutarlı ve genel bir önleme politikası geliştirmek” yükümlülüğü yüklenildiği gözetildiğinde bir işverenin koronavirüs riskine karşı işyerinde çalışma ortamının hijyeninin sağlanması, işin yürütümünde sosyal mesafeyi koruyucu tedbirler alması ve yine çalışma modelleri içinde mümkünse uzaktan veya esnek çalışma modellerini yerine getirmemesi nedeniyle sigortalının iş kazasına uğraması nede-

neden olmadığı, tartışmanın akademik boyutta kalacağı noktasında ayrıntılı bilgi için bkz., Seda Arslan Durmuş, “Covid 19’un İş Kazası ve Meslek Hastalığı Olarak Değerlendirilmesi”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 78 (2), 363-393, s. 387.

²³ https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_741360.pdf (Erişim: 30.11.2022).

²⁴ Abdulsamet Sandal/ Ali N. Yıldız, “COVID-19 as a Recognized WorkRelated Disease: The Current Situation Worldwide”, *Safety and Health at Work*, 2021

niyle Kurumca sigortalıya ödenen tutara rücuen katlanması gerektiği düşünülebilecektir.

Bu noktada işverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesinin de değerlendirilmesi gerekmektedir. Kaçınılmazlık, olayın meydana geldiği tarihte geçerli bilimsel ve teknik kurallar gereğince alınacak bütün önlemlere rağmen iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesi durumudur; işveren alınması gerekli bir önlemi almamış ise olayın kaçınılmazlığından söz edilemez (Sosyal Sigorta İşleri Yönetmeliği Madde 45/3). Kaçınılmazlık ilkesi bağlamında ise işveren iş sağlığı ve güvenliği ve geniş anlamda işçiyi gözetme borcu bakımından tüm önlemleri almasına karşılık zararlandırıcı sonuç meydana gelmişse bu takdirde sigortalıya ödemeyi yapan Kurum tarafından işverenle olan rücu ilişkisinde bu husus hâkim tarafından gözönüne alınacaktır.²⁵

Yüksek Mahkeme'ye yansıyan bir uyuşmazlıkta ise Yüksek Mahkeme; "Davanın yasal dayanağı olan 5510 sayılı Kanun'un 21. maddesinde; "...İşverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır" cümlesi gereğince, iş kazalarında ilgililerin kusur durumları belirlenirken kaçınılmazlığın da göz önünde bulundurulması ve belirlenen kaçınılmazlık payından işverenin sorumlu tutulmaması gerekmektedir. Kaçınılmazlık olgusundan ise, işçi sağlığı ve iş güvenliği konusunda geçerli mevzuat hükümleri çerçevesinde, doğabilecek olası zararlı sonuçların önlenmesi yönünde, duruma ve koşullara göre ilgililerden beklenebilecek tüm özenli ve dikkatli çabaya karşın sigortalıyı bedence veya ruhça arızaya uğratan iş kazasının meydana gelmesi durumunda söz edilebilir. Günümüz teknolojisinde birtakım olayların sonuçlarının kısmen kaçınılmazlık/kötü rastlantılarla açıklanması, alınabilecek önlemler düşünüldüğünde olanaksızdır. Kaçınılmazlık/kötü rastlantı olarak adlandırılan olguların birçoğunun temelinde insan yanılğı ve savsamaları, özen eksikliği bulunduğu bir gerçektir.... Mevzuat hükümlerince öngörülmemesine karşın, alınması gerekli başkaca bir tedbir varsa, bunların da tespiti zorunluluğu açık-

²⁵ Ali Güzel/Rıza Okur/Nurşen Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2018, s. 403; Bu konuda ayrıntılı bilgi için O. Ersun Civan, "İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Rücu Hakkının Hukuki Niteliği ve Sosyal Güvenlik Kurumu Karşısında Sorumluluğun Koşulları", *AÜHFD*, 64 (3), 2015, s. 1015-1070. s. 558.

tır. Anılan önlemlerin işverence tam olarak alınıp alınmadığı (=işverenin koruma tedbiri alma ödevi), alınmamışsa zararın bundan doğup doğmadığı, duruma işçinin önlemlere uymamasının etkili bulunup bulunmadığı (=işçinin tedbirlere uyma yükümlülüğü) ve bu doğrultuda tarafların kusur oranı belirlenecektir. ... İşverenlerce, iş güvenliği açısından yaşamsal öneme sahip bulunan araç ve gereçlerin sigortalılar tarafından kullanılması sağlandığında, kazalanma olasılığının tamamen ortadan kaldırılabileceği de yadsınamaz bir gerçektir. Bu açıklamalar ışığı altında inceleme konusu dava değerlendirildiğinde; kazanın sebebi arına yeteri kadar kapak yapılmamasıdır. Yani somut olayda alınması gereken tüm tedbirler alınmış değildir. Kaçınılmazlık olgusunun var olabilmesi için öncelikle tüm tedbirler alınmalı, buna rağmen beklenmedik olaylar nedeniyle kaza meydana gelmelidir. Kaçınılmazlık olgusunun bulunmadığı gözetilerek kusur oranları yönünden raporlar arasındaki çelişki giderilmek üzere yeniden heyet raporu alınmalıdır”²⁶ içtihadına vararak kaçınılmazlık ilkesine ilişkin ilkeler de belirlemiştir. Dolayısıyla kaçınılmazlık ilkesi açısından bir değerlendirme yaparken Yargıtay içtihadının da göz önünde tutulması gerekmektedir.

Yine aynı şekilde işin yürütümü esnasında üçüncü bir kişinin koronavirüsü önleme tedbirlerine aykırı davranışı nedeniyle virüs kendisinden sigortalıya bulaşmış ise bu takdirde de bu üçüncü kişi ile bu kişiyi çalıştıran kişinin Kuruma karşı rücuen tazminat sorumluluğu doğabilecektir. Sigortalı bakımından da hekiminin tavsiyelerine uymayarak (kendini karantinaya almamak, hijyen ve sosyal mesafe kurallarına uymamak vb.) uğradığı zararın artmasına bizatihi neden olmuşsa iş kazası ve meslek hastalığı sigortası bağlamında yapılan yardımların azaltılması yoluna gidilebilecektir.

SONUÇ:

Toplumu ekonomik açıdan ve sağlık yönünden ciddi şekilde etkileyen sosyal risklere karşı koruma sağlayan sigorta kollarından biri olan iş kazası ve meslek hastalığı sigortasının salgın hastalıklar gibi önemli olaylar karşısında işlerliği sağlamak gerekmektedir. Her ne ka-

²⁶ Yargıtay 10. H.D., 28.12.2017, 2017/9402 K., <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>

dar kimi salgın hastalıkların gösterdiği kuluçka süresi gibi tıbbi özellikler bağlamında kişinin bu salgın hastalığa hangi şekilde yakalandığının tespiti ve ispatı noktasında zorluklar mevcut olsa da hukuk düzeninin bu sorunun çözümü noktasında sigortalıyı koruyucu bir yaklaşım içerisinde olması esastır.

Tüm dünyayı etkileyen bu salgında, dünyadaki hukuk uygulamalarına bakıldığında koruyucu yaklaşım noktasında uygulama birliğinin sağlanmadığı görülmektedir. Kimi ülkeler Kovid-19 virüsü nedeniyle hastalanan çalışanlarını koruyucu bir adım henüz atmazken kimi ülkeler salt doktor hemşire gibi bazı meslek gruplarında çalışan sigortalılar bakımından Kovid-19'u meslek hastalığı olarak değerlendirmiştir. Bir diğer ülkeler ise meslek ayrımı yapmaksızın işyerinde veya yapılan işle bağlantılı olarak bu hastalığa yakalanması olgusunu iş kazası olarak kabul etme yoluna gitmişlerdir. Bu bağlamda işyerinde veya yapılan bir işle ilgili olarak bir işçinin Kovid-19 virüsünü alması halinde bu durum kimi ülkelerde iş kazası veya meslek hastalığı olarak kabul edilmiş, kimilerinde ise şu aşamada sağlık çalışanları açısından meslek hastalığı olarak değerlendirilmiştir. Bu durumun somut olayın özelliklerine de bağlı olmak üzere ülkemizde de yasa koyucu ve uygulayıcılar açısından emsal olarak değer görmesi hukuken yerinde olacaktır.

Kovid-19'un bir insanda hiçbir belirti göstermeden taşınması ve bir başka insana da kolayca bulaşması sigortalının bu virüsü nereden aldığı noktasında ciddi bir ispat sorunuyla karşı karşıya bırakmaktadır. Bu noktada kanaatimce ülkemizde yapılması gereken hastalığın bulaşması bakımından yüksek risk grubunda olan ve her gün yüzlerce insanla temas eden sağlık çalışanları gibi bir takım meslek grupları bakımından yapılan işle uğranılan zarar arasındaki illiyet bağının kendiliğinden var olduğu kabul edilip bu kişilerin bu hastalığa yakalanmaları halinde iş kazası ve meslek sigortasından sağlanan yardımlardan faydalanmalarının sağlanmasıdır.

Diğer meslek grupları içerisinde olan ve koronavirüse yakalanan bir sigortalının ailesinde ve yakın temas çevresinde bu hastalığa daha önce yakalanan biri olmaması (sigortalının bu hastalığı bu kişilerden aldığı noktasında kuvvetli şüphe olmaması) halinde 5510 sayılı Kanun'un 13. maddesinde sayılan hallerden birinin varlığı içerisinde

kişinin temas ettiği çevrede pozitif bir Kovid 19 vakasının da bulunması durumunda sigortalı işçinin bu hastalığa yakalanması hali iş kazası olarak nitelenmesi somut olayın özellikleri de göze alınarak düşünülebilecektir. Bu çözüm sosyal güvenlik hukuku ilkelerine ve sigortalıyı sosyal risklere karşı koruma amacına uygun olan çözüm yoludur.

İş kazası ve meslek hastalığı sigortası kapsamında Kurumun sigortalıya ödeme yapması halinde işverene ve üçüncü kişilere karşı rücu ilişkisinde de işverenin ve üçüncü kişilerin Kovid 19 salgınına karşı Sağlık Bakanlığı'nun ve diğer merciler ile İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun öngördüğü koruma tedbirlerini alıp almadığı belirleyici rol oynayacaktır.

Kaynakça

Kitaplar

- Güzel Ali /Okur Rıza/ Caniklioğlu Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2018.
- İnciroğlu Lütfi, İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşçi ve İşverenin Hukuki Ve Cezai Sorumlulukları, İstanbul 2008.
- Kanbur Savaş, İş Kazası ve Meslek Hastalıkları Tespit Süreci, Ankara 2018.
- Sümer H. Hadi, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Ankara 2017.
- Topaloğlu Siddık/Çinkı Faruk, İş Kazası ve Meslek Hastalığı Haklar Yardımlar Yükümlülükler Tazminat ve Ceza Sorumlulukları, Ankara 2014.
- Tuncay Can/Ekmekçi Ömer, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul 2017.

Makaleler

- Akdeniz Ayşe Ledün, "İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Zararlar- dan Sorumluluğunun Niteliği", *İÜHFM C. LXXII, S. 2, 2014, s. 3-29.*
- Akın Levent, "Covid-19'un İş İlişkilerine Olası Etkileri", *Çimento İşveren Dergisi, Mayıs 2020, s.16-71.*
- Arslan Durmuş Seda, "Covid 19'un İş Kazası ve Meslek Hastalığı Olarak Değerlendirilmesi", *İstanbul Hukuk Mecmuası, 78 (2), 363-393.*
- Aydın Ufuk, Covid-19 Pandemisi; İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Alanında Yarattığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul Aydın Üniversitesi *Hukuk Fakültesi Dergisi Yıl 6 Sayı 2- Aralık 2020 (181-214)*
- Baloğlu Cem, "İşverenin İş Kazalarından Doğan Hukuki Sorumluluğu", *Kamu İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C:13, S:3, 2015, s. 107-123.*
- Boydak Alptekin Burak, "Sağlık Çalışanlarının "Covid-19" Karşısında Hukuken Korunması", *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi, 2020;28(3):415-20.*
- Civan O. Ersun: "İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Rücu Hakkının Hukuki Niteliği ve Sosyal Güvenlik Kurumu Karşısında Sorumluluğun Koşulları", *AÜHFD, 64 (3), 2015, s. 1015-1070.*

- Güzel, Ali/Ugan Çetinkaya, Deniz, "İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğunun Niteliği ve Sınırları", *Çalışma ve Toplum*, Sayı:34, 2012, 157-188.
- Kol Emre/Topgöl Seda, COVID-19 Pandemisinin Sağlık Çalışanları Açısından İş Kazası ve Meslek Hastalığı Olarak Değerlendirilmesi, *Enderun Dergisi*, C. 5, S. 2, 2021
- Mil H. İbrahim/Güvercin Ali, "İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sigortasının Meslek Hastalığı Boyutunun Analizi", *Uşak Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 9/3,2016, s. 82-100.
- Oğuz Özgür, "İş Kazası ve Meslek Hastalıklarında Kurumun İşverene Rücu Hakkı", *TBB Dergisi* (140), 2019, s. 393-424.
- Özen Mustafa, "İş Kazalarında Hukuki, Cezaî ve İdari Sorumluluk", *Ankara Barosu Dergisi* 2015/2, s. 215-254.
- Özyürür Şerafettin/Kocakaya Özgür, "5510 sayılı Kanun'un 21/1. maddesi Uyarınca İş Kazası ve Meslek Hastalığında Kaçınılmazlık İlkesi", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S:41, 2019, s. 62-87.
- Sandal Abdulsamet/Yıldız Ali N., "COVID-19 as a Recognized WorkRelated Disease: The Current Situation Worldwide", *Safety and Health at Work*, 2021
- Stephen A. L./Kyra H. G./Qifang, Bi/Forrest/K. J, Qulu, Z., Hannah R. M., Andrew/S. Azman/Nicholas G. R./Justin L., "The Incubation Period of Coronavirus Disease 2019 (COVID-19) From Publicly Reported Confirmed Cases: Estimation and Application (2020)" *Annals of Internal Medicine*, s. 1-5.
- Yener Mehmet Zahid, "COVID-19 Salgınının İş Kazası ve Meslek Hastalığı Bakımından Değerlendirilmesi" Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu Bildiri Tam Metin Kitabı, İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, 2020, 108-117
- Yılmaz Aslı, "Sosyal Güvenlik Hukukunda İş Kazası Kavramı: Kıta Avrupası ve Anglosakson Hukuk Sistemlerinden Birer Örnek ile Türk Hukuku Karşılaştırılması", *Sosyal Güvençe Dergisi*, Yıl: 6, Sayı: 11, 2017, s. 107-127.
- Yürekli Sabahattin, "Çalışma Hayatında Koronavirüs (COVID-19) Salgınının Etkileri", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, COVID-19 Hukuk Özel Sayısı, 2020, 34-61

İntertaktif Kaynaklar

<https://ww1.issa.int/news/can-covid-19-be-considered-occupational-disease>

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_741360.pdf

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>

<http://www.yargitay.gov.tr>

FUTBOLDA HAKEM HATASI VE KURAL HATASI

REFEREE'S ERROR AND VIOLATION OF A RULE IN FOOTBALL

Murat BALCI*
Sinem TURAN**

Özet: Bu çalışmada öncelikle hakemin yanlış bir kanaat kullanmak suretiyle vermiş olduğu kararlar ile bir kuralın uygulanmaması veya yanlış uygulanması durumunda vermiş olduğu kararların nitelendirilmesi yapılarak hakem hatası ve kural hatası kavramları açıklanacak, akabinde bu iki kavramın hukuki sonuçları ele alınarak, örnek olarak ulusal ve uluslararası otoritelerin bu konuda vermiş olduğu kararlar incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Futbol, Hakem Hatası, Kural Hatası, Tahkim Kurulu

Abstract: In this study, the decisions made by the referee using a wrong opinion and the decisions made in case a rule is not applied or applied incorrectly will be described and the concepts of referee error and violation of rule will be explained first. The legal consequences of these two concepts will be discussed and the decisions made by national and international authorities on this matter will be examined.

Keywords: Football, Referee's Error, Violation of a Rule, Arbitration Board

* Prof. Dr., FSMVÜ Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Anabilim Dalı, mbalci@fsm.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8506-7911

** Av., İstanbul Medeniyet Üniversitesi Doktora Öğrencisi, turansinem@outlook.com, ORCID: 0000-0002-5319-7228, Makalenin Gönderim Tarihi: 26.10.2022, Kabul Tarihi: 01.02.2023

Giriş

İlk evrensel futbol kuralları 1863 ve 1886'da hazırlanmış olup, Uluslararası Futbol Birliği Kurulu (International Football Association Board) ("IFAB"), dört Britanya Futbol federasyonu (İngiltere Futbol Federasyonu, İskoçya Futbol Federasyonu, Galler Futbol Federasyonu ve İrlanda Futbol Federasyonu) tarafından Futbol Oyun Kurallarını tek başına geliştirme ve koruma yetkisine sahip dünya çapında bir organizasyon olarak kurulmuş ve FIFA, 1913'te IFAB'a katılmıştır. Günümüzde IFAB, her biri bir oya sahip dört İngiliz futbol federasyonundan (İngiltere, İskoçya, Galler ve Kuzey İrlanda) ve diğer 207 ulusal federasyonu kapsayan ve dört oya sahip FIFA'dan oluşur. Bu şekilde, beş organın tümü, futbolun geleneklerine ve uluslararası gerçekliğine saygı duyarak kuralların korunmasını sağlar.¹ IFAB'ın organları Genel Kurul, Yönetim Kurulu, Teknik Alt Komite, Futbol Danışma Paneli, Teknik Danışma Paneli, Yönetici Destek Ofisi ve IFAB Sekreteryası ve Bağımsız denetçilerdir.² Futbol Danışma Paneli ve Teknik Danışma Paneli, karar verme sürecinde IFAB'ın Teknik Alt Komitesini destekleyen eski oyuncular ve hakemler gibi futbol dünyasından deneyimli üyelerden oluşur. Kurallarda yapılacak fiili değişiklikler, yalnızca IFAB'ın kilit temsilcilerinden oluşan ve normalde her Şubat veya Mart ayında alternatifli olarak İngiltere, İskoçya, Galler veya Kuzey İrlanda'da veya FIFA tarafından FIFA Dünya Kupası yıllarında kararlaştırılan diğer yerlerde düzenlenen Genel Kurul'un yer aldığı Yıllık Genel Kurullar sırasında takdim edilebilir.³ Teknik Alt Komite, Oyun Kuralları'ndaki olası değişiklikleri ve ilgili tüm hususları dikkate almaktan ve değerlendirmekten ve Oyun Kuralları'nın ve bunların yorumlanması/uygulanmasıyla ilgili sorulara yanıt vermekten sorumlu organdır. Teknik Alt Komite, dört İngiliz federasyonu, FIFA ve IFAB tarafından atanan teknik futbol uzmanlarından oluşur.⁴ Herhangi bir futbol federasyonu, önerileri veya önerilen değişiklikleri, deneme taleplerini ve tartışılmak üzere diğer maddeleri en geç 1 Kasım'a kadar yazılı olarak IFAB Sekreterine ileterek, IFAB tarafından değerlendiril-

¹ <https://www.theifab.com/organisation/>; IFAB tarafından bir önerenin kabul edilmesi için dörtte üç çoğunluk gerekir.

² <https://downloads.theifab.com/downloads/ifab-statutes?l=en>

³ <https://www.theifab.com/organisation/>

⁴ <https://downloads.theifab.com/downloads/ifab-statutes?l=en>

mek üzere Oyun Kuralları ile ilgili bir teklif veya tavsiyede bulunabilir. Daha sonra, bu maddeler IFAB'ın teknik uzmanları tarafından değerlendirilir ve akabinde ya Yıllık Genel Kurul'da onaya sunulabilir. Genel Kurul'da onaylandıktan sonra, Oyun Kuralları'nda yapılacak değişiklikler, aksi belirtilmedikçe ve bildirilmedikçe 1 Temmuz'da yürürlüğe girer.⁵ Dolayısıyla IFAB, futbolun Oyun Kuralları için evrensel karar alma organıdır. Amacı, FIFA tarafından denetlenen ve FIFA, konfederasyonlar ve/veya ulusal futbol federasyonları tarafından düzenlenen federasyon futbolu kapsamında geçerli olduğu şekilde Oyun Kuralları'nı korumak, derlemek ve değiştirmektir. Buna, Oyun Kuralları'nın dünya çapında tek tip olarak uygulanmasının ve buna göre izlenmesinin ve organize futbolun tutarlı bir şekilde uygulanmasının sağlanması da dahildir. Yalnızca IFAB, Oyun Kuralları'nı koyabilir ve değiştirebilir ve FIFA'nın her üye federasyonu ile konfederasyonları ve bunlara doğrudan veya dolaylı olarak bağlı olan herhangi bir lig, kulüp veya diğer gruplar, IFAB tarafından düzenlenen Oyun Kuralları'na uygun olarak federasyon futbolu oynayabilir.⁶ IFAB tarafından düzenlenen Oyun Kuralları kapsamında Kural 5 aynen: *"Her maç, maç ile ilgili Oyun Kurallarını uygulamada tam yetkili bir hakem tarafından yönetilir"* şeklindedir.⁷ Hakemler, müsabaka öncesi, sırası ve sonrasında sportif faaliyetlerin, düzenlenen Oyun Kuralları'na uygun olarak gerçekleşmesini denetleyen, müsabaka sırasında gerçekleşen spor sorunlarına ilk müdahalede bulunarak sportif sorunları çözüme kavuşturan ve bu özelliğiyle spor hukukunun uygulanmasında ilk basamağı oluşturan unsurdur.⁸ Hakem, spor karşılaşmaları ve yarışları sayı, zaman, yer, durum saptaması, beceri ve teknik değerlendirme görevleri çerçevesinde, kurallara uygun ve tarafsız olarak yönetmekte olup hakemin oyunla ilgili verdiği kararlarına ve tespitlerine uyulması zorunludur.⁹ Bir spor müsabakasının Oyun Kuralları ve fairplay ilkeleri çerçevesinde oynanması adına, kural olarak, hakem kararları değiştirilemez. Bu kapsamda çalışmamızda öncelikle hakemin yanlış

⁵ <https://downloads.theifab.com/downloads/ifab-statutes?l=en>

⁶ <https://downloads.theifab.com/downloads/ifab-statutes?l=en>

⁷ The International Football Association Board (IFAB) Oyun Kuralları 2021/2022.

⁸ Turgay Erkekli, Spor Hukukunda Tahkim ve Uluslararası Tahkim Mahkemesi (C.A.S.) Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep 2017, s. 9.

⁹ Ercan Karaoğlu, Spor Hukuku'nun Temel Kavramları ve Sportif Alanda Doğabilecek Hukuki İhtilaflar, Ankara 2017, s. 26.

bir kanaat kullanmak suretiyle vermiş olduğu kararlar ile bir kuralın uygulanmaması veya yanlış uygulanması durumunda vermiş olduğu kararların nitelendirilmesi yapılarak hakem hatası ve kural hatası kavramları açıklanacak, akabinde bu iki kavramın hukuki sonuçları ele alınarak, örnek olarak ulusal ve uluslararası otoritelerin bu konuda vermiş olduğu kararlar incelenecektir.

A. Kural Hatası Kavramı

Kural hatası, hakemin müsabakadaki bir pozisyon sonrasında uygulaması gereken oyun kuralını uygulamamış veya uygulaması gerekenden farklı bir oyun kuralını uygulamış olmasıdır. Başka bir deyişle, maçta yaşanan bir olayda prosedürün yanlış uygulanmasıdır. Bu durum özellikle bir ihlal nedeniyle maç durdurulduktan sonra maçın yeniden başlaması sırasında oluşur. Kural hatasından bahsedebilmek için hakemin pozisyonu doğru görmüş, sorunu doğru tespit etmiş fakat yanlış bir kuralı uygulamış ya da doğru kuralı yanlış bir şekilde uygulamış olması gereklidir.

B. Kural Hatasının Koşulları

Kural hatasından söz edilebilmesi için iki koşulun birlikte var olması gerekir. Bu koşullardan ilki, hakemin uygulaması gereken oyun kuralını uygulamamış ya da söz konusu ihlale uygulanması gerekenden farklı bir oyun kuralı uygulamış olmasıdır. İkinci koşul ise, hakemin bu durumu hazırladığı raporunda ikrar etmesidir.

İlk koşula ilişkin olarak örnek vermek gerekirse, daha önce oyun içerisinde sarı kart görmüş bir oyuncunun ikinci kez sarı kart gördükten sonra oyundan ihraç edilmemesi bir kural hatasıdır. Zira Oyun Kuralları'na göre oyuncu bir maçta ikinci kez sarı kart görürse bu artık kırmızı karta dönüşür ve oyuncunun maçı ihraç edilmesi gerekir. Eğer hakem oyuncuya ikinci sarı kartı göstermek için oyunu durdurduktan sonra oyuncuyu kırmızı kart göstererek oyundan ihraç etmez ve oyuncu hala sahadayken maçı tekrar başlatırsa, kural hatasının ilk şartı gerçekleşmiş olur. Bu durumda hakem Oyun Kuralları'na göre uygulanması gereken bir kuralı uygulamamış olacaktır.

Kural hatasının gerçekleşmesi için ikinci koşul ise, hakemin bu durumu hazırladığı raporunda ikrar etmesidir. Zira hakem raporla-

rı yüksek ispat standardına sahip olup Türkiye Futbol Federasyonu Disiplin Talimatı'nın 76. maddesinde, "Müsabaka görevlilerinin raporlarında bulunan hususlar aksi ispat edilmediği sürece doğru kabul edilir" şeklinde düzenlenmiştir. Bu nedenle diğer deliller ne gösterirse gösterebilir, aksi ispatlanmadığı sürece, hakem raporlarında yazılanlar doğru kabul edilmektedir.

C. Kural Hatasının Değerlendirilmesi

TFF Futbol Müsabaka Talimatı'nın 30. maddesi uyarınca, "Amatör müsabakalarda, Uluslararası Futbol Oyun Kurallarına aykırı hareket edilmesinden doğan bir duruma karşı yapılacak itirazların yazılı olarak ve müsabakanın sona ermesinden itibaren 72 saat içerisinde Merkez Hakem Kurulu'na iletilmek üzere, İl Hakem Kurulu'na verilmesi zorunludur. Profesyonel müsabakalar nedeniyle yapılacak itirazlar aynı süre içerisinde itiraz harcının yatırıldığına dair makbuzu ile birlikte Merkez Hakem Kurulu'na iletilmek üzere TFF Başkanlığı'na yapılır. Merkez Hakem Kurulu, yapılan itiraz üzerine incelemesini yaparak tavsiye kararını TFF Yönetim Kurulu onayına sunar. TFF Yönetim Kurulu'nun verdiği karara karşı, kararın tebliğinden itibaren 7 gün içerisinde itiraz harcı makbuzu ile birlikte Tahkim Kurulu'na başvurulabilir". Anılan madde uyarınca somut olay özelinde kural hatası olup olmadığına ilişkin değerlendirme yapma yetkisi TFF Yönetim Kurulu'na aittir. Bu husus TFF Tahkim Kurulu'nun 24.02.2021 tarihli, 2021/88 E. ve 2021/ 71 K. sayılı kararında, "İstanbul Spor AŞ'nin futbolcusu Eduart Rroca ile ilgili PFDK'nın 23.02.2021 tarihli E.2020-2021/716- K.2020-2021/889 sayılı kararına itirazı incelendi. Yapılan müzakere neticesinde; İstanbul Spor AŞ'nin futbolcusu Eduart Rroca hakkında müsabakada daha önce müsabakada sarı kartı olmamasına rağmen, 2. sarı kart ile oyundan ihraç edildiği ileri sürülerek müsabakada görmüş olduğu kırmızı kart ve cezai uygulamalarının kaldırılmasına ilişkin talebinin incelenmesi neticesinde; müsabaka hakemlerinin adı geçen sporcunun şiddetli hareketi nedeniyle ve direkt kırmızı kart ile ihraç edildiği yönündeki raporları ve incelenen görüntüler ile somut olayda "şahısta hata hali" bulunmadığından FDT'nin 86/2. ve 86/3. maddeleri uyarınca PFDK kararında usul ve esas bakımından bir isabetsizlik bulunmadığı anlaşıldığından talebin reddine, iddiaya konu hususun "kural hatası" olup olmadığını değerlendirme yetkisi TFF Yönetim Kurulu'na ait olduğundan, bu hususla ilgili bu aşamada bir değerlendirme yapılmamasına" denilmek suretiyle de ifade edilmiştir.

Kural hatası sebebiyle tekrarlanan bir maça örnek olarak, 2003-2004 sezonunda, 8 Kasım 2003 tarihinde, Fenerbahçe Şükrü Saracoğlu Stadı'nda oynanan ve 1-1 sonuçlanan Fenerbahçe-Çaykur Rizespor maçı verilebilir. Söz konusu maça hakemin, 86. dakikada 2. sarı kartı gösterdiği Çaykur Rizespor'lu futbolcuya kırmızı kart göstermemesi nedeniyle oluşan kural hatası sonucunda karşılaşmanın tekrarına karar verilmiştir. Bunun sonucunda 18 Ocak 2004 tarihinde maç tekrarlanmış ve yapılan tekrar maçını Fenerbahçe 4-1 kazanmıştır.

D. Hakem Hatası Kavramı

Hakem hatası kavramı, hakemin kendi takdir yetkisini kullanarak verdiği bir kararın hatalı olması ve buna rağmen oyunun bu karara göre oynatılması anlamına gelmektedir. Başka bir deyişle, hakem hatası hakemin pozisyonu yanlış gördüğü için hata yapmasıdır. Örneğin, top A takımı oyuncusundan çıkmasına rağmen hakem B takımı oyuncusundan çıkmış gibi gördüğü için topu tekrar A takımına vermiştir. Böyle bir durumda herhangi bir kural hatası değil, hakemin kullandığı takdir yetkisinden kaynaklanan bir hata vardır, fakat duruma ilişkin uygulanması gereken oyun kuralının uygulanmamasına ilişkin bir ihlal yoktur. Dolayısıyla bu durumlar hakem hatası olarak nitelendirilir ve sonuçları da bu nitelendirme kapsamında tespit edilir.

E. Kural Hatası ile Hakem Hatası Ayrımı

Bir oyunda tespit edilen ihlalin kural hatası mı yoksa hakem hatası mı olduğu beraberinde getireceği sonuçlar bakımından farklılık arz etmektedir. Kural hatasının tespit edildiği noktada maçın tekrar oynanması gündeme gelirken hakem hatasında böyle bir tekrar söz konusu değildir. Hakem hatası, hakemin kendi takdirine göre karar verdiği bir duruma ilişkin olup oyunun sonucunu etkileyecek bir oyun kuralı ihlalini içermemektedir.

Futbol Oyun Kuralları'nın "Hakemin Kararları" başlıklı 5.2. kuralında yer alan "*Kararlar, hakemin yeteneğinden en iyi şekilde yararlanılarak Oyun Kurallarına ve "oyunun ruhuna" uygun olarak verilir ve Oyun Kuralları çerçevesine uygun hareket etme hakkına sahip olan hakemin kanaatine dayanır. Hakemin, bir golün kabul edilip edilmemesi ve maçın sonucu da dahil olmak üzere, oyun ile ilgili verdiği tüm kararlar nihaidir. Hakemin ve*

müسابakada görevli diğer hakemlerin kararlarına her zaman saygı duyulmalıdır” düzenlemesi uyarınca, hakemin kanaatini içeren bir karar nihai bir karardır ve itiraza konu olamayacağından hakem hatası maç tekrarına neden olmamaktadır.

Bunun yanı sıra, 2019 tarihli FIFA Disiplin Talimatı’nın¹⁰ “Hakem Kararları” başlıklı 9. maddesinde yer alan “1. Hakem tarafından oyun sahasında verilen kararlar nihaidir ve FIFA’nın yargılama mercileri tarafından yeniden değerlendirilmezler. 2. Hakemin kararının bariz bir hata içeriyor olması halinde (cezalandırılan kişinin kimliğinin yanlış tespit edilmesi gibi), bu kararın disiplin bağlamındaki sonuçları yalnızca FIFA yargılama mercileri tarafından yeniden değerlendirilebilir” şeklindeki düzenleme uyarınca, hakemin oyunla alakalı verdiği kararlar nihai kabul edilmekte ve incelemeye konu olmamaktadır. Zira, FIFA kuralları uyarınca oyun sahasındaki tek yetki hakeme aittir.¹¹ Fakat cezalandırılan kişinin kimliğinde hataya düşmek gibi bariz bir hata içeren hakem kararının FIFA yargılama mercileri tarafından yeniden değerlendirilebilir olduğu görülmektedir.

Kural hatası, hakemin müسابakada meydana gelen bir pozisyon esnasında veya sonrasında uygulaması gereken kuralı uygulamamış ya da uygulanması gerekenden başka bir kuralı uygulamış olması halinde gerçekleşir. Bu nedenle kural hatası yapıldığı takdirde bu durum maçın sonucunu etkileyecek bir niteliğe sahip olduğundan maç tekrarı gündeme gelebilmektedir. FIFA Disiplin Talimatı’nın 9. maddesinin devamında, “5. Müsabaka sonucunu etkileyen ve bir kuralın bariz bir ihlalini teşkil eden bir hakem kararına karşı itirazlara ilişkin olarak bu Talimat hükümleri uygulanır” şeklinde ifade edildiği üzere, hakem karardan kaynaklanan bariz bir kural hatası olması halinde, FIFA Disiplin Talimatı hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

TFF Tahkim Kurulu’nun, [...] Kulübü’nün maçta kural hatası olması nedeniyle maçın tekrar edilmesine ilişkin başvurusunun incelendiği kararında, “Anılan hükümlerin birlikte değerlendirilmesine göre kural hatası, hakemin müsabaka esnasında bir pozisyon veya sonrasında uygula-

¹⁰ <https://digitalhub.fifa.com/m/1b1c85f7bbc8b3e6/original/i8zsik8xws0pyl8u-ay9i-pdf.pdf>

¹¹ Murat Balci, “Futbolda Kart Uygulamaları ve Hatalı Kart”, *İstanbul Spor Hukuku Dergisi*, Cilt III, Sayı 1, İstanbul 2021, 3-40, s. 9.

ması gereken kuralı uygulamamış ya da uygulanması gerekenden başka bir kuralı uygulamış olması halinde gerçekleşir. Örneğin hakemin sahada fazla futbolcu mevcut iken ya da ikinci sarı kartı gösterdiği oyuncuya kırmızı kart gösterip ihraç etmeden oyunu başlatması gibi hallerde kural ihlali (kural hatası) söz konusudur. Buna karşılık top çizgiyi geçmemesine rağmen hakemin topun çizgiyi geçtiği kanaati ile gol kararı vermesi, hücum yapan takımın oyuncusu ofsayt pozisyonunda olmasına rağmen aksi kanaat ile ofsayt kararı vermeyip oyunu devam ettirmesi, savunmadaki takımın oyuncusu ceza sahası içinde topa elle temas ettiği halde elle temas olmadığı kanaati ile penaltı kararı vermemesi gibi hakemin algısına ve yorumuna dayanarak hatalı karar vermesi hallerinde ise, kural hatasından söz edilemez; bu hallerde söz konusu olan hakem hatasıdır” şeklinde ifade edildiği üzere söz konusu olayda kural hatası değil hakem hatası bulunduğu tespit edilmiş olup bu husus, “Dolayısıyla diğer müsabaka görevlilerinin beyanları, müsabaka hakeminin itiraz edilen karara konu pozisyona ilişkin açıklamasını teyit eden içeriktedir” demek suretiyle de desteklenmiş ve sonuç olarak “TFF Yönetim Kurulu’nun [...] tarih ve [...] sayılı toplantısında alınan karar usule, esasa ve talimatlara uygun olduğundan başvurunun reddine” karar verilmiştir.¹²

Söz konusu olaya konu uyuşmazlıkta başvuran Kulüp tarafından, Oyun Kuralları’nın 8. kuralında yer alan düzenlemeye göre müsabakanın hakem atışı ile tekrar başlatılması halinde yöntemin, topun topa en son dokunan futbolcunun takımına bırakılması olduğundan bahisle kural hatası yapıldığı ve bu nedenle maçın tekrar edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Kurul incelemesinde, karara konu olayda hakemin algısına ve yorumuna dayanarak hatalı karar verilmesi söz konusu olduğundan bunun hakem hatası olarak kabulü ile kural hatasından bahsedilemeyeceğine ve bu nedenle başvurunun reddine karar verilmiştir. Dolayısıyla olayda hakemin kanaat kullandığı bir husus üzerine vermiş olduğu karardan bahsedilmekte olup herhangi bir kural hatası tespit edilememiştir. Hakemin takdir yetkisinden kaynaklanan hatalarda maç tekrarı söz konusu olmadığından ve hakemin oyun ile ilgili verdiği tüm kararlar nihai olduğundan TFF Yönetim Kurulunca alınan ret kararı Tahkim Kurulu tarafından usule, esasa ve talimatlara uygun bulunmuştur.

¹² [https://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/Tahkim%20Kurulu%20Gerekceli%20Kararlari/16-\(Anonimlestirilmis\).pdf](https://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/Tahkim%20Kurulu%20Gerekceli%20Kararlari/16-(Anonimlestirilmis).pdf)

2009 yılında Fransa ve İrlanda arasında oynanan Dünya Kupası maçında Thierry Henry'nin William Gallas'in attığı golde elle oynama kural ihlali bulunduğu iddiası üzerine İrlanda Futbol Federasyonu tarafından resmi olarak maçın tekrarının talep edildiği olayda FIFA Yönetim Kurulu, sonucun değiştirilemeyeceğine ve maçın tekrar oynanmayacağına ilişkin bir açıklama yapmıştır. FIFA gerekçesinde, Oyun Kuralları'nda da açıkça belirtildiği üzere maçlar sırasında kararların hakem tarafından alındığını ve bu kararların nihai olduğunu belirtmiştir. FIFA sözcüsü tarafından "FIFA'nın kuralları kesinlikle açık. Kural 5, bir hakemin olaylara ilişkin kararının nihai olduğunu belirtir" ifadelerinde bulunulmuş, devamında ise "Maç tekrarına karar verilmesi futbolda kaosa neden olurdu. Eğer bu maçın tekrarına karar verilseydi, gelecekte bir hakemin gözden kaçırdığı her olay için maç tekrarı talebi gelecekti" şeklinde yapılan açıklamalarla hakem hatası nedeniyle maçın tekrar edilemeyeceği belirtilmiştir. Olayda İrlanda Futbol Federasyonu tarafından kural ihlali olduğu gerekçesiyle maçın tekrarı talep edilmişse de FIFA bu talebi somut olayda bir hakem hatası olduğu ve hakemin oyunla ilgili verdiği kararların nihai olduğunu belirterek reddetmiştir. 2010 Dünya Kupası hakem seçim kurulunda FIFA eğitmeni olarak görev alan Kuzey İrlandalı eski hakem Leslie Irvine, maçta görevli hakem Hansson'un olaydan sorumlu olmadığını, çünkü pozisyonu görmemekle "teknik bir hata" yapmadığını belirtmiştir.¹³ Hakem hatası olarak değerlendirilen olayda, herhangi bir kural hatası tespit edilmediği için maçın tekrar oynatılmamasına karar verilmiştir. Fransız futbolcu Thierry Henry'nin elle oynadığını kabul etmesine rağmen, FIFA'dan yapılan açıklamalardan da anlaşılabilirliği üzere, hakemin kendi kanaatini kullanarak verdiği bir karara karşı maçın tekrarına karar verilmesi mümkün değildir. Zira, hakemin uyulması gereken bir kuralı uygulamakta hata yapması, hakemin doğru bir kuralı uygularken hatalı bir kanaat kullanmasından farklıdır. Kural hatasında esas olan hakemin müsabakadaki bir pozisyon sonrasında uygulaması gereken oyun kuralını uygulamaması veya farklı bir oyun kuralı uygulamasıdır. Burada maçın sonucunu etkileyecek ve maçın işleyişini değiştirebilecek bir kural ihlali söz konusudur. Fakat hakem hatasında, hakemin takdir yetkisini hatalı kullanmış olması nedeniyle ortaya çıkan bir ihlalden

¹³ https://en.wikipedia.org/wiki/2009_Republic_of_Ireland_v_France_football_matches

bahsedilmektedir. FIFA tarafından yapılan açıklamada da değinildiği üzere, hakem tarafından doğru bir kuralın hatalı bir kanaat kullanılarak uygulanmasına ilişkin her hatanın incelemeye konu olması ve maç tekrarını gerektirmesi mümkün değildir.

Hakemlerin oyun alanındaki olaylar hakkında karar vermek zorunda olduğu bir spor dalındaki her katılımcı, hakemin bir olayı belirli bir konumdan gördüğünü ve bu gördüklerine dayanarak karar verdiğini kabul etmelidir. Bazen oyuncular tarafından yapıldığı gibi hakemler tarafından da hatalar yapılabilir. Bu hayatın kaçınılmaz bir gerçeğidir ve tüm spor etkinliklerine katılanların bunu kabul etmesi gerekir. Ancak her hata gözden geçirilemez.¹⁴ Gerçekten de hakemin her yanlış gördüğü pozisyonda maç tekrarına gidilmesi oyun düzenini bozacak ve hakemleri hataya kapatacak pozisyona getirecek bir uygulama olacaktır.

Spor müsabakalarının en etkili üç öznesi sporcular, kulüpler ve hakemler olmakla birlikte, hakemler spor müsabakalarının kurallara uygun olarak gerçekleşmesini sağlayan süjelerden biridir.¹⁵ Dolayısıyla, hakemin oyunla ilgili verdiği her kararın değerlendirilmesine izin veren bir düzenleme, sporun en etkili süjelerinden biri ve karar mekanizması olan hakemin müsabakalar içerisindeki etkinliğini azaltacaktır. Bu nedenle, hakemin, ofsayt, penaltı vb. kararlarına itiraz edilemediği gibi bu kararların video kayıtlarına dayanılarak değiştirilmesi de mümkün değildir.¹⁶

İrlanda tarafından maç tekrarına emsal olarak gösterilen başka bir kural hatası ise, 2006 FIFA Dünya Kupası elemelerinde yaşanmıştır. Özbekistan - Bahreyn arasında oynanan maçta, Server Djeparov'un penaltıdan attığı gol, penaltı vuruşunun kullanıldığı anda Özbek takım arkadaşının sahaya girmesi nedeniyle görevli hakem Toshimitsu Yoshida tarafından iptal edilmiş, penaltı tekrar kullandırılmamış ve Bahreyn'e serbest vuruş verilmiştir. Özbekistan'ın maçın tekrarına ilişkin itirazı üzerine FIFA tarafından yapılan açıklamada, "*Hakemin ...*

¹⁴ Anna Kleemann, The CAS Ad Hoc Division - An Overview of Its Case Law, Frankfurt 2019.

¹⁵ Karaoğlu, s. 28; Durmuş Ali Genç, Spor Hukuk Ders Kitabı, İstanbul 1988, s. 43.

¹⁶ Adnan Türkkân, Disiplin Hukukunda Delil ve Savunma Hakkı, in: Spor Hukuku Dersleri, Kadir Has Üniversitesi Spor Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayın No: 20, İstanbul 2007, s. 328.

*gerçekten teknik bir hata yaptığı göz önüne alındığında, maçın tekrar edilmesi gerekmektedir*¹⁷ ifadelerine yer verilmiş ve örnek olayda *“teknik bir hata”* yapıldığı gerekçesiyle maçın tekrar oynanmasına karar verilmiştir. FIFA açıklamasında, meydana gelen kural hatasını, *“Böyle bir durumda, oyun kuralları, hakemin penaltı vuruşunun tekrarını emretmesini gerektirir”* şeklinde gerekçelendirmiştir. Oyun Kuralları ihlalinin gözlemlendiği olayda, hakemin uygulaması gereken bir kuralı uygulamadığı belirtilmiş ve kural hatası nedeniyle maçın tekrarına karar verilmiştir.

15 Aralık 2013 tarihinde Beşiktaş – Kasımpaşa arasında oynanan ve Kasımpaşa futbolcusu Donk’un 30. dakikada saha içine giren ikinci topu eline alıp, ceza alanı içinde Beşiktaşlı futbolcu Almeida’nın kontrolündeki topa doğru atarak Beşiktaş’ın atağını önlediği maçta Beşiktaş, kural hatası yapıldığı iddiasıyla TFF’ye başvurarak maçın tekrarını talep etmiştir. Kasımpaşa ise bunun bir hakem hatası olduğunu bu nedenle maçın tekrarlanmaması gerektiğini savunmuştur. Bunun üzerine TFF Yönetim Kurulu, *“TFF Yönetim Kurulu, Futbol Müsabaka Talimatı’nın 30. maddesi uyarınca müsabakanın daha sonra belirlenecek bir tarihte, başlangıcından itibaren tekrarına, yalnızca tekrarına karar verilen müsabakanın oynandığı tarihte kulüplerde tescilli olan futbolcuların oynatılmasına ve sarı kartla cezalandırılan disiplin uygulamalarının yapılmaması sayılmasına”* karar vermiştir. Beşiktaş – Kasımpaşa maçında yaşanan olay ile ilgili olarak, TFF Basın Sözcüsü, *“Aramızda tartıştıktan sonra oy çokluğuyla maçın yeniden tekrarlanmasına karar verdik. Bu çok teknik bir konu. Kural hatası ile maç tekrarı çok rastlanan bir durum değil. Kural hatalarına karar vermek de kolay bir şey değil. Kural hataları ile ilgili bir talimatname yok”* şeklinde açıklamalarıyla TFF Yönetim Kurulu tarafından söz konusu ihlalin bir kural hatası olduğunun kabul edildiğini ve maçın tekrarına karar verildiğini belirtmiştir.

UEFA’nın 31 Ağustos 2001 tarihinde yaptığı basın açıklamasıyla,¹⁸ *“UEFA Temyiz Kurulu bugün, Kontrol ve Disiplin Kurulu tarafından 24 Ağustos Cuma günü alınan ve 22 Ağustos Çarşamba günü FC Tirol Innsbruck ile FC Lokomotiv Moskova arasında oynanan UEFA Şampiyonlar Ligi*

¹⁷ <https://www.telegraphindia.com/sports/fifa-orders-replay-uzbekistan-vs-bahrain/cid/1056811>

¹⁸ <https://www.uefa.com/newsfiles/5166.pdf>

üçüncü ön eleme turu rövanş maçının tekrarlanması kararını onayladı." şeklinde ifadelerde bulunarak, "Temyiz Kurulu, bir oyuncuya saha dışına göndermeden iki kez ihtar vererek hakemin oyun kurallarını ihlal ettiği sonucuna vardı" ifadesiyle gerekçelendirdiği kararında, hakemin kural hatası yaptığı sonucuna varılmış ve maçın tekrar oynatılmasına karar verilmiştir. Burada hakemin hatalı bir kanaat kullanmasından ziyade, uygulaması gereken kuralı uygulamayarak iki ihtar alan futbolcuyu ihraç etmemesi sonucunda meydana gelen bir kural hatasından bahsedilmektedir. Daha önce de belirtildiği üzere, Oyun Kuralları'nda yazılı bir kuralın uygulanmaması nedeniyle maç sonucunu etkileyecek bir ihlal olması halinde maç tekrar edilmelidir. Görevli hakemin Oyun Kuralları'nda düzenlenmiş bir kuralı uygulamayarak kural hatası yapmasının yanında, örnek olayda gerçekleşen durum, bir futbolcunun iki ihtar alarak oyundan ihraç edilmesi, rakip takımı avantajlı bir konuma getireceğinden maç sonucunu etkileyebilecek bir özelliğe de sahiptir. Bu nedenlerle, UEFA tarafından kural hatası tespit edilerek maçın tekrar oynanmasına karar verilmiştir.

Maç tekrarına örnek olarak verilebilecek başka bir karar FIFA tarafından verilen 14 Eylül 2017 tarihli karardır.¹⁹ Güney Afrika ile Senegal arasında oynanan Dünya Kupası eleme maçında, maçın hakemi Joseph Odartei Lamptey tarafından, hatalı bir elle oynama sonrası verilen penaltı kararıyla ve maç sonrasında gündeme gelen bahis ve şike iddialarının ortaya çıkmasıyla FIFA bir soruşturma başlatmış ve bu soruşturma sonucunda maçın hakemi Lamptey'e yaşam boyu ulusal ve uluslararası düzeyde (idari, spor veya başka herhangi bir) faaliyetlerde yer almaktan men cezası verilmiştir. Bu hususlar, FIFA tarafından yayınlanan maçın yetkilisi Joseph Odartei Lamptey ile ilgili karara ilişkin arka plan açıklamasında²⁰, "Şüpheli bahis faaliyetleri, tam olarak Bay Lamptey'in 40. dakika ile ilk yarının sonu arasında yanlış hakem kararları aldığı sırada doruğa ulaşmıştır. ... Sonuç olarak, Bay Lamptey'in, yalnızca ilgili bahisleri başarılı kılacak belirli sayıda gol atılmasını sağlamak amacıyla kasıtlı olarak iki yanlış karar aldığı sonucuna varılmıştır" şeklinde ifade edilmiştir. Söz konusu açıklamanın sonuç kısmında ise, "Bay

¹⁹ <https://www.fifa.com/tournaments/mens/worldcup/2018russia/news/south-africa-vs-senegal-world-cup-qualifier-to-be-replayed-in-november-2907241>

²⁰ <https://digitalhub.fifa.com/m/47d09d21c88c7be1/original/mz0bor91zrbx-gwptrjdp-pdf.pdf>

Lamprey, hakem kararlarındaki masum bir hata veya kötü bir performans nedeniyle cezalandırılmamıştır. O, FIFA Disiplin Talimatı'nın 69. maddesinin 1. paragrafının doğrudan ve açık bir ihlali olan, belirli bahisleri başarılı kılmak için yalnızca minimum sayıda golü kolaylaştırmak amacıyla kasıtlı kararlar almaktan suçlu bulunduğu için cezalandırılmıştır" şeklinde bir açıklama yapılmıştır. Maçın hakemi Lamprey tarafından FIFA nezdinde verilen karara karşı CAS'a yapılan başvuru neticesinde ise CAS, "*Bay Joseph Odartei Lamprey'in FIFA Temyiz Komitesi'nin 27 Nisan 2017'de verdiği karara karşı 6 Haziran 2017'de yaptığı itiraz reddedilmiştir. FIFA Temyiz Kurulu'nun 27 Nisan 2017'de verdiği karar onaylanmıştır*" şeklinde karar vermiştir.²¹ Tüm bu açıklananlar neticesinde, bilinçli olarak verilen hatalı hakem kararlarının maçın sonucunu hukuka aykırı şekilde etkilemesi nedeniyle Güney Afrika - Senegal maçının tekrar oynanmasına karar verilmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, FIFA tarafından yapılan açıklamada da üzerinde durulduğu üzere, yaptırımın, hakemin verdiği hatalı kararlar nedeniyle değil, yapılan soruşturma sonucunda şike (*match-fixing*) iddialarının doğru çıkması nedeniyle uygulanmış olmasıdır. Genel düzenlemeye göre, hakemin kendi takdirine ilişkin aldığı kararlar hatalı olsa da maç tekrarına neden olmaz. Fakat örnek olayda da görülebileceği üzere, Disiplin Talimatı'nda düzenlenen kurallar hakem tarafından açıkça ihlal edildiği takdirde, yetkili makamlarca yapılan araştırma sonrasında maçın tekrarına karar verilebilir. Fakat tekrar değinmek gerekir ki, burada maç tekrarına neden olan husus hakemin takdirine dayalı verdiği hatalı kararlar değil, maç sonucunu hukuka aykırı olarak belirlemeye yönelik kasıtlı olarak verdiği kararlardır. Hakemin oyunun sonucunu kasıtlı olarak etkilediği durumlarda, hakemin eyleminin üçüncü bir tarafla iş birliği içinde veya onun talimatıyla mı yoksa bağımsız olarak mı yapıldığı fark etmeksizin bu davranışa hem cezai hem de hukuki sorumluluk yüklenmelidir.²²

Hakemlerin maçlarda verdikleri her kararın incelemeye konu olması mümkün değildir. Zira hakem, futbol maçlarının kurallara uy-

²¹ CAS'ın 4 Aralık 2017 tarihli ve CAS 2017/A/5173 tarihli kararı: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/5173.pdf>

²² Darryll M. Halcomb Lewis, Frank S. Forbes, A Proposal for a Uniform Statute Regulating the Liability of Sports Officials for Errors Committed in Sports Contests, Sayı 3 İlkbahar 1990, s. 706.

gun olarak oynanmasından sorumlu olan ve saha içinde yönetim yetkisine sahip olan kişidir ve daha önce de belirtildiği üzere, hakemin oyun ile ilgili verdiği kararlar nihaidir. Bu nedenle, herhangi bir kural hatasına sebebiyet vermediği sürece, hakemin kendi kanaatini kullanarak verdiği kararlar hatalı olsa bile incelemeye ya da maç tekrarına konu olmaz. Fakat örnek olayda da görülebileceği üzere, hakemin tarafsızlığını sorgulatacak somut delillerin ortaya çıkması sonucunda süregelen istisnai durumlarda, hakemin verdiği kararlar incelemeye konu olmakta ve yetkili makamlar tarafından dikkate alınmaktadır.

Bununla beraber, istisnai durumlar dışında, mahkemelerin, müsabaka görevlilerinin kararlarını bozmayacağı veya dolandırıcılık, kötü niyet veya yolsuzluk kanıtı olmadıkça spor müsabakalarının sonuçlarını değiştirmeyeceği unutulmamalıdır.²³ Dolayısıyla kural hatası ve hakem hatası arasındaki en önemli farklardan biri sonuca olan etkileridir. Kural hatası, Oyun Kuralları'na uyulmaması sonucunda ortaya çıkması ve maçın sonucunu etkileme ihtimali olması nedeniyle maç tekrarını gerektirirken, hakem hatası, hakemin sahip olduğu takdir yetkisine bağlı olarak hatalı bir karar vermesi sonucunda ortaya çıkması nedeniyle maç tekrarını gerektirmemektedir.

Sonuç

Oyun Kuralları konusunda evrensel karar alma organı olan IFAB, Oyun Kuralları'nı korumak, derlemek ve değiştirmek suretiyle bu kuralların dünya çapında tek tip olarak uygulanmasını amaçlar. IFAB tarafından düzenlenen Oyun Kuralları'nda yer alan Kural 5 uyarınca her maç, maç ile ilgili Oyun Kuralları'nı uygulamada tam yetkili bir hakem tarafından yönetilir. Maçın Oyun Kuralları ve fairplay ilkeleri çerçevesinde oynanması adına, kural olarak hakem tarafından verilen kararların değiştirilmesi mümkün değildir. Ancak hakemin yanlış bir kanaat kullanmak suretiyle karar vermesi ya da bir kuralı uygulamayarak ya da yanlış uygulayarak karar vermesi durumlarına günümüzde sıklıkla rastlanılmaktadır. Bu kapsamda hakemin müsabaka sırasında uygulaması gereken oyun kuralını uygulamamış ya da uygulaması gerekenden farklı bir oyun kuralını uygulamış olması kural hatası olarak nitelendirilecektir. Kural hatasının varlığından bahsed-

²³ Lewis/Forbes, s. 680.

bilmek için hakemin uygulaması gereken bir oyun kuralını uygulamaması ya da ihlale uygulaması gerekenden farklı bir kuralı uygulaması ve bu durumu da hazırladığı raporda ikrar etmesi gerekir. Hakemin takdir yetkisini kullanmak suretiyle verdiği kararın hatalı olması ve buna rağmen oyunun bu hatalı kurala göre oynatılması ise hakem hatası olarak nitelendirilir. Kural hatasının söz konusu olduğu durumlarda maçın tekrar oynatılması gündeme gelirken hakem hatasının söz konusu olduğu durumlar maçın tekrarını gerektirmeyecektir. Nitekim hakem hatasında hakemin kendi takdirine göre verdiği karar kural hatasından farklı olarak oyunun sonucunu etkileyecek bir Oyun Kuralı ihlalini içermemektedir.

Sonuç olarak esas olan, hakemin oyunla ilgili verdiği kararların nihai olması ve incelemeye konu edilmemesidir. Gerçekten de hakemin her yanlış gördüğü pozisyonda maç tekrarına gidilmesi hem oyun düzenini bozacak hem de hakemleri hataya kapatan bir uygulama olacaktır. Ancak istisnaen açık hata içeren hakem kararları ile hakemin şike olarak adlandırılabilir bilinçli olarak verdiği hatalı kararları, maç sonucunu etkileyecek nitelikte olduğundan yeniden incelemeye tabi tutulabilir. Bununla birlikte, herhangi bir kural hatasına sebebiyet vermediği sürece, hakemin kendi kanaatini kullanarak verdiği kararlar hatalı olsa bile incelemeye ya da maç tekrarına konu edilmez.

Kaynakça

- Balci Murat, "Futbolda Kart Uygulamaları ve Hatalı Kart", *İstanbul Spor Hukuku Dergisi*, Cilt III, Sayı 1, İstanbul 2021, 3-40.
- Erkekli Turgay, Spor Hukukunda Tahkim ve Uluslararası Tahkim Mahkemesi (C.A.S.) Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep 2017, s. 9.
- Genç Durmuş Ali, Spor Hukuk Ders Kitabı, İstanbul 1988, s.43.
- Karaoğlu Ercan, Spor Hukuku'nun Temel Kavramları ve Sportif Alanda Doğabilecek Hukuki İhtilaflar, Ankara 2017, s. 26-28.
- Kleemann Anna, The CAS Ad Hoc Division – An Overview of Its Case Law, Frankfurt 2019.
- Lewis Darryll M. Halcomb, Forbes Frank S., A Proposal for a Uniform Statute Regulating the Liability of Sports Officials for Errors Committed in Sports Contests, Sayı 3 İlkbahar 1990, s. 706.
- Türkkan Adnan, Disiplin Hukukunda Delil ve Savunma Hakkı, in: Spor Hukuku Dersleri, Kadir Has Üniversitesi Spor Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayın No: 20, İstanbul 2007, s.328.

Çevrimiçi Kaynaklar

CAS Kararı:

<http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/5173.pdf>

FIFA Joseph Odartei Lamptey Açıklaması:

<https://digitalhub.fifa.com/m/47d09d21c88c7be1/original/mz0bor91zrbxgwptrjdp-pdf.pdf>

FIFA Açıklaması:

<https://www.telegraphindia.com/sports/fifa-orders-replay-uzbekistan-vs-bahrain/cid/1056811>

FIFA Disiplin Talimatı:

<https://digitalhub.fifa.com/m/1b1c85f7bbc8b3e6/original/i8zsk8xws0pyl8uay9i-pdf.pdf>

FIFA Senegal Kararı:

<https://www.fifa.com/tournaments/mens/worldcup/2018russia/news/south-africa-vs-senegal-world-cup-qualifier-to-be-replayed-in-november-2907241>

İrlanda Kararı:

https://en.wikipedia.org/wiki/2009_Republic_of_Ireland_v_France_football_matches

Oyun Kuralları

<https://www.theifab.com/>

TFF Web Sitesi (Çevrimiçi):

[https://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/Tahkim%20Kurulu%20Gerekceli%20Kararlari/16-\(Anonimlestirilmis\).pdf](https://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/Tahkim%20Kurulu%20Gerekceli%20Kararlari/16-(Anonimlestirilmis).pdf)

BAŞLICA TAHKİM MERKEZLERİNİN KURALLARI UYARINCA MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN DAVAYA DAHİL EDİLMESİ (JOINDER) VE DAVAYA KATILMASI (INTERVENTION)

JOINDER AND INTERVENTION OF THIRD PARTIES IN
INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION UNDER THE RULES
OF LEADING ARBITRAL INSTITUTIONS

Banu ŞİT KÖŞGEROĞLU*

Özet: Milletlerarası ticarî tahkim uygulamasında üçüncü kişilerin başlamış olan bir tahkim yargılamasına dahil edilmesi veya katılması, son yıllarda tahkim kurumlarının kurallarında usulî açıdan düzenlenmektedir. Bu düzenlemeler kurumdan kuruma bazı farklılıklar göstermekle birlikte temel bakış açısı itibarıyla birbirine benzenmektedir. Zira çok taraflı uyuşmazlıkların artması bu uyuşmazlıkların çözümünde çok taraflılığı beraberinde bir zorunluluk olarak getirmekte, tahkim kurumları da kurallarında bu yönde düzenlemeler getirerek üçüncü kişilerin yargılamaya dahil edilmesini veya katılmasını mümkün kılmaktadır. Bu çalışmada İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi dahil olmak üzere önde gelen tahkim kurumlarının kuralları çerçevesinde dahil etme/katılma düzenlemeleri incelenmekte ve bu düzenlemeler karşılaştırılarak üçüncü kişilerin başlamış bir tahkim yargılamasına dahil edilmesinin veya katılmasının koşulları ortaya konulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Milletlerarası Ticarî Tahkimde Dahil Etme/Katılma, Milletlerarası Ticarî Tahkimde Üçüncü Kişiler, Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili

Abstract: The joinder or intervention of third persons/additional parties in an arbitration proceeding has been dealt with procedurally under the rules of leading arbitration institutions in recent years. Although these rules vary from one institution to another, they are similar in terms of their basic perspective. This is because the increase in the number of multi-party and multi-contract disputes makes joinder and intervention of third persons/additional parties a necessity in the resolution of these disputes, and arbitral institutions have introduced provisions in this direction in their rules, making it

* Doç. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, banusit@hacettepe.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8407-9446, Makalenin Gönderim Tarihi: 17.01.2023, Kabul Tarihi: 28.02.2023

possible for third parties to be joined or intervene in the proceedings. This study analyses the joinder/intervention provisions under the rules of the leading arbitral institutions including the Arbitration Rules of Istanbul Chamber of Commerce Arbitration and Mediation Center and compares these provisions to determine the conditions for the joinder or intervention of third persons/additional parties in an arbitration proceeding.

Keywords: Joinder/Intervention in International Commercial Arbitration, Third Persons/Additional Parties in International Commercial Arbitration, Extension of Arbitration Agreement to Non-Signatories

I. GİRİŞ

Milletlerarası ticarî tahkim¹ alanında çok taraflı hukukî uyumsuzlukların konu olduğu tahkim yargılamalarına ilişkin usulî müesseseler son yıllarda kurumsal tahkim merkezlerinin tahkim kurallarında daha net bir biçimde düzenleme konusu edilmektedir. Tahkim anlaşmasının çok taraflı olduğu² veya üçüncü kişilere teşmilinin maddî hukuk anlamında mümkün görülebileceği hallerde usul hukuku açısından

¹ Bu çalışmada milletlerarası ticarî tahkim çerçevesinde çok taraflı yargılamaların usulî temellerinden olan davaya dahil edilme ve katılma ele alınmaktadır. Yatırım tahkimi açısından çok taraflılık kapsam dışında bırakılmıştır. Zira yatırım tahkiminde çok taraflılığa zemin olan iradenin tesisine ilişkin mekanizmaların ticarî tahkimden farklı olması yanında, amicus curiae gibi şeffaflıkla ilişkili olarak uyumsuzlukla bağlantılı olmayan üçüncü kişilerin davaya katılmasına ilişkin müesseseler de gelişmektedir. Bu nedenlerle konunun yatırım tahkimi açısından incelenmesi bu çalışmanın sınırlarını aşacak nitelikte görülmüştür. Yatırım tahkiminde birden fazla davacı bulunan hallerde tahkime rıza meselesi ve çok taraflı yargılamalar ilgili olarak bkz. Berk Demirkol, "Does an Investment Treaty Tribunal Need Special Consent for Mass Claims?", *Cambridge Journal of International and Comparative Law* (2) 3: 612-639; Gabrielle Kaufmann-Kohler, "Multiple Proceedings - New Challenges for the Settlement of Investment Disputes", *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, Ed. Arthur W. Rovine, *The Fordham Papers* 2013, s. 3-12; Gary Born/Stephanie Forrest, "Amicus Curiae Participation in Investment Arbitration", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2019, Vol. 34, S. 3, s. 626-665. Ayrıca dahil etme talebinin reddine ilişkin bir karar için bkz. Decision on the Joinder Application, ICSID Case No. ARB/19/20, 5 Ekim 2020, http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C7953/DS15133_En.pdf.

² Birden çok tarafın ve/veya sözleşmenin bulunduğu ticarî ilişkilerde aynı (veya uyumlu) tahkim anlaşması birden çok taraf için bağlayıcı ise, tahkim yargılaması bütün tarafları kapsayıcı şekilde başlatılabileceği gibi, başlayan bir tahkim yargılamasına diğer tarafların dahil edilmesi veya katılması da mümkün olabilir. Bu anlamda dahil etme ve katılma müesseselerinin her durumda tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili tartışmasını beraberinde getirmeyeceği dikkate alınmalıdır. Bkz. Bernard Hanotiau, *Complex Arbitrations: Multi-party, Multi-contract, Multi-issue - A Comparative Study* (Second Edition), Kluwer Law International 2020, s. 198, para. 498 vd.

üçüncü kişilerin³ başlamış bir tahkim yargılamasına ne şekilde dahil edileceği veya katılacağına belirlilik kazanması anlamında söz konusu düzenlemeler önem taşımaktadır. Bu çalışmada, maddî hukuk konusu olan tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili meselesi ayrıca ele alınmaksızın,⁴ başlıca kurumsal tahkim merkezlerinin tahkim kurallarında davaya “dahil etme” ve “katılma” incelenmektedir. “Üçüncü kişi” terimi ise tahkim yargılamasının başlangıcında taraf olarak gösterilmeyen, yargılama başladıktan sonra dahil edilmesi veya katılması söz konusu olan kişileri ifade etmektedir. Bu anlamda üçüncü kişilerin, tahkim anlaşmasına hali hazırda taraf olan veya tahkim anlaşması kendilerine teşmil edilebilecek kişiler olabileceği gibi tahkim anlaşmasına taraf olmayan veya taraf olma iradesi bulunmayan kişiler de olabileceği dikkate alınmalıdır.⁵

Çalışmanın amacı, özellikle uygulamada giderek daha çok karşılaşılan tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili meselesinin usul hukuku yönüne ışık tutmak ve milletlerarası tahkim uygulamasında etkin olan Milletlerarası Ticaret Odası Milletlerarası Tahkim Divanı, Londra Milletlerarası Tahkim Divanı, İsviçre Tahkim Merkezi, Singapur Milletlerarası Tahkim Merkezi gibi kurumların ilgili düzenlemeleri ile Türkiye’den İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (İTOTAM) kuralları kapsamında yer alan “dahil etme” ve “davaya katılma” düzenlemelerini incelemek,⁶ bu düzenlemeler kapsamında “dahil etme” ve “davaya katılma” şartlarını karşılaştırmalı olarak ele almaktır.

³ Dahil etme ve katılma kapsamında olası üçüncü kişi kategorileri için bkz. Stacie I. Strong, “Intervention and Joinder as of Right in International Arbitration”, *Vanderbilt Journal of Transnational Arbitration*, 1998, Vol. 31, S. 4, s. 920.

⁴ Tahkim anlaşmasının maddî hukuk anlamında kapsamının yorumlanması ile ilgili bir mesele olan tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili ile usul hukuku müessesesi olan dahil etme/katılma zaman zaman örtüşebilir; özellikle üçüncü kişinin tahkim anlaşmasının kapsamına dahil olup olmadığı tartışmalı ise, tahkim anlaşmasının kapsamının yorumlanması gerekir. Aynı durumda üçüncü kişi başlamış bir tahkim yargılamasına sonradan dahil edilmek istenirse (veya katılmak isterse), usul hukuku açısından dahil etme/katılmanın mümkün olup olmadığının ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Bkz. Manuel Gómez Carrión, “Joinder of third parties: new institutional developments”, *Arbitration International*, 2015, Vol. 31, s. 481.

⁵ Stavros Brekoulakis, *Third Parties in International Commercial Arbitration*, Oxford University Press 2010, para. 1.105 vd. Ayrıca bkz. Hanotiau, s. 312, para. 761 vd.

⁶ Türkiye’den İTOTAM yanında İSTAC Tahkim Kuralları da incelenmiş ise de İSTAC Tahkim Kuralları’nda dahil etme/katılma hükmüne yer verilmiş olmadığından aşağıda İSTAC Tahkim Kuralları’na ilişkin ayrı bir başlığa yer verilmemiştir.

II. MİLLETLERARASI TAHKİMDE DAVAYA “DAHİL ETME” VE “KATILMA”NIN İŞLEVİ

Modern milletlerarası ticaret, ticarî ilişkilerin veya işlemlerin birden çok tarafı bulunan sözleşmeler ve/veya çoklu sözleşmeler içerdiği karmaşık bir yapı içinde işleyebilmektedir. Her ticarî ilişkinin çok taraflı veya çoklu sözleşmeler içerdiği söylenemese de birden fazla tarafın, bazen farklı ülkelerin tâbiyetinde birden fazla bağlantılı şirketin taraf olduğu birden fazla sözleşme ilişkisi temelinde yürütülen uzun dönemli ticarî ilişkiler geçmişe oranla daha çok dikkat çekmektedir. Özellikle uyuşmazlıkların çözümü aşamasında bu kapsamlı ilişkilere dahil olan kişilerin (“üçüncü kişiler”) tahkim yargılamasına dahil edilmesi veya katılması bir gereklilik olarak görülebilmektedir.⁷

Milletlerarası Ticaret Odası (*International Chamber of Commerce – ICC*) Tahkim Kuralları uyarınca yürütülen tahkim yargılamalarına ilişkin istatistikler, tahkim yargılamalarının üçte birinin çok taraflı olduğunu ortaya koymaktadır.⁸ ICC tahkim yargılamalarına ilişkin 2020 yılı istatistiklerine göre, 2020 yılında 929 dava açılmış; bu davalarda taraf olan 2507 kişinin %48’i davacı; %52’si davalı sıfatını taşımıştır. Açılan davaların %31’i çok taraflı dava olarak kategorize edilmiştir. Buna göre,

Birden fazla *davalı* bulunan davaların oranı %51;

Birden fazla *davacı* bulunan davaların oranı %31 ve

Hem *davacı* hem de *davalı* yanda birden fazla tarafın bulunduğu davaların oranı %18’dir.

⁷ Milletlerarası ticarî ilişkilerin karmaşıklaşması, birden fazla tarafın tek tahkim yargılamasına dahil olması yanında birden fazla tahkim yargılamasının birleştirilmesi (consolidation) meselesini de önce tahkim uygulamasının gündemine taşımış ve zamanla kurumsal tahkim merkezleri davaların birleştirilmesine ilişkin kuralları benimsemeye başlamıştır. Bu konuda detaylı bilgi için Bkz. Hanotiau, 312, para. 761 vd. Ayrıca bkz. Milletlerarası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce – ICC) Tahkim Kuralları (1 Ocak 2021) m. 10; Londra Milletlerarası Tahkim Divanı (London Court of International Arbitration – LCIA) Tahkim Kuralları (1 Ekim 2020) m. 22A; İsviçre Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları (Swiss Arbitration Center – Swiss Rules of International Arbitration – Swiss Rules) (1 Haziran 2021) m. 7. Bazı hukuk düzenlerinde tahkim kanunlarında da davaların birleştirilmesine ilişkin hükümler yer almaktadır. Bkz. aşa. dn. 18.

⁸ ICC Dispute Resolution 2020 Statistics, s. 9, <https://iccwbo.org/publication/icc-dispute-resolution-statistics-2020/> (02.01.2023).

Çok taraflı yargılamaların sayıca artması, bu tür yargılamalara ilişkin dahil etme ve katılma gibi usulî müesseselerin uygulama alanını da genişletmektedir. Birden fazla davacı birlikte dava açabileceği gibi, birden fazla davalıya karşı da birlikte dava açılabilir. Ancak bu ihtimale ek olarak, başlatılan bir tahkim yargılamasında davacı, üçüncü kişinin davacı yanda yer alması amacıyla dahil etme talebinde bulunabileceği gibi, davalı yanda yer alması amacıyla dahil etme talebinde de bulunabilir. Benzer şekilde davalı da üçüncü kişiye karşı talepte bulunmak veya üçüncü kişinin de davalı sıfatı kazanması amacıyla dahil etme talebinde bulunabilir.⁹ Ayrıca üçüncü kişiler de davaya katılma talebinde bulunabilir.¹⁰

Dahil etme ve katılma müesseseleri, tahkim anlaşmasının çok taraflı olduğu veya üçüncü kişilere teşmilin mümkün olduğu hallerde çok yönlü bir uyumsuzluğun tek bir tahkim yargılamasında hükme bağlanması anlamında önemli bir işlev yerine getirmektedir. Özellikle üçüncü kişiye rücu ihtimali bulunan hallerde ikinci bir yargılama yapılmasına gerek kalmadan çözüm bulunabilmektedir. Bu anlamda davaya dahil etme ve katılma müesseselerinin tahkimin etkinliğini artırdığı görülmektedir.¹¹

Davaya dahil etme bakımından dikkate alınması gereken bir çekişme ise dahil edilen tarafın (ve karşı tarafın) iradesinin yokluğu ile ilgili olarak ortaya çıkmakta; bazı tahkim kurumlarının kurallarında irade şartı aranırken, diğer bazılarında aşağıda görüleceği üzere irade şartı aranmadan dahil etme talebi incelenebilmektedir.¹² Üçüncü kişinin iradesinin bulunmadığı hallerde hakem kararının üçüncü kişinin iptal davası açması üzerine iptal edilmesi¹³ veya üçüncü kişiye karşı

⁹ Richard J. Tyler, "Kicking and Screaming: Joinder of Non-Signatories in Arbitration Proceedings", *Dispute Resolution Journal*, 2020, Vol. 75, s. 111-112.

¹⁰ Hanotiau, 31-318.

¹¹ Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 3rd ed. Wolters Kluwer 2021, s. 2777-2778.

¹² Ad hoc tahkim söz konusu ise, ya taraflar ve üçüncü kişi dahil etme/katılma konusunda anlaşmış olmalı (önceden çok taraflı bir tahkim anlaşması ile veya sonradan bu konuda anlaşarak) veya tahkim usulüne hâkim olan ulusal kanun uyarınca dahil etme/katılma mümkün olmalıdır. Üçüncü kişinin, mevcut yargılamanın tarafları ile ortak denilebilecek bir tahkim anlaşmasına taraf olmadığı hallerde tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmil edilebilir olması önemlidir. Bkz. Hanotiau, 313 vd.

¹³ Born, 2793.

tenfiz talebinin reddedilmesi muhtemeldir. Benzer şekilde katılma bakımından mevcut tarafların veya birinin rızasının olmaması ihtimali ile de karşılaşılabilir.¹⁴

Ayrıca üçüncü kişinin yargılamanın her aşamasına eşit katılma imkânına sahip olup olmadığı; bu anlamda özellikle hakem heyetinin teşekkülü bakımından dahil etme ve katılmanın sonuçlarının değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin, üçüncü kişinin hakem heyetinin teşekkülünden sonra dahil edilmesi/katılması imkânı bulunan hallerde taraflara eşit mualeme esasının temin edilmesi mümkün olmayabilir. Ek olarak, dahil etme ve katılma durumlarında gizliliğin korunması bakımından tam bir güvence sağlanamayabileceği dikkate alınmalıdır.

III. DAHİL ETME VE KATILMA İLE İLGİLİ TEMEL SORUNLAR

Tahkim yargılamasına üçüncü kişilerin dahil edilmesi veya katılması ile ilgili düzenlenmesi ihtiyacı görülen ve aşağıda ele alınacağı üzere, özellikle kurumsal tahkim merkezlerinin kurallarında düzenleme konusu edilen bazı hususlar dikkat çekmektedir.

En başta, üçüncü kişilerin davaya dahil edilmesini talep edebilecek kişilerin tespiti gerekir. İkinci sırada ise davaya dahil edilebilecek veya katılabilecek üçüncü kişilerin tespiti gelmektedir.¹⁵ Davaya dahil etme-edilme ve katılma durumunda kimlerin iradesinin aranacağı

¹⁴ Tyler, 111-112. Özellikle üçüncü kişinin ve/veya tarafların iradelerinin aranması ile ilgili dikkat edilmesi gereken bir husus da dahil etme ve katılma gibi usul hukuku müesseselerinin benzerlerinin esasında devlet yargısında dava arkadaşlığı, müdahale gibi araçlar ile uygulama alanı bulduğudur. Devlet yargısında usul hukukunun kamusal karakteri ve bu araçların maddî hukuka dayanan altyapısı nedeniyle ilgililerin iradesine ihtiyaç duyulmamaktadır. Tahkim alanında başvuru dahil etme ve katılma aşlında devlet yargısındaki dava arkadaşlığı ve davanın ihbarı üzerine müdahaleye (fer'î müdahale) benzemekle birlikte; tahkimde hakemlerin yargılama yetkisinin dayanağı tahkim anlaşması olduğundan üçüncü kişilerin dahil edilmesi veya katılması nihai olarak ancak tahkim anlaşmasına taraf iseler veya tahkim anlaşmasına taraf sayılmaları mümkün ise söz konusu olabilir. Bu anlamda üçüncü kişilerin iradesi önem taşımaktadır. Ayrıca aynı nedenle tahkim usulünün nitelikleri çerçevesinde dahil etme ve katılmanın ele alınması ve üçüncü kişinin hakem seçiminde rolü meselesi gibi tahkime özgü sorunların çözülmesi gerekmektedir. Bkz. Born, 2761. Bunun yanında talebin dayanağı olan hukukî ilişkinin tâbi olduğu hukuk uyarınca zorunlu dava arkadaşlığı söz konusu ise, tüm davacı ve/veya tüm davalıların birlikte taraf olması gereği tahkim yolu bakımından da geçerlidir. Bkz. Hanotiau, 352-353.

¹⁵ Bkz. Hanotiau, 761 vd.

da belirlenmelidir. Dahil etme ve katılma bakımından oldukça önem taşıyan bir husus da sürmekte olan bir tahkim yargılamasında hangi aşamaya kadar davaya dahil etme ve katılmanın mümkün olduğunun düzenlenmesidir. Bunun yanında dahil etme ve katılma konusunda karar vermeye yetkili makamın öngörülmesi de gerekir ki, tahkim kurumlarının kurallarında genellikle Divan ve hakem heyeti yetkili kılınmaktadır. Dahil etme veya katılma ile ilgili karar verilirken dikkate alınacak hususların da önceden belli olması önemlidir.¹⁶

IV. DAHİL ETME VE KATILMA'NIN HUKUKÎ DAYANAĞI

Davaya dahil etme/katılma konusunda taraflar arasında anlaşma bulunabileceği gibi,¹⁷ bu konuda *lex arbitri* hükümlerinde düzenleme bulunup bulunmadığı da dikkate alınmalıdır. Ancak ulusal tahkim kanunlarında çok taraflı yargılamalarla ilgili olarak davaların birleştirilmesine ilişkin hükümler bulunurken,¹⁸ davaya dahil etme ve katılma ile ilgili hükümlere daha nadiren yer verilmiştir.¹⁹ Dahil etme ve katılma ile ilgili hüküm içeren ulusal kanunlardan biri Belçika Usul Kanunu (*Belgian Judicial Code*)'dur. Kanun'da 2013 yılında tahkime ilişkin

¹⁶ Gordon Smith, "Comparative Analysis of Joinder and Consolidation Provisions Under Leading Arbitral Rules", *Journal of Int'l Arbitration*, 2018, Vol. 35, No. 2, s.176.

¹⁷ Born, 1517; Smith, 174-175. Çok taraflı tahkim kayıtları kapsamında dahil etme ve katılma usulü ve şartları belirlenebilir. Örneğin, birden fazla sözleşmenin ve birden fazla tarafın söz konusu olduğu ilişkilerde, sözleşmelerde aynı veya uyumlu tahkim kayıtlarına yer verilebilir; ayrıca tarafların dahil etme, katılma ve birleştirme konusunda rızaları kayıt altına alınabilir. Ancak, bu şekilde önceden tasarlanmış çok taraflı veya dahil etme - katılma konusunda açık rıza verilen tahkim kayıtlarının bulunmadığı hallerde tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili mümkün ise (dahil etme/katılma konusunda zımnî iradelerin var olduğu anlayışından hareketle) dahil etme veya katılma talebi olumlu sonuçlanabilir. Çok taraflı ve/veya birden çok sözleşmenin söz konusu olduğu ilişkilere ilişkin tahkim kayıtları hakkında bkz. Gary Born, *International Arbitration and Forum Selection Agreements*, 6th ed., Kluwer Law International 2021, s. 292-300.

¹⁸ Bkz. Born, 2794. Hollanda ve Hong Kong hukukunda mahkemelerce tahkim yargılamalarının birleştirilmesine imkân veren düzenlemeler kabul edilmiştir. Amerika Birleşik Devletleri'nde de uygulamada mahkemelerin birleştirme yönünde karar verebildiği; özellikle taraflar anlaşmışsa birleştirmenin mümkün olduğu görülmektedir. Bu konuda bkz. Hanotiau, 345-348.

¹⁹ UNCITRAL'in Milletlerarası Ticarî Tahkime İlişkin Model Kanunu'nda da dahil etme, katılma ve birleştirme ile ilgili hüküm bulunmamaktadır. Bkz. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 1985 with Amendments as adopted in 2006, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf (05.01.2023).

önemli değişiklikler yapılmış²⁰ ve bu kapsamda m. 1709'da dahil etme ve katılmaya ilişkin özel hüküm getirilmiştir.²¹ Benzer bir düzenleme Hollanda Medenî Usul Kanunu'nun 1 Ocak 2015'te yürürlüğe giren Tahkime İlişkin 4. Kısım'nda yer almaktadır.²²

Dahil etme veya katılma ile ilgili hüküm verme yetkisi genellikle hakem heyetlerine ve bazı durumlarda kurumsal tahkim tercih edilmişse ilgili tahkim kurumuna (Divan'a) ait olmakta; ulusal mahkemeler ise iptal veya tenfiz talebi üzerine daha çok tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin ya da teşmil talebinin reddinin hukuka uygun olup olmadığını inceleyerek denetim yapmaktadır.²³ Bu değerlendirmeler, her hukuk düzeninde tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmiline ilişkin yaklaşımlar çerçevesinde yapılmaktadır. Örneğin,

²⁰ Kanun değişikliği hakkında bkz. "Judicial Code Provisions Relating to Arbitration", The Belgian Center for Arbitration and Mediation, https://www.arbitration-belgium.com/brochures%20EN/pdf_code_judiciaire.pdf (15.01.2023).

²¹ Belçika Usul Kanunu'nun Tahkime İlişkin 6. Kısım'ın resmî olmayan İngilizce çevirisi için bkz. https://www.arbitrationbelgium.com/brochures%20EN/pdf_code_judiciaire.pdf (15.01.2023). Belçika Usul Kanunu'nun 6. Kısım'nda yer alan m. 1709 hükmüne göre,

"§ 1. İlgili herhangi bir kişi tahkim yargılamasına katılmak için hakem heyetine başvurabilir. Talep hakem heyetine yazılı olarak sunulmalı ve hakem heyeti talebi taraflara bildirmelidir.

§ 2. Taraflardan biri üçüncü bir kişinin tahkim yargılamasına dahil edilmesini talep edebilir.

§ 3. Her hal ü kârda bu tür bir katılma - dahil etme talebinin kabulü, taraflar ve dahil edilen - katılan kişiler arasında bir tahkim anlaşmasının varlığını gerektirir. Ayrıca bu tür bir dahil etme - katılma talebi, hakem heyetinin oybirliği ile kabul etmesine bağlıdır".

²² Hollanda Medenî Usul Kanunu'nun Tahkime İlişkin 4. Kısım'ın resmî olmayan İngilizce çevirisi için bkz. <https://www.uv.es/medarb/observatorio/leyes-arbitraje/europa-resto/paises-bajos-ccp-arbitration-act.pdf> (15.01.2023). Hollanda Medenî Usul Kanunu'nun 4. Kısım'nda yer alan m. 1045 hükmüne göre,

"1. Aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, hakem heyeti, tahkim yargılaması ile ilgili menfaat sahibi olan üçüncü bir kişinin, yargılamaya dahil olmasına veya katılmasına, taraflar ve üçüncü kişi bakımından aynı tahkim anlaşmasının bağlayıcı olması veya üçüncü kişi bakımından tahkim anlaşmasının asıl taraflar için olduğu gibi bağlayıcı olması halinde, izin verebilir.

2. Hakem heyeti, talebin bir nüshasını gecikmeksizin taraflara gönderir.

3. Hakem heyeti, taraflara konuya ilişkin beyanda bulunma imkânı tanır. Hakem heyeti, üçüncü kişiye konuya ilişkin beyanda bulunma hakkı tanır.

4. Dahil etme veya katılma kararı ile, üçüncü kişi tahkim yargılamasının tarafı haline gelir.

5. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, hakem heyeti, dahil etme veya katılmaya izin verdikten sonra, yargılama sürecinin ilerleyen aşamalarını belirler".

²³ Born, 2788.

İsviçre hukukunda tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde üçüncü kişinin iradesi uzun dönem önemli bir unsur olarak aranmış iken, son dönemde verilen kararlarda İsviçre Federal Mahkemesi'nin dürüstlük kuralı temelinde, özellikle yaratılan görünüme güven esasına dayanarak tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmiline yeşil ışık yaktığı görülmektedir.²⁴ Buna karşılık, irade unsurunu daha esnek ya da daha katı biçimde arayan hukuk düzenlerinde mahkemelerin üçüncü kişilere teşmil konusuna yaklaşımı da değişkenlik göstermektedir.²⁵

Ulusal düzenlemelerde tahkimde dahil etme ve katılma ile ilgili usule ilişkin hükümler nadiren bulunmakla birlikte, dahil etme ve katılmanın giderek daha yoğun ve daha açık biçimde kurumsal tahkim merkezlerinin kurallarında düzenleme konusu olduğu belirtilmelidir.²⁶

Dahil etme ve katılma (aynı zamanda birleştirme) konusunda en kapsamlı ve güvenilir çözümler söz konusu kurumsal tahkim merkezlerinin kuralları çerçevesinde sunulmaktadır. Özellikle son dönemde ICC Tahkim Kuralları, Londra Milletlerarası Tahkim Divanı Tahkim Kuralları (LCIA Tahkim Kuralları), İsviçre Milletlerarası Tahkim Kuralları (İsviçre Kuralları), Singapur Milletlerarası Tahkim Merkezi (SIAC) Tahkim Kuralları yeniden düzenlenen dahil etme hükümleri içermekte; ayrıca bazıları katılma ile ilgili hüküm de getirmektedir. Paralel şekilde, Türkiye'de aktif tahkim kurumlarından olan İTOTAM'ın Tahkim Kuralları kapsamında da dahil etme müessesesine yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere, daha çok dahil etme hükümleri getirilmiş; katılma her tahkim kurumunun kurallarında yer almamıştır. O nedenle aşağıda dahil etme ekseninde belli başlı tahkim kurumlarının kuralları incelenmekte; bunlardan katılma ile ilgili hüküm içerenlere ayrıca değinilmektedir.

²⁴ Bkz. Nathalie Voser, *The Swiss Perspective on Parties in Arbitration: "Traditional Approach With a Twist Regarding Abuse of Rights" or "Consent Theory Plus"*, 30th Anniversary, School of International Arbitration Celebration Conference: The Evolution and Future of International Arbitration: The Next 30 Years, Chapter 9; Hatice Özdemir Kocasakal, *"Tahkim Anlaşmasının Dürüstlük Kuralı Çerçevesinde Üçüncü Kişilere Teşmili, Tahkim Anlaşması*, Ed. Özdemir Kocasakal, H./ Balkar, S., İstanbul 2020, s. 25-65.

²⁵ Bkz. Hanotiau, 9 vd.; Slavomír Halla, *"Non-Signatories in International Commercial Arbitration: Contesting the Myth of Consent"*, ICLR, 2018, Vol. 18, No. 2, s. 61 vd.

²⁶ Çeşitli kurumsal tahkim merkezlerinin kurallarında geçmişten bugüne konunun ele alınış tarzı hakkında bkz. Hanotiau, 313 vd.

Ad hoc tahkim alanında uygulama alanı bulan UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın 2010 revizyonu ile de dahil etmeye ilişkin bir düzenleme yapılmıştır.²⁷

V. BAŞLICA KURUMSAL TAHKİM MERKEZLERİNİN KURALLARI UYARINCA DAHİL ETME VE KATILMA

Yukarıda değinildiği gibi, dahil etme ve katılma ile ilgili hükümler getirilmiş olması, daha çok kurumsal tahkimin avantajlarından biri olarak dikkat çekmektedir. Zira ulusal tahkim düzenlemelerinde konu henüz yaygın şekilde düzenlenmemiştir. Bu nedenle *ad hoc* tahkim bakımından dahil etme/katılma hükümleri içeren bir ulusal tahkim düzenlemesinin uygulanması söz konusu değilse ve taraflar dahil etme/katılmayı mümkün kılan bir anlaşma akdetmemişse, ancak UNCITRAL Tahkim Kuralları gibi bu tür hükümler içeren bir kural setinin seçilmiş olması halinde dahil etme/katılma mümkün olur.²⁸ Buna karşılık, kurumsal tahkimin tercih edildiği hallerde ilgili tahkim kurumunun kuralları dahil etme/katılma hükümleri içermekte ise bu hükümler çerçevesinde üçüncü kişilerin yargılamaya dahil edilmesi/katılması imkânı bulunur. Aşağıda görüleceği üzere, özellikle son yıllarda çeşitli kurumların kuralları, dahil etme/katılma hükümleri içerecek veya bu hükümleri daha spesifik hale getirecek şekilde revize edilmiştir. Son yıllarda getirilen yeni hükümlerden önce LCIA'nın 1998 Tahkim Kuralları'nda, 2012 İsviçre Kuralları'nda ve 2012 ICC Tahkim Kuralları'nda dahil etme ve/veya katılma hükümlerinin öncü versiyonları yer almış; takiben özellikle son on yıllık dönemde dahil etme/katılma konusunda iradelerin varlığı ve tarafların hakem heyetinin teşekkülüne ve yargılamaya eşit katılım hakları dikkate alınarak yeni düzenlemeler yapılmıştır.

²⁷ Çalışmanın konusu başlıca kurumsal tahkim merkezlerinin kuralları kapsamında dahil etme ve katılmanın düzenlenmesi oluşturduğundan UNCITRAL Tahkim Kuralları ayrıca ele alınmamıştır. Ancak burada belirtmek gerekir ki, *ad hoc* tahkim alanında yoğun olarak uygulama alanı bulan UNCITRAL Tahkim Kuralları kapsamında da dahil etme düzenlenmiştir. UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın 2010 yılı versiyonunda bu düzenlemeye yer verilmiş; 2013 ve 2021 yılı versiyonunda da aynı hüküm muhafaza edilmiştir. Buna göre, hakem heyeti, taraflardan birinin talebi üzerine üçüncü kişilerin dahil edilmesine, bu üçüncü kişinin tahkim anlaşmasına taraf olması şartı ile ve bütün tarafların görüşlerini alarak izin verebilir (m. 17(5)).

²⁸ Hanotiau, 312 vd.

Kural setleri arasında özellikle dahil etme/katılma konusunda irade (rıza) şartının aranıp aranmayacağı,²⁹ dahil etme/katılma koşulları ve karar vermeye yetkili makam konusunda farklılıklar görülmektedir. İTOTAM Tahkim Kuralları'nda da konuya ilişkin düzenleme getirilmiş olup, bu kuralların güncel öncülleri ışığında değerlendirilmesinde yarar vardır.

Eğer kurumsal tahkim seçilmiş ve seçilen kurumun kurallarında dahil etme/katılma ile ilgili düzenleme yok ise, bu durumda üçüncü kişi dahil olmak üzere tüm tarafların onay vermesi halinde dahil etme/katılma mümkün olmalıdır. Bu halde dahi hakem heyetleri, tahkim anlaşmasında dahil etme mekanizması ile ilgili bir hüküm yoksa, dahil etme/katılma yönünde karar verme konusunda çekimser kalabilmektedir.³⁰ Dolayısıyla, tahkim kurumlarının kurallarında dahil etme/katılmanın düzenlenmiş olması, konuya ilişkin hukukî belirlilik ve öngörülebilirlik sağlanması açısından önemlidir.³¹ Aşağıda belli başlı kurumların kuralları çerçevesinde dahil etme/katılma ele alınmaktadır.

A. ICC TAHKİM KURALLARI

ICC'nin çok taraflı tahkime ilişkin çalışmaları 1980'li yıllara uzanmakta olup,³² 1995 yılında hazırlanan "Çok Taraflı Tahkime İlişkin Nihai Rapor" ile çok taraflı tahkimin çeşitli yönlerine ilişkin değerlendirme yapılmış; bu kapsamda üçüncü kişilerin başlamış bir tahkim yargılamasına dahil edilmesi - katılması da ele alınmıştır. Bunu takiben 1 Ocak 1998 tarihli Kurallar kapsamında "Birden Fazla Taraf" a

²⁹ İrade şartının aranıp aranmayacağı veya ne ölçüde yahut hangi tarafların iradesinin aranacağı konusunda aşağıda görüleceği üzere, tahkim kurumlarının kuralları geniş bir yelpazede düzenleme getirmiştir. Bazı kural setleri, bütün tarafların iradesini aramaktadır. Diğer bazıları, yargılamanın karşı tarafının itirazı olsa da dahil etme talep eden tarafın ve üçüncü kişinin iradesinin varlığını yeterli görmekte; bir diğer grup kural seti ise, davanın somut koşulları çerçevesinde üçüncü kişinin ve karşı tarafın itirazına rağmen dahil etme talebine izin vermektedir. Gómez, 483 vd.

³⁰ Gómez Carrión, 484.

³¹ Gómez Carrión, 484.

³² Bkz. "ICC Guide to Multi-Party Arbitration", 1982, ICC Yayın No. 404. Ayrıca bkz. Hanotiau, 322-329. "Final Report on Multi-Party Arbitrations", ICC Commission on International Arbitration, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 1995, Vol. 6, no. 1, s. 26 vd.

ilişkin bir hükme m. 10'da yer verilmiş; ancak konu davacı ve davalı yanda birden fazla tarafın bulunması ihtimaline ilişkin olarak düzenlenmiştir. ICC Tahkim Kuralları'nda başlamış bir tahkim yargılamasına üçüncü kişileri dahil etme müessesesinin düzenlenmesi ise 2012 yılını bulmuştur. 1 Ocak 2012 tarihli Tahkim Kuralları'nda sadece dahil etme (*joinder*) hükmüne (m. 7) yer verilmiş; katılma (*intervention*) düzenlenmemiştir. Buna ek olarak birleştirme (m. 10) ve birden çok sözleşmeye (m. 9) dayanan tahkim yargılamalarına ilişkin hükümler getirilmiştir. Bu hükümler ICC Tahkim Kuralları'nın 1 Mart 2017 tarihli versiyonu kapsamında değiştirilmemiş; ancak 1 Ocak 2021 tarihli versiyonda özellikle dahil etme ile ilgili hükümde bazı değişiklikler yapılmıştır.³³ Aşağıda 1 Ocak 2021 tarihli versiyonda düzenlenen hali ile davaya dahil etme hükmü (m. 7) incelenmektedir.

ICC Tahkim Kuralları m. 7(1)'e göre, üçüncü bir kişiyi (*additional party*) tahkim yargılamasına dahil etmek isteyen tarafın Sekreteryaya üçüncü kişiye yönelik bir tahkim talebi sunması gerekir. Üçüncü kişi de dahil olmak üzere bütün taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça veya m. 7(5) uyarınca üçüncü kişinin dahil edilmesi söz konusu olmadığı sürece, herhangi bir hakemin onaylanmasından veya atanmasından sonra üçüncü kişi tahkime dahil edilemez.

2021 yılında eklenen m. 7(5)'e göre ise, bir hakemin onaylanmasından veya atanmasından sonra yapılan dahil etme talepleri hakkında hakem heyeti karar verir ve bu talepler üçüncü kişinin hakem heyetinin oluşumunu ve varsa Görev Belgesini (*Terms of Reference*) kabul etmesine bağlıdır. Böylece 1 Mart 2017 tarihli Tahkim Kuralları'ndan farklı olarak, bir hakemin onaylanması veya atanması sonrasında yapılan talepler bakımından, üçüncü kişi dahil bütün tarafların rıza göstermesi şartı yumuşatılmış ve taraflardan biri itiraz etse de şartları varsa dahil etme talebini kabul etme konusunda hakem heyetine takdir yetkisi verilmiştir. Söz konusu hükümde, hakem heyetinin üçüncü kişi bakımından yetkili olduğu konusunda *prima facie* bir kanaate ulaşması (talebin zamanlaması; olası menfaat çatışmaları ve dahil etmenin tahkim yargılaması üzerindeki etkileri) dahil olmak üzere ilgili her türlü

³³ ICC Arbitration Rules 2017 & 2021 - Compared Version, <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/20-20/12/icc-2021-2017-arbitration-rules-compared-version.pdf> (16.01.2023).

koşulu dikkate alması gereği vurgulanmış; ayrıca üçüncü kişinin dahil edilmesine ilişkin kararın, hakem heyetinin üçüncü kişi bakımından yetkiye ilişkin kararına hanel getirmeyeceği hükme bağlanmıştır. Böylece, 2021 revizyonunda eklenen m. 7(5) ile, bir hakemin onaylanması veya atanması sonrasında sunulan talepler bakımından tüm tarafların rızası olmasa da dahil etme mümkün kılınmıştır.

Hakemin onaylanması veya atanması öncesi aşamada üçüncü kişilerin yargılamaya dahil edilmesi için tarafların ve/veya üçüncü kişinin rızasının arandığı yönünde bir hükme yer verilmemiştir. Bu anlamda ICC Tahkim Kuralları dahil etme bakımından irade gereğinden ayrılmıştır. Zira, çok taraflı bir sözleşmeden doğan uyuşmazlığa ilişkin mevcut bir tahkim yargılamasına üçüncü kişinin veya karşı tarafın rızası olmasa da üçüncü kişinin dahil edilmesi mümkündür.³⁴

ICC Tahkim Kuralları m. 7(2) - 7(4)'te dahil etme talebinin içeriği ve üçüncü kişinin vereceği cevaba ilişkin düzenleme getirilmiştir. Ayrıca hakem tayinine ilişkin m. 12(7), (8), (9) ve bağlantılı sözleşmelere ilişkin m. 9 hükümleri de dikkate alınmalıdır.

Dahil etme ile ilgili genel hüküm niteliği taşıyan m. 7(1) hükmünün, tahkim anlaşmasının hüküm ve sonuçlarını düzenleyen m. 6 ile birlikte ele alınması gerekir. ICC Tahkim Kuralları m. 6(4)(i) hükmüne göre, Divan'ın bütün tarafları bağlayan bir tahkim anlaşmasının varlığına *prima facie* kani olması gerekmektedir. Hükmün devamında (ii) bendinde ise m. 9 uyarınca bağlantılı sözleşmelerden doğan talepler birden fazla tahkim anlaşmasına dayanılarak ileri sürülmüşse, Divan'ın tahkim anlaşmalarının birbiriyle uyumlu olduğu ve bütün tarafların uyuşmazlıkların tek bir tahkim yargılamasında çözülmesi konusunda anlaştığı yönünde *prima facie* bir kanaat edinmesi gereği hükme bağlanmıştır.

Böylece, hakemlerden birinin veya tek hakemin onaylandığı veya atandığı tarihten önce dahil etme talebi sunulmuşsa Divan; bu tarihten sonra dahil etme talebi sunulmuşsa hakem heyeti, *prima facie* bir inceleme ile üçüncü kişi bakımından bağlayıcı bir tahkim anlaşması bulunup bulunmadığını değerlendirerek dahil etme talebi hakkında karar verir. Ancak nihaî olarak hakem heyeti, yetkiye ilişkin (*decision*

³⁴ Smith, 178.

on *jurisdiction*) karar verirken eğer üçüncü kişi bakımından bağlayıcı bir tahkim anlaşması bulunmadığı veya tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmil edilemeyeceği kanaatine ulaşırsa, yetkisizlik kararı verebilir. Aksi durumda ise, yetkili olduğuna karar vererek esasa ilişkin kararını tesis eder.

Hakemlerden birinin veya tek hakemin onaylanması veya atanması öncesinde yapılacak dahil etme talebi bakımından üçüncü kişinin veya karşı tarafın rızasının aranmaması neticesinde, Divan, *prima facie* bir inceleme ile üçüncü kişi açısından bağlayıcı bir tahkim anlaşması bulunduğu kanaatine ulaşırsa, tahkim sürecinin üçüncü kişi de dahil edilerek devam etmesine karar verebilir. Bu yönü ile ICC Tahkim Kuralları'nın tahkimde iradenin temel olduğu anlayışından bir ölçüde ayrıldığı görülmektedir. 2021 yılında eklenen m. 7(5) hükmü de bu eğilimi yansıtmaktadır.

B. LCIA TAHKİM KURALLARI

LCIA 1998 yılında sınırlı bir dahil etme hükmü getirmiş;³⁵ 2014 yılı revizyonunda bu hükmün ifadesi değiştirilmiş³⁶ ve 2020 yılında yapılan revizyon kapsamında ise hüküm aynen muhafaza edilmekle birlikte, hükme "açıkça" sözcüğü eklenerek dahil etme talep eden taraf ile üçüncü kişinin yazılı şekilde "açıkça" anlaşması şartı aranmıştır.³⁷

³⁵ 1998 LCIA Tahkim Kuralları m. 22'de hakem heyetinin ek yetkileri düzenlenmiş; bu kapsamda üçüncü kişilerin dahil edilmesi talebi hakkında karar verme yetkisi tanınmıştır. Madde 22.1 (h) hükmü şu şekildedir: "to allow, only upon the application of a party, one or more third persons to be joined in the arbitration as a party provided any such third person and the applicant party have consented thereto in writing, and thereafter to make a single final award, or separate awards, in respect of all parties so implicated in the arbitration".

³⁶ 2014 LCIA Tahkim Kuralları m. 22.1 (viii) hükmü şu şekildedir: "to allow one or more third persons to be joined in the arbitration as a party provided any such third person and the applicant party have consented to such joinder in writing following the Commencement Date or (if earlier) in the Arbitration Agreement; and thereafter to make a single final award, or separate awards, in respect of all parties so implicated in the arbitration".

³⁷ LCIA Tahkim Kuralları'nda dahil etme, hakem heyetinin yetkileri kapsamında düzenlenmiş ve ek yetkilerden biri olarak yerini almıştır. Bu açıdan LCIA Tahkim Kuralları, ICC Tahkim Kuralları'ndan ve diğer örneklerin büyük kısmından farklılık göstermektedir. Zira örneğin, ICC Tahkim Kuralları'nda, İsviçre Kuralları'nda ve SIAC Tahkim Kuralları'nda aşağıda görüleceği üzere, dahil etme hükümleri, tahkim usulüne ilişkin kuralların baş kısımlarında ve ayrı bir kural olarak düzenlenmektedir.

1 Ekim 2020 tarihinden itibaren yürürlükte olan Kurallar m. 22.1 (x) hükmü, taraflardan birinin, üçüncü kişilerin (*third persons*) dahil edilmesi talebi sunabileceğini öngörmekte; bunun için talepte bulunan tarafın ve üçüncü kişinin dahil etme konusunda yazılı şekilde açık bir anlaşma yapmaları şartını aramaktadır. Böylece dahil etmenin, ancak talep sahibi ile üçüncü kişi arasında yazılı ve açık bir irade beyanı varsa mümkün olabileceği anlaşılmaktadır. 2020 revizyonunda “açıkça” sözcüğünün eklenmesi, iki tarafın dahil etme iradesinin tereddüde yer vermeyecek şekilde beyan edilmesi gereğini ifade etmektedir. Ancak söz konusu hüküm, karşı tarafın rızasının alınması gereğinden bahsetmemektedir. Bu yönü ile LCIA Tahkim Kuralları’nın da irade esasından ayrıldığı söylenebilir.³⁸ Zira karşı taraf dahil etmeye itiraz etse de hakem heyeti üçüncü kişinin dahil edilmesine izin verebilecektir.

Dahil etme talebinin yapılma zamanı ile ilgili olarak hakem heyetin teşekkülünden önce veya sonra yapılması açısından bir açıklık bulunmamaktadır. Dahil etme talep eden taraf ile üçüncü kişinin yazılı şekilde anlaşmasına ilişkin olarak, tahkim yargılamasının başlama tarihinden (yani tahkim talebinin sunulduğu tarihten) sonra tarafların açık bir yazılı anlaşma yapmaları gereğinden veya tahkim anlaşmasında bu konuda hüküm bulunması gereğinden söz edilmektedir. Ancak dahil etme konusunda yetki hakem heyetine verildiğinden, dahil etme talebi hakem heyeti oluşmadan önce sunulmuş olsa da bu talep hakkında karar verme yetkisinin hakem heyetine verildiği anlaşılmaktadır.

Sadece taraflardan birinin üçüncü kişinin dahil edilmesi talebini ileri sürebileceği kabul edildiğinden, üçüncü kişilerin katılma talebinde bulunmasına izin verilmediği görülmektedir.

C. İSVİÇRE KURALLARI

İsviçre Kuralları’nın en son versiyonu 2021 yılında yürürlüğe girmiş olup, İsviçre Kuralları’nda 2012 yılından bu yana dahil etme ve katılma hükümleri yer almıştır. 2012 yılına ait versiyonda yer alan

³⁸ Smith, 181; Gómez Carrión, 486-488. Yargılamanın karşı tarafının, LCIA Kurallarına tâbi olarak tahkime gitmeyi kabul etmekle dahil etmeye rıza gösterdiği kabul edilmektedir. Bkz. Gómez Carrión, 487.

hüküm (m. 4.2) genel bir düzenleme niteliğinde olup, devam etmekte olan tahkim yargılamasına üçüncü kişilerin dahil edilmesi veya katılması konusunda bütün tarafların görüşü alındıktan sonra ilgili her türlü durum dikkate alınarak hakem heyeti tarafından karar verilmesini öngörmektedir.

2021 yılında dahil etme/katılma hükmü farklı bir bakış açısı ile değiştirilmiş ve m. 6(1)'de öncelikle taleplerin ileri sürülmesi çerçevesinde, üçüncü kişilere (*additional party*) karşı taleplerin ileri sürülmesi (*joinder*) veya üçüncü kişiler tarafından mevcut yargılamanın taraflarına karşı talep ileri sürülmesi (*intervention*) şeklinde ifade edilmiştir.

Kurallar m. 6'nın 2. ve 3. fıkralarında ise, dahil etme/katılma talebinin hakem heyetinin teşekkülü öncesi ve teşekkülü sonrasında sunulması düzenlenmiştir. Bu çerçevede m. 6(2) uyarınca, hakem heyetinin teşekkülü öncesinde dahil etme/katılma talebinin Sekreteryaya sunulması; Sekreteryanın talebi muhatabına, diğer taraflara ve onaylanan hakem(ler)e iletceği öngörülmüştür. Devamla, bu Kuralların dahil etme/katılma talebine uygulanmasına yönelik bir itiraz veya birden fazla tahkim anlaşmasına dayanan taleplerin birlikte görülemeyeceği itirazı da dahil olmak üzere, yetkiye ilişkin diğer bir itirazın, dahil etme/katılma talebinin alınmasından itibaren 15 gün içinde ileri sürülmesi gerektiği hükme bağlanmış ve m. 5 hükmünün duruma göre uygulanacağı belirtilmiştir. İsviçre Kuralları m. 5 hükmü, m. 6(2) ile birlikte değerlendirildiğinde, bu Kurallar'ın dahil etme/katılma talebine uygulanmasına yönelik bir itiraz veya birden fazla tahkim anlaşmasına dayanan taleplerin birlikte görülemeyeceği itirazı da dahil olmak üzere, yetkiye ilişkin diğer bir itiraz karşısında Divan,

- Bu Kuralları yetkili kılan bir tahkim anlaşmasının bulunmadığını açıkça tespit etmediği sürece; veya
- Birden fazla tahkim anlaşması uyarınca ileri sürülen talepler söz konusu olduğunda tahkim anlaşmalarının açıkça birbiri ile uyumlu olmadığını

tespit etmediği sürece tahkimin devam edeceği görülmektedir.

Ayrıca m. 5(2) uyarınca, Divan'ın tahkimin devam etmesine ilişkin kararı, hakem heyetinin m. 23'e dayanarak yetkiye ilişkin karar verme

yetkisine hâlel getirmez.³⁹ Bir başka deyişle, dahil etme/katılma talebinin, hakem heyetinin teşekkülü öncesinde ileri sürülmüş olması halinde, kural olarak, dahil etme/katılma talebi ile ilgili üçüncü kişiyi bağlayan bir tahkim anlaşmasının bulunmadığı ya da birden fazla tahkim anlaşmasının birbiri ile uyumlu olmadığı çok açık şekilde görülmediği sürece tahkim yargılaması devam eder ve hakem heyeti yetkiye ilişkin karar kapsamında dahil etme/katılma talebi hakkında karar verir. Bu kararı verirken, aşağıda görüleceği üzere, hakem heyetinin bütün

³⁹ İsviçre Kuralları'nda yer alan düzenleme ile ICC Kuralları'nda yer alan düzenleme birbirine benzerliği ile dikkat çekmektedir. ICC Tahkim Kuralları'nda Divan'ın prima facie bir inceleme ile bütün tarafları bağlayan bir tahkim anlaşmasının varlığına kani olması gereği kabul edilmiş; buna benzer şekilde İsviçre Kuralları kapsamında, yukarıda yer verildiği üzere, dahil etme/katılma talebini kapsayan bir tahkim anlaşmasının bulunmadığının son derece aşikâr olduğu hallerde, Divan'ın dahil etme/katılma talebini reddedebileceği veya bu talep bakımından tahkim yargılamasının devam etmemesi yönünde karar verebileceği anlaşılmaktadır. Hem ICC Tahkim Kuralları'nda hem de İsviçre Kuralları'nda dahil etme/katılma talebinin konusu olan kişiler için "additional parties" terimine yer verildiği de dikkate alındığında, bu iki kurumun, dahil etme/katılma müessesesini daha çok hali hazırda tahkim anlaşmasına taraf olan veya aralarında uyumlu tahkim anlaşmaları bulunan taraflar bakımından öngörüldüğü düşünülebilir. Bkz. Gómez Carrión, 493. Ancak açıktır ki, tahkim anlaşmasının teşmil edilebileceği üçüncü kişiler bakımından da bu müesseselere hem ICC tahkiminde hem de İsviçre Kuralları kapsamında başvurulabilir. ICC Tahkim Kuralları ve İsviçre Kuralları, tahkim anlaşmasının üçüncü kişiler bakımından hiçbir şekilde bağlayıcı olmayacağını aşikâr olduğu haller bakımından dahil etme/katılma müessesesinin işletilmemesini temin etmek üzere tasarlanmıştır.

LCIA Tahkim Kuralları'nda ise, "third persons" terimine yer verilmiş ve söz konusu üçüncü kişiler ile dahil etme talep eden tarafın dahil etme konusunda yazılı şekilde anlaşması şartı getirilmiştir. Bu noktadan hareketle, LCIA Tahkim Kuralları'nın mevcut yargılamanın dayanağı olan tahkim anlaşmasına veya söz konusu tahkim yargılamasına taraf olmayan üçüncü kişileri de kapsayabileceği ifade edilmiştir. Bkz. Gómez Carrión, 487-488. Ancak, ICC ve İsviçre Kuralları ile LCIA Kuralları'nın benimsediği düzenleme tarzı arasında anlamsal açıdan bir fark olup olmadığı değerlendirildiğinde, aslında iki kural kategorisi arasında ciddi bir fark olmadığı; sadece LCIA Kurallarının tahkim anlaşmasının kendisine teşmil edilebileceği üçüncü kişilerin de dahil edilebileceği olgusunu öne çıkardığı görülmektedir. Buna karşılık ICC Tahkim Kuralları ve İsviçre Kuralları, tahkim anlaşmasının tarafı olan veya tahkim anlaşmasının teşmil edilebileceği üçüncü kişilerin yargılamaya dahil edilmesi veya katılmasını bu kuralların uygulanmasına verilen rıza kapsamında ele almakta; ayrıca bir irade beyanı aramamaktadır. Bir başka deyişle, hakem heyetinin teşmil yönünde karar vermesi halinde (hakem heyetinin teşekkülü öncesinde sunulan talepler bakımından) dahil etme/katılma konusunda ayrı bir irade beyanı gerekli görülmemiştir.

LCIA Kuralları'nda ise dahil edilen üçüncü kişi ile talep eden taraf arasında ayrıca bir yazılı anlaşma yapılması şartı getirilmiş; böylece üçüncü kişinin dahil etme konusunda rızası alınarak kendisinin LCIA Tahkim Kurallarının seçildiği bir tahkim anlaşmasına taraf olmadığı itirazının bertaraf edilmesi imkânı yaratılmıştır.

tarafaların görüşünü aldıktan sonra, ilgili her türlü hal ve şartı dikkate alması öngörülmüştür.

Hakem heyetinin oluşması sonrasında dahil etme/katılma talebinin ileri sürülmesi halinde ise, artık hakem heyeti konuyu yetkiye ilişkin karar verme yetkisi dahilinde ele alır ve dahil etme/katılma talebi hakkında karar verir (m. 6(3)). Hakem heyetinin, bütün tarafların görüşünü aldıktan sonra ve ilgili her türlü hal ve şartı değerlendirerek karar vermesi gerekir. Ancak heyetin, tarafların rızasını alması şartı aranmamış; bu hali ile İsviçre Kuralları da irade gereğinden ayrılmış; bunun yerine ilgili her türlü hal ve şartın dikkate alınması gereğini öngörmüştür.

Son olarak, İsviçre Kuralları'nın 2021 yılı revizyonu ile m. 6 hükmüne eklenen 4. fıkra ile getirilen, üçüncü kişilerin (*third person*) taraf sıfatı taşımaksızın yargılamaya dahil edilmesine veya katılmasına ilişkin düzenlemeden bahsedilmelidir. Bu hükme göre, hakem heyeti, üçüncü kişinin taraf sıfatı taşımaksızın (*in a capacity other than an additional party*) dahil edilmesi veya katılması talebi üzerine, bütün tarafların ve üçüncü kişinin görüşünü aldıktan sonra, bu tür bir katılıma ve yöntemine, ilgili her türlü hal ve şartı değerlendirerek karar verecektir.

Görüldüğü üzere, İsviçre Kuralları, bütün tarafların görüşünün alınması şartını aramakta; ancak bunu istişare (*consulting*) gereği şeklinde öngörmektedir. Yoksa mevcut tarafların ve üçüncü kişilerin iradesi araştırılmamaktadır. Ayrıca, üçüncü kişilerin taraf olarak yer almaksızın dahil edilmesi veya katılmasına ilişkin imkân da bir yenilik olarak Kurallar'da yerini almıştır.

D. SIAC TAHKİM KURALLARI

SIAC Tahkim Kuralları'nın 1 Ağustos 2016 tarihli son revizyonu ile dahil etme/katılma hükmü geniş kapsamlı ve bağımsız bir düzenlemeye kavuşmuştur.⁴⁰ Kurallar'ın 7. maddesi uyarınca, üçüncü bir kişiyi dahil etmek isteyen tarafın talep tarihi itibarıyla hakem heyetinin teşekkül etmiş olup olmamasına göre iki seçeneği bulunmaktadır: İlk

⁴⁰ SIAC Tahkim Kuralları'nın 2016 öncesindeki versiyonunda, LCIA Tahkim Kuralları'nda olduğu gibi, dahil etme, hakem heyetinin ek yetkileri kapsamında hüküm altına alınmıştı ve katılma düzenlenmemişti. Kurallar'ın 2016 versiyonunda dahil etme ve katılma ayrı bir maddede düzenlenmiştir.

olarak, m. 7(1) uyarınca hakem heyetinin teşekkülü öncesinde dahil etme/katılma talebi Sekreteryaya sunulabilir; (a) üçüncü kişi tahkim anlaşması ile *prima facie* bağlı olduğu takdirde; veya (b) üçüncü kişi de dahil olmak üzere, bütün taraflar dahil etme/katılmaya rıza gösterirse, üçüncü kişi yargulamaya dahil edilebilir veya katılabilir. Madde 7(4) uyarınca, Divan, üçüncü kişi de dahil olmak üzere bütün tarafların görüşünü alarak ve davaya ilişkin koşulları değerlendirerek, m. 7(1)'e göre dahil etme/katılma başvurusunun kısmen veya tamamen kabul edilip edilmeyeceğine karar verir. Divan'ın bu konuda vereceği karar, hakem heyetinin yetkiye ilişkin kararı kapsamında konuyu inceleme yetkisine hanel getirmez. Divan'ın m. 7(4) kapsamında başvuruyu kısmen veya tamamen ret kararı, tarafların ve üçüncü kişinin m. 7(8)'e göre hakem heyetine aynı konuda başvuru hakkını etkilemez.

İkinci olarak, m. 7(8) uyarınca hakem heyeti teşekkül ettikten sonra (a) üçüncü kişi tahkim anlaşması ile *prima facie* bağlı olduğu takdirde veya (b) üçüncü kişi de dahil olmak üzere, bütün taraflar dahil etme/katılmaya rıza gösterir ise heyete dahil etme/katılma başvurusu yapılabilir. Madde 7(10)'a göre, hakem heyeti, üçüncü kişi de dahil olmak üzere tüm tarafların görüşünü alarak ve davaya ilişkin koşulları değerlendirerek başvuruyu kabul edip etmeyeceğine karar verir. Hakem heyetinin bu konuda vereceği karar, heyetin daha sonra yetkiye ilişkin karar verme yetkisine hanel getirmez.

Görüldüğü üzere, SIAC Kuralları uyarınca dahil etme/katılma başvurusu için üçüncü kişinin tahkim anlaşması ile bağlı olduğunun ilk bakışta anlaşılması gerekmekte veya üçüncü kişi de dahil bütün tarafların dahil etme/katılmaya muvafakat etmesi gerekmektedir. Başvurunun kabul edilmesi ise, bütün tarafların görüşü alınıp somut durumun değerlendirilmesi sonucunda mümkün olabilmekte ve nihai olarak hakem heyetinin üçüncü kişi bakımından yetkili olup olmadığını değerlendirme hakkı ise saklı tutulmaktadır. Dolayısıyla, hakem heyeti, yetkiye ilişkin karar verirken, dahil etme/katılma başvurusuna konu üçüncü kişi bakımından davanın yetki yönünden reddine de karar verebilir. Özellikle tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin ayrıntılı değerlendirme gerektirdiği dikkate alındığında, dahil etme/katılma başvurusunun kabul edilmesinin, üçüncü kişi bakımından tahkim anlaşmasının maddi hukuk anlamında bağlayıcı olduğu anlamına gelmediği SIAC Kurallarında açık olarak görülmektedir.

SIAC Kuralları ayrıca dahil etme/katılma bakımından üçüncü kişinin tahkim anlaşmasının tarafı olduğunun *prima facie* anlaşılmadığı haller bakımından üçüncü kişi dahil bütün tarafların rızasını aramakla irade gereğini ön plâna çıkarmaktadır.

E. İTOTAM TAHKİM KURALLARI

Türkiye’de tahkim alanında aktif kurumlardan biri olan İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi’nin Tahkim Kuralları da çeşitli tarihlerde revize edilmiş; 2017 yılında yürürlüğe giren versiyonda davaya dahil etme ile ilgili bir hüküm yer almazken, 2021 yılında yürürlüğe giren versiyonda dahil etme ayrıca düzenlenmiştir. Katılma ise yer almamıştır.

İTOTAM Tahkim Kuralları’nın 14. maddesinde düzenlenen dahil etme hükmü uyarınca, üçüncü kişinin dahil edilmesini isteyen taraf, dahil etme talebini sunduğunda, bu talep hakkında m. 12(2) uyarınca, Divan tahkim anlaşmasının varlığına ilişkin itiraz üzerine yaptığı inceleme sonunda, tahkim anlaşmasının var olduğu kanaatine yapacağı ilk görünüş incelemesinde (*prima facie*) ulaşır ise, tahkim yargılamasının devamına karar verebilir. Bu halde tahkim anlaşmasının geçerliliği de dahil olmak üzere kendi yargılama yetkisi hakkında karar verme yetkisi hakem heyetine aittir. Divan, tahkim anlaşmasının mevcut olmadığı kanısına varırsa, tahkimin devam etmemesi yönünde karar verir.

Kurallar m. 14(2)’de ise, herhangi bir hakemin onaylanmasından veya atanmasından sonra üçüncü kişinin davaya dahil edilemeyeceği öngörülmüş; ancak üçüncü kişi dahil tüm tarafların dahil etmeye muvafakat etmesi halinde herhangi bir hakemin onaylanmasından veya atanmasından sonra da üçüncü kişinin yargılamaya dahil edilebileceği kabul edilmiştir.

Görüldüğü üzere, İTOTAM Tahkim Kuralları, ICC Tahkim Kuralları’na benzer şekilde, Divan’ın *prima facie* incelemesi ile üçüncü kişilerin yargılamaya dahil etmesine izin vermekte; ancak nihaî olarak hakem heyetinin yetkiye ilişkin kararı kapsamında tahkim anlaşmasının üçüncü kişiler bakımından bağlayıcı olup olmadığını değerlendirmesini öngörmektedir. Böylece, İTOTAM Tahkim Kuralları’nda da hakemlerden birinin veya tek hakemin onaylanması veya atanması öncesinde üçüncü kişilerin dahil edilmesi için karşı tarafın ve üçüncü kişinin rızası aranmamaktadır.

Yine ICC Tahkim Kuralları'na benzer şekilde, hakemlerden birinin ya da tek hakemin onaylanmasından veya atanmasından sonra üçüncü kişilerin dahil edilmesinin ancak bütün tarafların rızası ile mümkün olabileceği kabul edilmektedir. Ancak, ICC Tahkim Kuralları'na 2021 revizyonunda eklenen m. 7(5) hükmü doğrultusunda bir düzenleme getirilmemiştir.

VI. DAHİL ETME ve KATILMA DÜZENLEMELERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

Yukarıda görüldüğü üzere, çeşitli tahkim kurumlarının kurallarında dahil etme ve/veya katılma hükümleri yer almakla birlikte, bu hükümlerin kapsamı ve düzenleme tarzı arasında farklılıklar bulunmaktadır. Aşağıda bu farklılıklar ışığında kurumların kuralları değerlendirilmektedir.

A. DAHİL ETME/KATILMA TALEBİNDE BULUNABİLECEK KİŞİLER

İsviçre Tahkim Kuralları ve SIAC Tahkim Kuralları, dahil etme ve katılma müesseselerinin her ikisine birden izin veren kurallar olması itibarıyla dikkat çekmektedir. Bu kurallar kapsamında üçüncü kişinin dahil edilmesi (*to be joined*) veya yargılamaya katılma (*intervention*) talebinde bulunması mümkün olduğu gibi, yargılamanın mevcut taraflarının da üçüncü kişilerin dahil edilmesini talep etme imkânı vardır.

Üçüncü kişinin yargılamaya katılma (dahil edilme) talebinde bulunması ihtimali, tahkimin gizliliği bakımından soru işaretlerini beraberinde getirmektedir. Zira üçüncü kişinin, mevcut bir tahkim yargılamasının varlığı, detayları ve hangi aşamada olduğu hakkında bilgi sahibi olması gerekir ki, katılma başvurusunda bulunabilsin. Bahsedilen kurumların kurallarında üçüncü kişilerin katılması ve gizlilik ilişkisi konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu nedenle, belirli bir hukukî ilişkiye veya bağlantılı sözleşmelere taraf olan kişilerin, olası bir tahkim yargılamasına ilişkin ayrı bir gizlilik anlaşması yapmaları ve sunulacak beyanların gizliliğini temin etmeleri mümkündür.⁴¹ Özellikle tahkim yeri hukukunda veya seçilen tahkim kurumu-

⁴¹ Smith, 189.

nun kurallarında taraflara yönelik gizlilik yükümlülüğü getirilmeyen haller bakımından ilgili kişiler arasındaki gizlilik anlaşması uyarınca yargılamanın taraflarının tahkimin gizliliğini muhafaza etmesi sağlanabilir.

Yine yukarıda görüldüğü üzere, ICC ve LCIA Tahkim Kuralları, üçüncü kişinin katılmasına izin vermemekte; sadece taraflardan birinin, üçüncü kişileri dahil etme talebinde bulunabileceğini öngörmektedir. Benzer şekilde İTOTAM Tahkim Kuralları'nda da sadece dahil etme hükmüne yer verilmiştir. Bu kurumlar nezdinde yürütülen tahkim yargılamalarında üçüncü kişilerin yargılamaya katılması mümkün olmamakla birlikte; taraflardan birinin üçüncü kişilerin dahil edilmesi talebinde bulunması mümkündür.⁴²

B. TARAF OLARAK DAHİL EDİLEBİLECEK KİŞİLER

Kurumsal tahkim merkezlerinin kurallarında genellikle bir veya birden fazla üçüncü kişinin ya da tarafın (*third persons* veya *additional parties*) yargılamaya dahil edilebileceği kabul edilmektedir. Bunlardan ICC Tahkim Kuralları'nda dahil etme talebinin sunulduğu ana göre dahil etme talebi hakkında Divan'ın veya hakem heyetinin, tahkim anlaşmasının üçüncü kişi dahil bütün tarafları bağladığı yönünde *prima facie* bir kanaate ulaşması gereği ifade edilmiştir. Böylece, ICC Tahkim Kuralları'nın, dahil etme öznesi olabilecek üçüncü kişileri sınırlandırmadığı ve nihaî olarak hakem heyetinin yetkiye ilişkin karar kapsamında üçüncü kişilerin tahkim anlaşması ile gerçekten bağlı addedilip edilemeyeceğine karar vereceği anlayışı ile konuyu ele aldığı görülmektedir.

⁴² Dahil etme de gizlilik açısından hassas bir konu olup, taraflardan birinin başlamış bir tahkim yargılamasına üçüncü kişileri dahil etme talebinde bulunması taraflar arasındaki yargılamadan üçüncü kişilerin en azından haberdar olması anlamına gelir. İlgili ulusal (tahkim yeri) hukukta ve/veya kurumsal tahkim kurallarında taraflara gizlilik yükümlülüğü getiren hüküm yoksa, ancak taraflar arasında tahkim yargılamasına ilişkin bir gizlilik anlaşması varsa, dahil etme talebinin yargılamanın tarafları arasındaki gizlilik anlaşmasını ihlâl edip etmediği incelenmelidir. Ancak, yargılamanın taraflarından biri meşru menfaatinin bir gereği olarak üçüncü kişinin dahil edilmesini talep etmekte ise, sürmekte olan tahkim yargılamasından üçüncü kişinin gerekli olduğu ölçüde haberdar edilmesi gizlilik ilkesinin istisnalarından biri olarak değerlendirilmektedir. Bkz. Michael Hwang S.C./Katie Chung, *Defining the Indefinable: Practical Problems of Confidentiality in Arbitration*, *Journal of International Arbitration*, 2009, Vol. 26(5), s. 624-625.

LCIA Tahkim Kuralları'nda da bir veya birden fazla üçüncü kişinin yargılamaya dahil edilebileceği belirtilmiştir. Dahil edilen tarafın ve talep eden tarafın dahil etme konusunda yazılı rızası aranmakta; ancak karşı tarafın rızası aranmamaktadır. Burada da nihaî olarak hakem heyeti üçüncü kişilerin tahkim anlaşması ile bağlı addedilip edilmeyeceğine karar verir.

Benzer şekilde İsviçre Kuralları ve SIAC Tahkim Kuralları kapsamında da üçüncü kişilerin⁴³ dahil edilebileceği ve bu üçüncü kişilere ilişkin nihaî kararın hakem heyetince verilebileceği kabul edilmiştir. İTOTAM Tahkim Kuralları'nda da esas itibarıyla aynı yönde düzenleme getirilmiştir.

Yargılamaya dahil edilebilecek üçüncü kişiler, ya tahkim anlaşmasına halî hazırda taraf olan; ancak en başta yargılamada taraf gösterilmemiş olan kişilerdir ya da tahkim anlaşmasına taraf oldukları net olarak tespit edilemeyen ancak tahkim anlaşmasının kendilerine teşmil edilmesi söz konusu olabilecek kişilerdir. Özellikle ikinci ihtimal, hakem heyetinin yetkiye ilişkin kararı kapsamında değerlendirilir.

C. İRADE ŞARTI

1. Dahil Etme Açısından

Dahil etme için dahil edilen üçüncü kişinin ve karşı tarafın rızasının aranıp aranmayacağı konusunda kurumsal tahkim merkezlerinin kurallarında çeşitli hükümler yer almaktadır.

ICC Tahkim Kuralları, herhangi bir hakemin onaylanmasından veya atanmasından önce üçüncü kişilerin dahil edilmesi için rıza şartı aramazken, onay veya atama sonrasında bütün tarafların rızasını kural

⁴³ İsviçre Kuralları m. 6(1) hükmünde dahil etmeye ilişkin olarak "bir üçüncü kişi" (an additional party) ibaresi kullanılmış ise de bunun sınırlayıcı bir anlama geldiği düşünülmemelidir. Benzer şekilde ICC Tahkim Kuralları m. 7(1) hükmünde, maddenin başlığı çoğul ise de içerik olarak bir üçüncü kişinin dahil edilmesi (an additional party) şeklinde düzenleme getirilmiştir. Yukarıda ele alınan LCIA ve SIAC Tahkim Kuralları'nda ise, bir veya birden fazla üçüncü kişinin (one or more additional parties/third persons) dahil edilebileceği ifade edilmiştir. Ancak bu ifade tarzının aksi benimsendiğinde sadece "bir üçüncü kişinin" dahil edilebileceği düşüncesi yanıltıcı olur. Zira tahkim anlaşmasının dahil etmeye konu olabilecek birden fazla tarafı olabileceği gibi, tahkim anlaşmasının teşmil edilebileceği birden fazla üçüncü kişi de olabilir.

olarak (m. 7(5) istisnası ile) gerekli görmektedir. İsviçre Kuralları'nda da tarafların ve üçüncü kişinin rızası aranmamakta; hakem heyetinin yetkiye ilişkin kararını verirken tüm taraflarla istişare etmesi gereği öngörülmektedir. Böylece ICC Tahkim Kuralları'nda (hakem onaylanması veya atanması öncesinde) ve İsviçre Kuralları'nda bu kuralların uygulanmasının (üçüncü kişi ve tarafça) kabul edilmesi dahil etme talebi bakımından yeterli görülmektedir. Ancak irade gereğinin tahkim anlaşmasının maddî hukuk çerçevesinde teşmili bakımından hakem heyeti tarafından değerlendirilmek üzere dikkate alınacağı açıktır.

ICC Tahkim Kuralları'nda bir hakemin onaylanması veya atanması sonrasında ise, dahil etme için kural olarak tüm tarafların rızasının arandığı gözden kaçmamalıdır. Böylece usulî açıdan dahil etme talebinin kabul edilebilirliği için İsviçre Kuralları'nın en liberal düzenleme tarzını yansıttığı ve bu talebin usulî anlamda kabulü için tarafların ve/veya üçüncü kişinin rızasını aramadığı görülmektedir. Ancak üçüncü kişinin yargılamaya dahil edilmesi nihayetinde hakem heyetinin, üçüncü kişinin tahkim anlaşması ile bağlı olduğu kanaatine ulaşmasına bağlıdır.

ICC Tahkim Kuralları'na benzer şekilde İTOTAM Tahkim Kuralları'nda da herhangi bir hakemin onaylanmasından veya atanmasından sonra üçüncü kişinin davaya dahil edilemeyeceği öngörülmüş ancak üçüncü kişi dahil tüm tarafların dahil etmeye muvafakat etmesi halinde herhangi bir hakemin onaylanmasından veya atanmasından sonra da üçüncü kişinin yargılamaya dahil edilebileceği kabul edilmiştir.

LCIA Tahkim Kuralları'nda ise, talepte bulunan tarafın ve üçüncü kişinin dahil etme konusunda yazılı şekilde açık bir anlaşma yapmaları şartı aranmaktadır; ancak karşı tarafın rızası aranmamaktadır. Zira LCIA Tahkim Kuralları'nın uygulanmasına rıza gösterilmiş olması yeterli görülmektedir. Bir diğer deyişle, LCIA Tahkim Kuralları'nda üçüncü kişilerin dahil edilmesi düzenlenmiş olduğu için, bu kuralların uygulanmasının kabul edilmiş olması, üçüncü kişilerin yargılamaya dahil edilebileceğinin kabul edildiği anlamına gelmektedir.

SIAC Tahkim Kuralları'nda da iki seçenek çerçevesinde üçüncü kişilerin yargılamaya dahil edilebileceği öngörülmüştür. Buna göre,

üçüncü kişi tahkim anlaşması ile *prima facie* bağlı olduğu takdirde veya üçüncü kişi de dahil olmak üzere, bütün taraflar dahil etme/katılmaya rıza gösterirse üçüncü kişi yargılamaya dahil edilebilir. Böylece SIAC Tahkim Kuralları'nda üçüncü kişinin tahkim anlaşması ile bağlı olduğunun *prima facie* anlaşılmadığı haller bakımından tüm tarafların rızasının aranmakta; üçüncü kişinin tahkim anlaşması ile bağlı olduğunun *prima facie* anlaşıldığı durumlarda ise, tarafların ve üçüncü kişinin rızası aranmamakta ve bu suretle SIAC Tahkim Kuralları da aslında İsviçre Kuralları'na yaklaşmaktadır.

Görüldüğü üzere, tahkim kurumlarının kurallarında irade veya rıza şartı sınırlı bir çerçevede gerekli görülmekte; bazı kurumların kurallarında taraflar ile üçüncü kişinin tâbi olduğu bir tahkim anlaşmasının varlığı konusunda *prima facie* kanaat edinilebilen hallerde tarafların veya üçüncü kişinin rızası olmadan da dahil etme mümkün olabilmektedir. Taraflar (ve üçüncü kişi), ilgili kurumun kurallarının uygulanmasını tahkim anlaşmasında kabul etmekle, bu kurallara göre dahil etme konusunda da rıza göstermiş sayılmaktadır. Ancak tabiidir ki, hakem heyetleri tahkim anlaşmasının kişi bakımından kapsamını yorumlayarak usulen mümkün olan dahil etmenin, maddî hukuk anlamında da mümkün olup olmadığını incelemek durumundadır. Özellikle hakem onayı veya ataması gerçekleştiikten sonra veya bir tahkim anlaşmasının bulunduğu *prima facie* anlaşılmadığı takdirde ise, dahil etme bakımından rıza aranması daha yaygın olarak kabul edilmektedir.

2. Katılma Açısından

Kurumsal tahkim merkezlerinin kurallarında katılma, dahil etmeye kıyasla daha sınırlı olarak kabul edilmekte ve düzenlenmektedir. Üçüncü kişinin başlamış olan tahkim yargılamasına katılma talebinde bulunması yukarıda kuralları incelenen tahkim kurumlarından sadece İsviçre Tahkim Merkezi ve SIAC tarafından düzenlenmiş ve dahil etmeye paralel şekilde ele alınmıştır. İsviçre Kuralları'na göre üçüncü kişi bakımından da geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı yönünde *prima facie* kanaat oluşturduğu takdirde üçüncü kişi katılma başvurusu yapabilir; yine nihâi olarak hakem heyeti tarafından yetkiye ilişkin karar kapsamında üçüncü kişinin yargılamanın tarafı olarak yer alıp

almayacağı belirlenir. SIAC Tahkim Kuralları'nda da üçüncü kişi bakımından geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı yönünde *prima facie* kanaat olduğu takdirde üçüncü kişinin katılma başvurusunda bulunabileceği öngörülmüş; bu yönde bir kanaat oluşmadığı takdirde ise, bütün tarafların rızasının alınması gereğine yer verilmiştir.

Yargılama dışındaki bir üçüncü kişinin başlamış bir tahkim yargılamasına katılması için, yargılamanın mevcut taraflarının rızası ön plâna çıkmaktadır. Görüldüğü üzere, eğer bütün taraflar arasında bir tahkim anlaşmasının varlığı *prima facie* anlaşılabilirse, bahsedilen kurallara göre üçüncü kişinin katılabileceği kabul edilmiş olmaktadır. Bir diğer deyişle, mevcut taraflar, bu kuralları seçmekle, yargılamaya üçüncü kişinin katılabileceğini kabul etmiş olmaktadır. Buna karşılık, bütün taraflar arasında bir tahkim anlaşmasının bulunduğu *prima facie* anlaşılammakta ise, artık ancak başlamış olan yargılamanın mevcut taraflarının rızası ile üçüncü kişinin yargılamaya katılması mümkün olabilir.

D. YARGILAMADA GELİNEREN AŞAMA VE KARAR VERMEYE YETKİLİ MAKAM AÇISINDAN DAHİL ETME VE KATILMA

Tahkim merkezlerinin kurallarında dahil etme talebinde bulunması bakımından bir zaman-aşama sınırlaması genellikle getirilmemiştir. Sadece ICC Tahkim Kurallarında, bir hakemin onaylanması veya atanması sonrasında dahil etme talebinde bulunulması durumunda, bütün tarafların rızasının gerekli olduğu hükme bağlanmıştır. İTOTAM Tahkim Kuralları'nda da paralel bir düzenleme getirilmiştir. Bu iki kurumun kuralları uyarınca, bir hakemin onaylanması veya atanması öncesinde Divan karar vermeye yetkili iken, bir hakemin onaylanması veya atanması sonrasında sununal talepler bakımından hakem heyeti teşekkül etmişse, hakem heyetinin karar vermesi öngörülmüştür.

Buna karşılık, diğer kurumların kurallarında daha çok hakem heyetinin teşekkülü öncesinde talebin sunulması ile hakem heyetinin teşekkülü sonrasında talebin sunulması ayrımı yapılmış ve buna göre Divan veya hakem heyeti yetkili kılınmıştır.

Katılma talebi bakımından da bunun mümkün olduğu kurallar çerçevesinde dahil etmeye paralel şekilde hakem heyetinin teşekkülü öncesinde Divan; hakem heyetinin teşekkülü sonrasında ise heyet karar vermeye yetkilidir.

Kurumsal tahkim merkezlerinin kurallarında görüldüğü üzere, Divan ya da hakem heyetleri dahil etme/katılma talebi konusunda karar verirken az ya da çok takdir yetkisine sahiptir.⁴⁴ Bazı kurumların kurallarında dikkate alınması gereken unsurlar düzenlenmiştir. Örneğin, İsviçre Kuralları'nda hakem heyetinin tüm taraflarla istişare etmesi ve halin bütün şartlarını dikkate alması gereğine işaret edilmiştir. Halin bütün şartları kapsamında, yargılamanın geldiği aşama, taraflar arasındaki talep ile üçüncü kişiye karşı ileri sürülen talep arasındaki ilişki, uyuşmazlığın esasına uygulanan hukuk gibi hususlar dikkate alınabilir.⁴⁵ SIAC Tahkim Kuralları'nda da bütün tarafların görüşü alınarak ve davaya ilişkin koşullar değerlendirilerek talep konusunda karar verilmesi kabul edilmiştir.

SONUÇ

Milletlerarası tahkimin çok taraflılık yönünde gelişmesinin doğal sonucu olarak, dahil etme/katılmaya (ve davaların birleştirilmesine) ilişkin düzenlemeler özellikle kurumsal tahkimde son yıllarda yerini almaktadır. Çok taraflı tahkim anlaşmalarında dahil etme/katılma ile ilgili hükümler bulunmayan hallerde, seçilen tahkim kurumunun kurallarında yer alan bu tür düzenlemeler taraflarca kabul edildiğinden, bu hükümler uygulama alanı bulur. Çok taraflı tahkim anlaşmalarının bulunmadığı; ancak üçüncü kişilere teşmin tartışılabilir olduğu hallerde de seçilen kurumun kuralları uyarınca dahil etme/katılma imkânı bulunabilir. Özellikle bu ikinci ihtimalde tüm tarafların dahil etme/katılmaya rıza göstermesi şartının aranıp aranmayacağı seçilen kurumun kurallarına göre değişkenlik göstermektedir. Her ne kadar dahil etme/katılma başvurusu açısından rıza şartının yeknesak biçimde arandığı söylenemese de nihaî olarak hakem heyetleri, üçüncü kişinin tahkim anlaşması ile bağlı olup olmadığına ilişkin bir karar vermek durumundadır.

⁴⁴ Smith, 193; Gomez, 501-502.

⁴⁵ Gomez, 502.

Bütün kurumların kuralları bakımından belki de tek ortak özellik, usulî açıdan dahil etme/katılma başvurusu kabul edilmiş olsa da nihayetinde hakem heyetinin üçüncü kişinin yargılamada taraf olarak yer alması konusunda yetkiye ilişkin karar çerçevesinde bir değerlendirme yapacak olmasıdır. Divan tarafından dahil etme/katılma başvurusunun reddedildiği hallerde ise, artık konu hakem heyetinin önüne kural olarak gelmemektedir. Ancak SIAC Tahkim Kuralları bu konuda farklı düzenleme getirmiş ve Divan tarafından başvurunun reddedilmesi halinde, daha sonra hakem heyetine tekrar başvuru yapma imkânı tanımıştır (m. 7(4)).

Tahkim kurumlarının kurallarında yer alan dahil etme/katılma hükümlerinin temel bakış açısı itibariyle çok farklılaşmadığı; bu kuralların amacının, dahil etme/katılmayı özellikle çok taraflı uyuşmazlıklar bakımından mümkün kılmaya çalıştığı görülmektedir. Farklılıklar, özellikle tarafların ve/veya üçüncü kişinin rızasının aranıp aranmayacağı veya hangi aşamada aranacağı hususunda dikkat çekmekte ve gerek tahkimin iradî temeline sadakat gerek usulî haklara riayet gereği çerçevesinde tüm tarafların veya talep eden tarafın ve üçüncü kişinin rızası belirli aşamalarda aranmaktadır. Usulî haklara riayet denildiğinde, hakem heyetinin teşekkülü sonrasında üçüncü kişilerin dahil edilmesi halinde, bu kişilerin hakem tayininde söz sahibi olamaması nedeniyle taraflara eşit muamele ilkesinin ihlâli gündeme gelir ki, bu da hakem kararının iptali veya tenfizinin reddi ile sonuçlanabilir. Dolayısıyla, hakem heyetinin teşekkülü sonrasında dahil etme için tüm tarafların rızasının aranması önemlidir ve kurumsal tahkim kurallarında bu hususun dikkate alındığı görülmektedir.

Bir başka deyişle, dahil etme/katılma, kurumsal tahkim merkezlerinin kurallarında taraf iradelerinden bağımsız ve soyut bir şekilde düzenlenmemekte; aksine ilgili kurallarda dahil etme/katılmanın genellikle en azından tarafların ve/veya üçüncü kişinin iradesi ile bağlantılı olarak mümkün kılındığı tespit edilmektedir. İTOTAM Tahkim Kuralları da bu eğilimi yansıtarak, özellikle bir hakemin onaylanması veya atanması sonrasında tüm tarafların rızası ile dahil etmeyi kabul edilebilir görmektedir.

Kaynakça

Kitaplar

Born Gary, *International Arbitration and Forum Selection Agreements*, 6th ed., Kluwer Law International 2021.

Born Gary, *International Commercial Arbitration*, 3rd ed. Wolters Kluwer 2021.

Hanotiau Bernard, *Complex Arbitrations: Multi-party, Multi-contract, Multi-issue – A Comparative Study (Second Edition)*, Kluwer Law International 2020.

Makaleler

Born Gary/ Forrest Stephanie, “Amicus Curiae Participation in Investment Arbitration”, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2019, Vol. 34, S. 3, s. 626-665.

Gómez Carrión Manuel, “Joinder of third parties: new institutional developments”, *Arbitration International*, 2015, Vol. 31, s. 479-505.

Demirkol Berk, “Does an Investment Treaty Tribunal Need Special Consent for Mass Claims?”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law* (2) 3: 612-639.

Halla Slavomír, “Non-Signatories in International Commercial Arbitration: Contesting the Myth of Consent”, *ICLR*, 2018, Vol. 18, No. 2, s. 59-80.

Hwang S.C.Michael/Chung Katie, “Defining the Indefinable: Practical Problems of Confidentiality in Arbitration”, *Journal of International Arbitration*, 2009, Vol. 26(5), s. 609-645.

Kaufmann-Kohler Gabrielle, “Multiple Proceedings – New Challenges for the Settlement of Investment Disputes”, *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, Ed. Arthur W. Rovine, *The Fordham Papers* 2013, s. 3-12.

Özdemir Kocasakal Hatice, “Tahkim Anlaşmasının Dürüstlük Kuralı Çerçevesinde Üçüncü Kişilere Teşmili, Tahkim Anlaşması”, Ed. Özdemir Kocasakal, H./Balbar, S., İstanbul 2020, s. 25-65.

Smith Gordon, “Comparative Analysis of Joinder and Consolidation Provisions Under Leading Arbitral Rules”, *Journal of Int’l Arbitration*, 2018, Vol. 35, No. 2, s.173-202.

Strong Stacie I., “Intervention and Joinder as of Right in International Arbitration”, *Vanderbilt Journal of Transnational Arbitration*, 1998, Vol. 31, S. 4, s. 917-996.

Tyler Richard J., “Kicking and Screaming: Joinder of Non-Signatories in Arbitration Proceedings”, *Dispute Resolution Journal*, 2020, Vol. 75, s. 111-124.

Voser Nathalie, *The Swiss Perspective on Parties in Arbitration: “Traditional Approach With a Twist Regarding Abuse of Rights” or “Consent Theory Plus”*, 30th Anniversary, School of International Arbitration Celebration Conference: *The Evolution and Future of International Arbitration: The Next 30 Years*, Chapter 9.

Diğer

“Final Report on Multi-Party Arbitrations”, ICC Commission on International Arbitration, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 1995, Vol. 6, no. 1.

Hollanda Medenî Usul Kanunu’nun Tahkime İlişkin 4. Kısmı’nın resmî olmayan İn-

gilizce çevirisi için bkz. <https://www.uv.es/medarb/observatorio/leyes-arbitraje/europa-resto/paises-bajos-ccp-arbitration-act.pdf>

ICC Arbitration Rules 2017 & 2021 – Compared Version, <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/20-20/12/icc-2021-2017-arbitration-rulescompared-version.pdf>

ICC Dispute Resolution 2020 Statistics, s. 9, <https://iccwbo.org/publication/icc-dispute-resolution-statistics-2020/>

“ICC Guide to Multi-Party Arbitration”, 1982, ICC Yayın No. 404.

“Judicial Code Provisions Relating to Arbitration”, The Belgian Center for Arbitration and Mediation, https://www.arbitrationbelgium.com/brochures%20EN/pdf_code_judiciaire.pdf

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 1985 with Amendments as adopted in 2006, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf

ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKUNDA VAKIA TESPİTİ

FACT-FINDING IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW

Işıl EGEMEN DEMİR*

Özet: Yatırımcıların vatandaşı oldukları ülke haricindeki devletlerde yatırım yapabilmesi ekonomik, siyasi güvencelerin yanı sıra güvenli bir hukuk ikliminin varlığını gerektirir. Yatırımcılar, ev sahibi devlet ile aralarında ortaya çıkabilecek ihtilafların bağımsız ve tarafsız bir kurum nezdinde çözülmesini ve bu kurum tarafından verilecek karara da ev sahibi devlet tarafından riayet edilmesini arzu ederler. Aksi takdirde yatırımlar için hukuki bir güven ikliminin oluşturulduğundan söz edilemez. Bu ihtiyaca cevap vermek üzere, 14 Ekim 1966 yılında yürürlüğe giren “Devletler ile diğer Devlet vatandaşları arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümüne İlişkin Sözleşme” (Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States) çerçevesinde merkezi Washington’da bulunan Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline İlişkin Uluslararası Merkez (International Center for Settlement of Investment Disputes / ICSID) kurulmuştur. Merkez, yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için esasen bir tahkim kurumu niteliğinde olmakla birlikte, Ek Mekanizma Kuralları (Additional Facility Rules) çerçevesinde diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru da mümkün kılınmıştır. Ek Mekanizma kurumlarından biri olan “vakia tespiti” (fact-finding), ICSID 2022 değişiklikleri çerçevesinde Ek Mekanizma kurallarından ayrı düzenlenmiştir. Çalışmamızda uluslararası yatırım hukukunda vakia tespiti ICSID Kuralları çerçevesinde incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: ICSID 2022 Değişiklikleri, Ek Mekanizma Kuralları, Vakia Tespiti, Yatırım Uyuşmazlığı, Alternatif Uyuşmazlık Yöntemleri

Abstract: A trustworthy legal system is a prerequisite for foreign investors besides of political and economic assurances. The investors desire that the potential disputes with the host state are to be settled by an independent and impartial institution and that the award of this institution will be enforced by the host state. Otherwise, it cannot be said that a trustworthy legal climate exists for foreign investments. October 14, 1966, the International Center for

* Dr. Öğretim Üyesi, Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, demir@tau.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7007-211X, Makalenin Gönderim Tarihi: 06.12.2022, Kabul Tarihi: 27.02.2023

Settlement of Investment Disputes (ICSID), headquartered in Washington, was established within the framework of the “Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States”. The Center was established with the idea as an arbitration institution for the settlement of investment disputes, but afterwards it has been made also possible to apply for other alternative dispute resolution methods within the framework of October Additional Facility Rules. “Fact-finding”, which was one of the institutions of ICSID Additional Facility, has been amended as standalone rules. In this study, we examine fact-finding in international investment law within the frame of ICSID Rules.

Keywords: 2022 ICSID Amendments, Additional Facility Rules, Fact-finding, Investment Disputes, Alternative Dispute Resolution Methods.

Giriş

Dünyada ve ülkemizde, yabancı sermayedarları ev sahibi ülkede yatırım yapmaya yönelten en önemli etken, güven ortamıdır. Güven ortamı sadece ev sahibi ülkedeki yatırımların fiziksel tehlikelere karşı korunaklı olmasını ya da siyasi istikrarın varlığını değil hukuki güven ortamının sağlanmasını da kapsar. Uyuşmazlık halinde yatırımcının tarafsız, güvenilir ve icra kabiliyeti yüksek karar mekanizmalarına başvurabilmesi, hukuki güven ortamına dahildir. Yatırımcıların yatırımlarının ev sahibi devlette her türlü tehlikeye karşı korunabilmesi ve bu sayede yatırımların teşvik edilmesi amacıyla Dünya Bankası Grubu tarafından 18 Mart 1965 tarihinde imzaya açılan Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline ilişkin Andlaşma (International Convention on Settlement of Investment Disputes) / ICSID Konvansiyonu 14 Ekim 1966’da yürürlüğe girmiştir.¹ ICSID Konvansiyonu (Konvansiyon), tahkim ve uzlaşma olmak üzere

¹ Türkiye, Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Andlaşmaya 1988 yılında taraf olmuştur. Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun (Resmî Gazete ile yayımı: 2-6.1988 Sayı: 19830) KonunNo.3460 Kabul Tarihi: 27.05.1988, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/Kanunlar_Kararlar/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf, E.T: 30.10.2022. Christoph H. Schreuer, Stephan W. Schill, Loretta Malintoppi, August Reinisch, Anthony Sinclair, Schreuer’s Commentary On The ICSID Convention, Cambridge University Press, Third Edition, 2022 (Commentary), s. xi.; Dikran M. Zenginkuzucu, Devlet ve Yabancı Yatırımcılar Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (ICSID)’nin Kuruluşu ve İşleyişi, İstanbul, 2012, s. 99 vd.

iki çeşit uyuşmazlık çözüm yöntemi öngörmüştü. Her iki yöntemde sürecin işleyişine dair kurallar Konvansiyon'da düzenlenmiş ve işleyiş tamamen Merkez'in idaresine bırakılmıştır. Bu yönüyle Konvansiyon kendi içerisinde bağımsız bir yargılama sistemi oluşturmuştur.² Merkez nezdinde görülebilecek ihtilafların çerçevesi, Merkez'in yetkisi başlığıyla Konvansiyon m. 25'te çizilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre; "Merkezin yetkisi, âkit devlet (veya herhangi bir alt birimi ya da bu devlet tarafından Merkez'e bildirilen bir kurumu) ile diğer bir âkit devlet vatandaşı arasındaki bir yatırımdan doğrudan doğruya kaynaklanan ve tarafların Merkez'e başvurma hususunda yazılı olarak rıza gösterdikleri hukuki uyuşmazlıklara şamildir. O halde, uyuşmazlığın Merkezin yetkisi içinde olabilmesi için uyuşmazlığın Konvansiyon tarafı devlet ile Konvansiyon tarafı diğer devlet vatandaşı arasında olması (*ratione personae* / kişi bakımından yetki şartı), uyuşmazlığın doğrudan doğruya yatırımdan kaynaklanması (*ratione materiae* / konu bakımından yetki şartı), uyuşmazlığın hukuki olması ve tarafların uyuşmazlığın Merkeze götürülmesi konusunda yazılı rızalarının (rıza şartı) var olması gerekir.³ Konvansiyonda öngörülen tahkim yöntemi, ancak belli şartları taşıyan yatırımcılar ve devletler arasında bir uyuşmazlık çözüm yöntemi⁴ olması dolayısıyla ancak kısıtlı bir kesime hitap etmektedir. Devletler tarafından Konvansiyon'a gösterilen ilgi⁵ neticesinde, Merkez çatısında farklı uyuşmazlık yöntemlerine de başvurulabilmesi yönünde talepler olmuş⁶ ve bu nedenle 1978'de Ek

² Broches, agm, s. 373.

³ İlhan Yılmaz, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, İstanbul, 2004, s. 80 vd., Süleyman Dost, Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi, Ankara, 2006, s. 48 vd., Egemen Demir, age, s. 17 vd.

⁴ Merkez tahkimine başvuru şartları ve özellikle kişi bakımından yetki şartı için bakınız: Işıl Egemen Demir, ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.

⁵ Merkez'in kuruluşundan sonra, 01.11.1978 tarihi itibarıyla Konvansiyona taraf devlet sayısı 72, imzalayan ve henüz onay aşamasını tamamlamamış devlet sayısı 8'di. Merkez tahkimine sadece 9 başvuru vardı, 5 tanesi de sulh ile sonuçlanmıştı; dolayısıyla aslında Merkez tahkimine başvuruda çok değildi; buna rağmen sanayisi gelişmiş güçlü devletler ile gelişmekte olan devletler arasındaki yatırım anlaşmalarında Merkez tahkimine atıf bulunmaktaydı. Bu da Merkez tahkimine ilginin olduğuna ve başvuruların artacağına dair bir veri olarak değerlendirilmiştir. Pierluigi Toriello, "The Additional Facility of the International Centre For Settlement of Investment Disputes, The Italian Yearbook of International Law Online, 4(1), 1978, s. 60; Broches, agm, s. 373.

⁶ 1970'li yıllarda hem devletler hem de iş dünyası ICSID Sekreteriyasına Konvansiyon kapsamında olmayan devletler ile yabancı yatırımcılar arasındaki ihtilaflarda

Mekanizma kuralları kabul edilmiştir.⁷ Böylelikle Ek Mekanizma Kuralları, aşağıda daha detaylı açıklanacağı üzere ICSID Konvansiyonu çerçevesine başvuru şartlarının oluşmadığı durumlarda uyuşmazlıkların halli konusunda yatırımcılara bir başvuru imkânı getirmiştir.

Uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde önemli bir rol üstlenen Merkez, yaklaşık altı sene⁸ süren bir çalışmanın sonucunda, tahkim ve uzlaşma kurallarında değişiklikler yapmış, arabuluculuk ve vakıa tespitine ilişkin yeni ve bağımsız kurallar getirmiştir.⁹ Tüm bu

Merkez'in rol oynayıp oynayamayacağı ile ilgili talepler gelmeye başlamıştı. Bunda Merkez'in devletler ile özel hukuk kişileri arasındaki ihtilafları çözme hususunda yetkili olması, detaylı usuli hükümlerin olması, sürecin Merkez sekreteryası tarafından yakinen yönetiliyor olması, uyuşmazlık halinde hakemlerin Merkez tarafından atanması gibi etkenlerin rolü olmuştu. Broches, agm, s. 375.

⁷ Toriello, agm, 59-83.

⁸ 7 Ekim 2016'da Merkez İdari Konseyinin 50. Yıl toplantısının sonucunda, takip eden yılda ICSID Kurallarında değişiklikler üzerinde çalışmalara başlanacağı niyeti açıklanmıştı. 50th Annual Meeting of ICSID's Administrative Council | ICSID (worldbank.org), 23.02.2023.

⁹ 2022 değişiklikleri Merkez tarihinde yapılmış en kapsamlı değişikliklerdir. ICSID Konvansiyonu yürürlüğe girmesinden sonra 1984, 2003 ve 2006 yıllarında üç kez değişikliğe uğramıştır. İlk ikisinde kapsamlı bir değişiklik yer almamış, 2006 değişikliklerinde ilk itirazlar, hakem kararlarının yayınlanması, üçüncü kişilerin duruşmalara katılabilmesi gibi bazı maddelerle sınırlı olarak önemli yeniliklere yer verilmiştir. Bunlardan ilki, yetki itirazının "ilk itiraza" dönüştürülmesidir. Hızlandırılmış muhakeme usulü ya da "early dismissal" (erken ret) şeklinde ifade edilen Konvansiyon m. 41/5 ile hakem kurulunun oluşumundan sonraki 30 gün içerisinde ve her halükarda ilk oturumdan önce, taraflardan birinin diğer tarafın talebinin açıkça hukuki dayanaktan yoksun olduğu itirazında bulunabilmesi imkanı getirilmiştir". 2006 değişiklikleri sırasında yürürlükte olan ICSID tahkim kuralları m. 32 ve m. 37'de üçüncü kişilerin davaya katılımı ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Üçüncü kişilerin katılımı iki şekilde mümkün olabilir: Birincisi tahkim oturumlarını izleme, ikincisi yazılı layiha sunma. ICSID Konvansiyonu m. 32, tarafların yazılı layihalarını sunmasından sonra başlayan sözlü prosedürde, hakem heyetinin taraflar dışında tanıklara, şahitlere, avukatlara, devlet kurumlarına duruşmaların belli bir kısmında ya da tümünde hazır bulunması ve müşahadeye bulunmasına izin vermesini düzenlemiştir. Duruşmaların üçüncü kişilere açık hale getirilmesinin yararlı olabileceği düşünülmüş, ama tarafların aksi yöndeki itirazlarının ve endişelerinin hakem heyeti tarafından dikkate alınacağı belirtilmiştir. Benzer bir düzenlemeye Ek Mekanizma Kurallarında da yer verilmiştir. Taraf olmayanların yazılı layiha sunmalarına imkân getiren ICSID Konvansiyonu m. 37'ye göre, taraflara danıştıktan sonra hakem heyeti, taraf olmayan bir kişiye ya da kuruma davaya konu ihtilaf çerçevesinde yazılı layiha sunma izni verebilir. Bu değişikliklerle, hakem heyetlerine, taraf olmayanların yazılı layihalarını kabul etme ve hüküm kurarken dikkate alması hususlarında yetkili oldukları açıkça düzenlenmiştir. ICSID Kurallarındaki 2006 değişiklik önerileri ve değişiklik sonrası Konvansiyon kuralları için bakınız: "Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations", 052405-sgmanual.PDF (worldbank.org); <https://>

değişiklik ve yeniliklere ilişkin kurallar (Kurallar) 21 Mart 2022’de üye devletlerin çoğunluğunun onaylamasıyla 1 Temmuz 2022’de yürürlüğe girmiştir. Kurallar modern, cinsiyetçi dilden uzak, yalın bir şekilde tekrar düzenlenmiştir. Kurallarda öngörülen düzenlemelerde yargılama süreçlerinin daha kısa sürmesi, teknolojinin daha yaygın kullanımı ve şeffaflığın artırılması amaçlanmıştır. Değişikliklerde duruşmaların etkinliğini artıracak usullere ilişkin yeni düzenlemeler,¹⁰ uluslararası tahkim camiasında tartışmalı bir kurum olan üçüncü kişi finansmanına ilişkin düzenleme¹¹ yer almıştır. Konvansiyon kurallarında yapılan değişikliklerin haricinde en göze çarpan yenilik, Ek Mekanizma Kuralları (EMK) içerisinde yer alan arabuluculuk¹² ve vakıa tespiti¹³ yöntemlerinin ayrı düzenlenmiş olmasıdır.

Vakıa tespitine, bir tahkim / arabuluculuk ya da uzlaşma süreci sırasında başvurulabileceği gibi, bunlardan bağımsız olarak da başvuru-

-
- icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/Old%20Rules/2006%20-%20ICSID%20Convention%2C%20Regulations%20and%20Rules%20-%20ENG.pdf; E.T: 31.10.2022. ICSID Kurallarının tarihsel süreç içerisinde değişiklikleri hakkında bkz: İlhan Yılmaz, “ICSID Kurallarının Gelişimi ve Önerilen Kapsamlı Son Değişiklikler”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020/1, ss. 460-473.
- 10 Sürecin etkinliğini ve hızını arttıracak usuli düzenlemelerden ilki seri tahkime ilişkin ICSID Tahkim Kuralları m. 81 ve ICSID Ek Mekanizma Tahkimi Kuralları m. 85’te yer alır. Tahkim uygulamasında, davaların ayrılması (bifurcation) talebi, genellikle yetkiye ilişkin sorunların esasa ilişkin sorunlardan ayrılmasına ilişkindir. Uluslararası tahkim uygulamasının ihtiyaçları karşısında, ayrı bir madde olarak aynı devlete karşı yürütülen iki veya daha çok tahkim sürecinin birleştirilmesi (consolidation) ve birlikte yürütülmesi / uyumlaştırılmasına (coordination) ilişkin ICSID Konvansiyonu m. 42; Ek Mekanizma Kuralları m. 56’da düzenlemeler yapılmıştır. <https://icsid.worldbank.org/procedures/arbitration/convention/process/bifurcation/2006>; E.T: 01.11.2022.
- 11 Uluslararası yatırım tahkiminde üçüncü kişi finansmanına ilişkin nasıl bir yaklaşım izlenmesi gerektiği tartışılmış ve konuya ilişkin düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır. Bu düzenlemeler genellikle üçüncü kişi finansmanının varlığının bildirilmesine yöneliktir: 01.01.2017 Tarihli CIETAC Yatırım Tahkimi Kuralları m. 27; 01.01.2017 tarihli SIAC Yatırım Tahkimi Kuralları m. 24; 01.01.2020 tarihli Milan Ticaret Odası Tahkim Merkezi Kuralları m. 43; 01.01.2021 tarihli ICC Tahkim Kuralları madde 11. Milletlerarası tahkimde Üçüncü kişi finansmanına ilişkin sorunlar hakkında daha geniş bilgi için bkz: Baver Mazlum Mert, “Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı”, Onikilevha Yayınları, 2021, s. 73 vd. Bu gelişmeler doğrultusunda ICSID Konvansiyonunda da bir düzenleme yapılması ihtiyacı hasıl olmuştur.
- 12 ICSID Mediation Rules and Regulations, https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID_Mediation.pdf, E.T: 01.11.2022.
- 13 ICSID Fact-finding Rules and Regulations, [ICSID_Fact-Finding.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID_Fact-Finding.pdf) (worldbank.org), E.T: 01.11.2022.

labilir. Dolayısıyla ICSID nezdinde yürütülen bir hukuki süreç çerçevesinde başvurulabilecek bir yöntem olan vakıa tespiti ile bir tahkim / uzlaşma ya da arabuluculuk sürecinden bağımsız olan vakıa tespiti arasında bir ayırım yapmamız gerekir. Aşağıda, ilk olarak ICSID nezdinde devam eden bir hukuki süreç çerçevesinde başvuru vakıa tespitine değinilecek, sonrasında ICSID kurallarında zikredilen vakıa tespit yöntemi incelenecektir.

Konvansiyon'da düzenlenmemiş bir kurum olan vakıa tespitine 1978'de ihdas edilen Ek Mekanizma Kuralları çerçevesinde yer verilmiştir. 2022 ICSID değişiklikleri çerçevesinde vakıa tespiti bir ek mekanizma kurumu olmaktan çıkartılmış; ayrı bir kurum olarak ihdas edilmiştir. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi açısından vakıa tespitinin ilk olarak, Ek Mekanizma Kurallarında düzenlenmiş olması nedeniyle, öncelikle Ek Mekanizma Kurallarının ihdas edilmesi ve bu kurallar içerisinde yer alan vakıa tespitinin konumu; daha sonrasında ise 2022 düzenlemesine göre vakıa tespitine yer verilecektir. Ek Mekanizma Kurallarının ihdas edilmesinden bu yana vakıa tespiti başvurusu pek olmamasına¹⁴ rağmen, 2022 değişikliklerinde etkinliğinin artırılması amacıyla vakıa tespitine bağımsız kurallar bütünü olarak yer verilmiştir.

I. VAKIA TESPİTİ

A. GENEL OLARAK

Vakıa tespiti, uyuşmazlığı çözmeye yönelik somut esasların tespitine yönelik bir inceleme faaliyetidir. Ek Mekanizma tahkimi ve uzlaşma süreçlerinden farklı olarak vakıa tespiti süreci, hukuki uyuşmazlıkları çözmekten ziyade hukuki uyuşmazlıkları önlemeye yöneliktir. Bu bakımdan vakıa tespiti, EMK'ya tabi tahkimden ve uzlaşma süreçlerinden ayrılır. Vakıa tespiti sonunda karar verilmez, sadece vakıa ile sınırlı olmak üzere tespitlere yer veren bir rapor hazırlanır. Bu raporda tavsiyelere yer verilmediği gibi, rapor da hüküm (award) niteliğinde değildir. Raporun etkisinin ne olacağı da tarafların iradesine bırakılır.

¹⁴ İhdas edilmesinden itibaren yaklaşık 30 senelik süre zarfında vakıa tespit yolu başvurusu hiç olmamıştır. Ucheora Onwuamaegbu, The Role of ADR in Investor-State Dispute Settlement: The ICSID Experience, 22 NEWS FROM ICSID, no. 2, 2005.

mıştır. Zorlayıcı etkisi olmayan, uyuşmazlık çözmeyen, tavsiyelerin de yer almadığı bir raporun üretildiği vakıa tespiti sürecinin bir ek mekanizma yöntemi olarak öngörülmüş olması ve 2022 düzenlemelerinde de özel olarak düzenlenmesi uyuşmazlık çıkmadan taraflar arasındaki ilişkinin sürdürülmesi veya olası uyuşmazlıkların önlenmesi düşüncelerine dayandırılabilir. Böylelikle tarafların vakıalara ilişkin farklı bakış açılarına dayalı doğabilecek uyuşmazlıkların en aza indirgenmesi; taraflar arasındaki ilişkinin daha uzun soluklu olması amaçlanmıştır.¹⁵

B. ICSID İÇTİHATLARINDA VAKIA TESPİTİ

Konvansiyona tabi uzlaşma veya tahkimlerde heyetler, ihtilafın çözülmesi amacıyla tanık dinlenmesi, bilirkişi incelemesi, uzman raporu gibi gerekli gördükleri yöntemlere başvurabilirler.¹⁶ Konvansiyon görüşmelerinde vakıa tespitinin ayrı bir yöntem olabileceğine ilişkin görüşler olmuşsa da, uzlaşma ve tahkim süreçlerinde heyetlerin karar verebileceği “vakıa tespitinden” ayrı olarak, Konvansiyon’un nihai metninde uzlaşma ve tahkim süreçlerinden bağımsız bir vakıa tespit sürecine yer verilmemiştir.¹⁷ Konvansiyonda “vakıa tespitine” yer verilmemiş olması, bunun Konvansiyon çerçevesinde ayrı bir yöntem olarak kabul edilmediği anlamına gelmekle birlikte Konvansiyon kapsamındaki tahkim veya uzlaşma süreçleri dahilinde vakıa tespitine başvurulamayacağı anlamına gelmez.

¹⁵ Aron Broches, “The ‘Additional Facility’ of the International Centre for Settlement of Investment Disputes- (ICSID)”, in Pieter Sanders(ed), Yearbook Commercial Arbitration 1979- Volume IV, Yearbook Commercial Arbitration, Volume 4 (© Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International, 1979) pp. 373- 379

¹⁶ Schreuer, age, s. 940.

¹⁷ Konvansiyonun hazırlık çalışmalarında, “hukuki uyuşmazlıklar” ifadesi özellikle İskandinav ülkelerindeki hukuk sisteminin, hukuki ve fiili uyuşmazlıklar arasında kesin bir ayırım yaptığı; Konvansiyon’un amacının kesinlikle fiili uyuşmazlıkları dışlamak olmadığı gündeme gelmiştir. Bu nedenle taslakta yer alan “hukuki karakterli uyuşmazlık” (dispute of a legal character) ifadesinin, uyuşmazlığın çözümünde önemli olan vakıaları dışlayıp dışlamadığı sorusu ortaya çıkmış; buna dair tartışmaların neticesinde “hukuki uyuşmazlık” ifadesinin “bir hak veya borcun varlığını tespit etmeye ilişkin vakıalara” dair uyuşmazlıkları da kapsadığı sonucuna varılmıştır. (History, C. I, s. 116). Bu da uzlaşma veya tahkim süreçlerinde vakıaların tespitinin bağımsız bir yöntem olarak uygulanabileceği düşüncesini ortaya çıkarmıştır. (History, C. II, s. 655, 700). <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/History%20of%20the%20ICSID%20Convention/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20II-1.pdf>, E.T: 11.11.2022.

Hakem veya uzlaşma heyetlerinin, delil tespiti, tanık dinletilmesi gibi usullerin yanı sıra Konvansiyon m. 43 çerçevesinde vakıaların tespiti amacıyla uzman görüşüne başvurmaları mümkündür.¹⁸ Vakıa tespiti ICSID Konvansiyonunda açıkça yer almamaktır. Ancak bu durum, Konvansiyonda yer almayan ispat vasıtalarına başvurulamayacağı anlamına gelmez; nitekim ICSID hakem / uzlaşma heyetleri, ulusal hukukların veya resmî kurumların ispat kurallarıyla bağlı değildir. Bunun da ötesinde bir delilin ispat gücünün değerlendirilmesinde de tam bir yetkiye sahiptirler. Bu husus tahkim kuralları m. 36'da açıkça belirtilmiştir.¹⁹ Dolayısıyla Konvansiyon m. 43'te ifade edilen "gerekli gördüğü hallerde" tarafların belge sunmasını istemesi ya da re'sen başka yöntemlere başvurabilmesi, uyuşmazlık konusuyla sınırlı olarak maddi vakıaların tespit edilmesinde geniş yetkisinin bulunduğunu gösterir. Genelde masraf, tazminat, hasar hesabı için uzmana başvurulmakla birlikte, teknik bilgi gerektiren hususlarda vakıaların tespit edilebilmesi için uzmana başvurulması nadir rastlanan bir durumdur.²⁰ Bu duruma örnek olarak verebileceğimiz *Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador* davasında hakem heyeti, karar verebilmek için belli bazı vakıaların tespitinin çok güç olduğu ve iki tarafın da sunduğu uzman görüşlerinin heyet nezdinde belli bir ikna gücüne ulaşamadığını; tarafların sunduğu uzman görüşlerinde çelişkiler ve boşluklar olduğunu ifade etmiştir. Uzman raporları arasındaki teknik farklılıklar ve uyumsuzluklar, birinin diğerine nazaran üstün tutulmaması gibi nedenlerle hakem heyeti, adil ve doğru bir karara varabilmek için vakıa tespitinde ek bir aşamaya gidilmesinin zorunlu olduğunu ifade etmiş ve kendi bağımsız çevre uzmanını, hakem heyetiyle birlikte çalışması ve hakem

¹⁸ Hiroko Yamamoto, Shreya Ramesh, et al., "Lessons from Perenco: Tribunal-Appointed Experts and Avoiding Double Recovery", in Meg Kinnear and Campbell McLachlan (eds), ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, (© The Author(s); Oxford University Press 2020, Volume 35 Issue 3) pp. 459- 467

¹⁹ ICSID Arbitration Rules (2022), <https://icsid.worldbank.org/rules-regulations/convention/arbitration-rules/chapter-v-evidence>, E.T: 24.11.2022. 2022 düzenlemesinden önce de benzer kurala rastlamak mümkündür. Bknz: Rules of Procedure for Arbitration Proceedings (Arbitration Rules) m. 34/ (1) International Centre for Settlement of Investment Disputes :: (worldbank.org). E.T: 24.11.2022.

²⁰ Schreuer, age, s. 940; Hiroko Yamamoto, Shreya Ramesh, et al., "Lessons from Perenco: Tribunal-Appointed Experts and Avoiding Double Recovery", in Meg Kinnear and Campbell McLachlan (eds), ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, (© The Author(s); Oxford University Press 2020, Volume 35 Issue 3) pp. 459 - 467.

heyetinin tespitlerinde yardımcı olması amacıyla atamıştır.²¹ Hakem / uzlaşma heyetinin teknik konularda tarafların sunduğu uzman görüşlerini yeterli görmemesi veya bunların arasında uyumsuzluk olduğunu fark etmesi durumunda, Konvansiyon m. 43'te sayılmamış olsa bile vakıaların tespiti için kendisinin bir uzman ataması mümkündür. Vakıa tespiti görevi gene hakemlerde olmakla birlikte, atanan uzmanın görevi, hakem heyetine vakıa tespitinde yardımcı olmaktır; dolayısıyla bir yetki devri burada söz konusu değildir. Hakem / uzlaşma heyetlerinin doğru karar verebilmeleri için vakıaların doğru tespit edilmesi gerekir. Vakıaların doğru tespit edilmesi, doğru karar verebilmenin bir ön adımıdır ve hakem / uzlaşma heyetinin görevi dahilindedir. Ancak bazı hallerde ihtilafın çözümünün dayalı olduğu vakıaların belirlenmesi, yüksek bir teknolojik bilgiyi gerektirir. Böyle bir durumda hakem / uzlaşma heyeti, Konvansiyon m. 43'e göre vakıa tespiti için kanaatimizce uzmana (*vakıa tespitçisi / fact-finder*) başvurabilir.²²

II. EK MEKANİZMA KURALLARI (1978) ÇERÇEVESİNDE VAKIA TESPİTİ

A. GENEL OLARAK 1978 EK MEKANİZMA KURALLARI

1978 Ek Mekanizma Kuralları (1978 EMK) m. 2'ye göre, Ek Mekanizma Kurallarının uygulama alanı, Konvansiyon m. 25/(1) kapsamında olmayan hukuki ihtilaflardır. Ek Mekanizma Kurallarına tabi kılınabilecek ihtilaf grupları 1978 EMK m. 2'ye göre şu şekilde gruplandırılmıştır: (a) bir yatırımdan doğrudan doğruya kaynaklanan hukuki uyuşmazlıkların halinde, uyuşmazlık tarafı devletin veya yatırımcının

²¹ Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/6, Award 27.09.2019, Perenco v. Ecuador, Award, 27 Sept 2019 (jsumundi.com), E.T: 24.11.2022.

²² Schreuer, age, s. 910; Yamamoto, agm, s.466. Burada aksi yönde bir görüş de vardır. Bu görüşe göre, Konvansiyon m. 43, heyetin bağımsız bir uzman atayabilmesinden bahsetmez; sadece başka delillere de başvurulabileceğinden söz eder. Eğer Konvansiyonda heyete böyle bir yetki verilmesi amaçlansaydı, bunun maddede açıkça düzenlenmesi gerekirdi. Bunun yanı sıra Konvansiyon m. 43 ve Tahkim Kuralları m. 36, delillerin taraflarca temin edilmesi ile tahkim heyeti tarafından doğrudan temin edilmesi arasında bir fark ortaya koymuştur. Bu düzenlemeler, hakem heyetine taraflardan delil temin etmesini isteme yetkisini vermekle birlikte, bağımsız bir uzman atama yetkisini vermemektedir. İkinci bir seçenek, hakem heyetinin ihtilafı bağlantılı yeri bizzat ziyaret etmesidir. Dolayısıyla bu düzenlemede hakem heyetinin kendi başına yapabileceği tek bir delil tespitinden bahsetmektedir ve bağımsız bir uzman atamak burada sayılmamıştır.

tabi olduğu devletin Konvansiyona taraf olmamaları nedeniyle, Konvansiyona tabi tahkim ya da uzlaştırma yolları bakımından Merkez'in yetkisinin dışında olması; (b) Ev sahibi devletin veya yatırımcının tabi olduğu devletin Konvansiyona taraf olmaları şartıyla taraflar arasındaki ihtilafın doğrudan doğruya yatırımdan kaynaklanmaması nedeniyle Merkez'in yetkisi dışında bulunması ve (c) vakıa tespit süreci. İş dünyası ve âkit devletlerin talepleri doğrultusunda, Konvansiyon m. 25 çerçevesinde yetki şartlarından birini sağlamadığı için, Merkez'in yetkisi dışında olan uyuşmazlıklarda da Ek Mekanizma Kurallarına göre Merkez'e başvuru imkânı getirilmiştir. Böylelikle konu bakımından ya da kişi bakımından yetkisiz olması nedeniyle Konvansiyon m. 25 gereğince Merkez tahkimi çerçevesinde çözülemeyecek bir uyuşmazlık, Ek Mekanizma Kuralları çerçevesinde Merkez'in yetkisi dahilinde olabilecektir. Ek Mekanizma Kurallarında öngörülen üç yöntemde de uyuşmazlık taraflarının birinin devlet diğer tarafın da yatırımcı olması ilkesinden sapılmamış; Merkez'in devlet ile özel hukuk hükümlerine tabi kişiler arasındaki ihtilaflarda yetkili olması ilkesinden taviz verilmemiştir. Bu durumda vakıa tespit yönteminde de taraflardan birinin devlet diğerinin de diğer devlet vatandaşı olması öngörülmüştür.

Ek Mekanizma kurallarına göre Merkez'in yetkisinin tesis edildiği ilk iki yöntemle son fıkrada yer alan vakıa tespit yöntemi birbirinden farklıdır; nitekim ilk iki fıkrada uyuşmazlığın Merkez yetkisinin dışında kalması ya kişi bakımından yetki ya da konu bakımından yetki şartının gerçekleşmemiş olması dolayısıyladır. Vakıa tespitinin Ek Mekanizma Kurallarında düzenlenmiş olmasının sebebi ise, tarafların Merkez tahkim ya da uzlaştırma yoluna başvuramamalarındaki gibi Konvansiyon m. 25'teki Merkez'in yetkisinin tesis edilememiş olması değildir. Konvansiyonda ayrı bir yöntem olarak vakıa tespiti yer almadığından Ek Mekanizma Kurallarında bu yöntem düzenlenmiştir; yani Konvansiyonda düzenlenmemiş olması Konvansiyon dışı bir yöntem olarak öngörülmesi bakımından yeterlidir.²³

²³ Broches, *agm*, s. 375; Schreuer, *age*, s. 103; Hanno Wehland, "Jurisdiction and Admissibility in Proceedings under the ICSID Convention and the ICSID Additional Facility Rules", *ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues*, Publisher: Kluwer Law International, 2017, s. 227; Schreuer, *age*, s. 111; Frauke Nitschke, 'The IBA's Investor-State Mediation Rules and the ICSID Dispute Settlement Framework', in Meg Kinnear and Campbell McLachlan (eds), *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Oxford University Press 2014, Volume 29 Issue 1) pp. 112-132.

Ek Mekanizma Kuralları, Merkez Sekreterliğini, Konvansiyonun uygulama alanı dışında kalan belli süreçleri yürütmesi hususunda yetkilendirmiştir; bu husus EMK m. 3'te de belirtilmiştir.²⁴ Buna göre, Ek Mekanizma Kurallarına tabi yöntemler, Konvansiyon'un hiçbir hükmüne, Merkez tahkimi ya da uzlaştırma yolu çerçevesinde verilen kararlara, tavsiyelere veya raporlara tabi değildir. Bu, özellikle Ek Mekanizma Kurallarına tabi tahkimin ulusal hukuktan ayrı değerlendirilmeyeceği ve hakemlerin nihai kararlarının tanıma ve tenfizinin düzenlendiği Konvansiyon m. 53 ve 54'e tabi olmayacağı anlamına gelmektedir.²⁵

B. VAKIA TESPİTİ DÜZENLEMESİ (1978)

Konvansiyonda bağımsız bir yöntem olarak vakia tespitine yer verilmemesine karşılık 1978 Ek Mekanizma Kuralları m. 2/c'de vakia tespitine yer verilmiştir. Ek Mekanizma Kurallarının giriş kısmında vakia tespitinin, uyuşmazlıkları çözmekten ziyade uyuşmazlıkları önleme amacına hizmet ettiği açıkça belirtilmiştir. Vakia tespit süreci sonucunda hazırlanan rapor sadece vakialara ilişkin olacak, tavsiye içermeyecek ve bir hüküm niteliğinde olmayacaktır.²⁶ Taraflar rapora nasıl bir etki verecekleri hususunda tamamen serbestti.²⁷

III. VAKIA TESPİTİNE İLİŞKİN 2022 DÜZENLEMESİ

A. VAKIA TESPİTİNİN EK MEKANİZMA KURALLARINDAN ÇIKARTILMASI

Ek Mekanizma Kuralları 27.09.1978 tarihinde Merkez İdari Konseyi tarafından 5 senelik bir süre için ihdas edilmiş, uygulamada ortaya çıkan ihtiyaç ve ilgi nedeniyle 26.09.1984 tarihli kararla belirsiz

²⁴ Broches, agm, 376; ICSID Additional Facility Rules (2003) Art. 3; https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID_Addl_English.pdf, E.T: 04.11.2022; ICSID Additional Facility Rules and Regulations (2022) Art. 3, https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID_Additional_Facility.pdf, E.T: 04.11.2022. ICSID Ek Mekanizma Kurallarının (EMK) ihdas edilmesinden bu yana Ek Mekanizma Kurallarına tabi uyuşmazlıklarda Merkezin yetkisini düzenleyen EMK m.3'te değişiklik yapılmamıştır.

²⁵ Schreuer, age, s. 104.

²⁶ Fact-finding (Additional Facility) Rules, m. 16. :: International Centre for Settlement of Investment Disputes :: (worldbank.org), E.T: 01.11.2022.

²⁷ Fact-finding (Additional Facility) Rules, m. 16. :: International Centre for Settlement of Investment Disputes :: (worldbank.org), E.T: 01.11.2022.

süreliliğine uzatılmıştır.²⁸ Merkez kurallarında 2003, 2006 tarihlerinde değişiklikler olmuştur; ancak EMK'nun kapsamını belirleyen EMK m. 2'de bir değişiklik yapılmamıştır. 2022 düzenlemesinde ise uygulama alanına ilişkin belirgin değişiklikler yapılmıştır.

Ek Mekanizma Kurallarının uygulama alanına²⁹ ilişkin 2022 EMK m. 2'nin,³⁰ 1978 EMK m. 2'den³¹ oldukça farklı bir şekilde düzenlenmiş olduğu göze çarpmaktadır. 1978 düzenlemesine göre, Ek Mekanizma süreçlerinin tarafları devlet ve diğer devlet vatandaşları olabilir. EMK 2022 düzenlemesinde bunlara bölgesel entegrasyon birlikleri (*regional integration organizations*) de eklenmiştir. Buna göre, Sekreterlik, bir tarafta devlet veya bölgesel entegrasyon birliği ile öbür tarafta diğer bir devlet vatandaşı arasında, tarafların rızalarını yazılı olarak Merkez'e sundukları, yatırımdan doğan hukuki uyuşmazlıkların çözümünde tahkim ve uzlaşma süreçlerinin yürütülmesinde yetkili kılınmıştır. Ancak Ek Mekanizma süreçlerinin işletilebilmesi için; (a) ihtilaf taraflarının hiçbirinin âkit devlet ya da âkit devlet vatandaşı olmaması veya (b) uyuşmazlık tarafı devlet ya da uyuşmazlık tarafı kişinin vatandaşlığında olduğu devletin (her ikisinin de değil) âkit devlet olması ya da (c) uyuşmazlığın bir tarafının bölgesel entegrasyon birliği olması şartlarından birinin gerçekleşmesi gerekir. Bu maddeyle birlikte Ek Mekanizma süreçlerinin kapsamı belirgin bir şekilde genişletilmiş, bununla birlikte

²⁸ Broches, agm, s. 375.

²⁹ Ek Mekanizma Kuralları m. 2'nin hukuki niteliğinin "jurisdiction" mı "competence" mi olduğu hususuna da değinmemiz gerekir. Bu terimlerin Türkçe karşılığı "yetki" olmakla birlikte ikisi aynı kavramları ifade etmemektedir. Konvansiyon m. 25 heyetin yetkisini düzenlerken jurisdiction ifadesini kullanmıştır. Merkezin yetkisinden bahsederken "jurisdiction of the centre"; hakem heyetinin yetkisinden bahsederken "competence of the tribunal" ifadeleri kullanılır. İhtilafta Merkez Konvansiyon m. 25 kurallarına göre yetkili olabilir; ancak ihtilafın maddi şartlarını inceleyen hakem heyeti kendisinin yetkili olmadığına karar verebilir. Bu durumda Konvansiyon m. 25 Merkez'in yetkisinin sınırlarını çizmekle birlikte; bu şartları sağlayan başvurularda hakem heyeti yetkili olmadığına karar verebilir. Wehland, agm, s. 230; Egemen Demir, age, s. 18.

³⁰ Ek Mekanizma Kuralları (2022) m. 2/(1): Ek Mekanizma Süreçleri (1) Sekreterlik, (a) ihtilafın taraflarının hiçbirinin âkit devlet ya da âkit devlet vatandaşı olmaması (b) ihtilafın devlet tarafının ya da ihtilaf tarafı kişinin tabi olduğu devletin, fakat her ikisinin de değil, âkit devlet olması veya (c) bölgesel entegrasyon birliğinin uyuşmazlık tarafı olması hallerinde, bir tarafta devlet veya bölgesel entegrasyon birliği ile diğer tarafta başka devlet vatandaşı arasındaki yatırımdan doğan hukuki uyuşmazlıkların haline ilişkin tahkim ve uzlaşma süreçlerini idare etmeye yetkilidir. Additional_Facility_Rules.pdf (worldbank.org), E.T: 07.11.2022.

³¹ Schreuer, age, s. 103.

vakıa tespiti madde metninden çıkartılmış; ayrı bir kurallar bütünü olarak yeniden düzenlenmiştir. Böylelikle vakıa tespiti 2022 düzenlemesiyle birlikte bir ek mekanizma yöntemi olmaktan çıkartılmış; ek mekanizma kurallarından bağımsız bir kurum haline gelmiştir.

B. VAKIA TESPİT KURALLARI (2022)

1978 yılından beri Ek Mekanizma Kuralları çerçevesinde yürütülen vakıa tespiti, 01.07.2022'den itibaren Ek Mekanizma Kurallarından ayrı, yeni bir kurallar bütünü olarak Vakıa Tespit Kuralları (VTK) şeklinde düzenlenmiştir.³² 2022 düzenlemesiyle birlikte, vakıa tespitine ilişkin bütün adımlar bu kurallara göre yürütülecektir. Vakıa tespitine tarafların başvurusu (VTK m.5), başvurunun içeriği ve usulü (VTK m. 6), başvurunun Genel Sekreterlik tarafından kabulü ve kaydı (VTK m.7), incelemeyi yapacak Vakıa Tespit Komitesi, oluşturulma usulü, Komite üyelerinin nitelikleri, Komitenin çalışma usulü, elde edilen belgelerin başka süreçlerde kullanılması (VTK m. 8-17), Vakıa Tespit Sürecinin sona ermesi, Vakıa Tespit Raporunun mahiyeti (VTK 18-21) hususları yeni düzenlemede yer almaktadır.

1. Kavram ve Amaç

Kavram, içerik ve yöneldiği amaç bakımından bir değişikliğe uğramamıştır. Vakıa tespiti 1978 düzenlemesinde olduğu gibi bağımsız ve tarafsız üçüncü bir kişinin, mevcut veya müstakbel, olası bir ihtilaf-la ilişkili olabilecek vakıaları tespitite yardımcı olan tarafların isteğine bağlı bir süreçtir. Vakıa tespiti, bir vakıaya ilişkin çekişmeli durumu sona erdirebileceği gibi; daha büyük bir ihtilafın doğumunu da engelleyebilir. Birinci Çalışma raporunda Merkez, vakıa tespitinin pek başvurulan bir yöntem olmadığından ve bu yöntemle başvurunun artırılması amacından bahsetmiştir.³³

2. Başvuru

Vakıa tespitinde, Vakıa Tespit Kuralları m. 2/(1)'e göre vakıayı ilgilendiren tarafların birlikte başvuruları şarttır. Yatırıma ilişkin va-

³² ICSID_Fact-Finding_Rules.pdf (worldbank.org), E.T: 10.11.2022.

³³ Working Paper I, Vol. 3, s. 429.

vakıa tespitlerinde, tarafların yazılı olarak rızalarını sunduğu, devlet ya da bölgesel ekonomik entegrasyon birliğiyle bağlantılı yatırıma ilişkin vakıa tespit süreçlerini yürütmeye ICSID yetkili kılınmıştır. Söz konusu düzenlemede, tarafların rızasından ve devlet ya da bölgesel ekonomik entegrasyon birliğinin bağlantılı olduğu yatırımdan bahsedilmiş ancak yatırımcı sıfatına ya da yabancı devlet vatandaşı ifadelerine yer verilmemiştir.

Vakıa tespitine ilişkin ICSID 2022 çalışma evraklarına baktığımızda, ilk tasarı metninde, ek mekanizma kurallarının tahkim, uzlaşma ve vakıa tespit mekanizmalarını içerdiğini görüyoruz. Dolayısıyla ICSID 2022 değişiklik çalışmalarına başlandığında, vakıa tespitinin, ek mekanizma kurallarından ayrı bir yöntem olarak düşünülmediğini söyleyebiliriz.³⁴

3. Vakıa Tespit Süreci

Vakıa tespitçisinin görevi, sadece tarafların sunduğu vakıaların tespitiyle sınırlıdır ve eğer bunun dışında taraflar arasında bir ihtilaf varsa bununla ilgili tespitler yapmaya yetkili değildir. Vakıa tespitçisinin tarafsız olması gerekmele birlikte, vakıa tespitinin muhakkak teknik bir konuya ilişkin olması gerekmemektedir. Bu nedenle vakıa tespitçisi teknik hususlarda ya da fen bilimlerinde uzman olabileceği gibi ihtilaf çözümü hususunda da uzman olabilir.³⁵ Vakıa tespitçileri incelemelerini yaparken görevine uygun yöntemlerden yararlanabilirler. Bu, belgelerin incelenmesi, uzmanlar veya şahitlerle görüşme, vakıayla ilişkili süreçleri izleme veya ilgili yerleri ziyaret etme şeklinde cereyan edebilir.³⁶ Vakıa tespit süreci sonunda hazırlanacak raporun bağlayıcılığı, tarafların bu konudaki kararına bağlıdır. Tarafların talep etmesi halinde, vakıa tespitçisi tavsiyelerde bulunabilir.

Vakıa tespit süreçlerine ilişkin güncellemede, taraflara belirli hususları inceleyecek ve rapor oluşturacak bir komite kurma ve böylelikle belli vakıaların bağımsız bir komite tarafından araştırılarak ihti-

³⁴ Proposals for Amendment of the ICSID Rules – Working Paper I, Volume 3 ICSID Secretariat August 2, 2018 WP1_Amendments_Vol_3_WP-updated-9.17.18. pdf (worldbank.org) s. 710; E.T: 25.11.2022, s. 425.

³⁵ Working Paper I, Vol. 3, s. 710.

³⁶ Working Paper I, Vol. 3, s. 710.

lafların önlenmesi imkânı getirilmiştir. Bu şekilde yapılan incelemeler ve raporların daha sonra tahkim, uzlaşma veya arabuluculukta kullanılması ya da bu süreçler sırasında da vakia tespitine başvurulması mümkün hale getirilmiştir. Konvansiyon tarafı olup olmamasına bakılmaksızın her bir devlet ya da bölgesel entegrasyon birlikleri ve diğer âkit devlet vatandaşı kişiler vakia tespit kurallarına başvurmayı kararlaştırabilirler.

4. Vakia Tespit Kurallarının Uygulama Alanı

Taslaklarda Ek Mekanizma Kuralları kapsamında düşünülen vakia tespit süreci için getirilmiş ve sonradan kaldırılmış olan bir kural, vakia tespit başvurusunun açıkça EMK m. 2'nin uygulama alanı dışında olmasıydı. Buna göre tarafların; (i) bir tarafın devlet ya da bölgesel entegrasyon birliği; diğer tarafın da diğer devlet vatandaşı olduğunu (ratione personae); (ii) vakia tespitine rıza gösterdiklerini (ratione voluntatis) ve (iii) vakia tespitinin yatırıma ilişkin olduğunu ortaya koymak zorundaydılar.³⁷ Bu da, Ek Mekanizma Tahkimi ve Uzlaşma süreçlerindeki kısıtlayıcı yetki şartlarının vakia tespiti süreçlerinde uygulanmayacağı; vakia tespit yönteminin kendine has yetki kuralları olduğu ve diğer yöntemlerden tamamen bağımsız olduğu anlamına gelmektedir.³⁸ Vakia Tespit Kurallarında ve Ek Mekanizma Kurallarında “Merkezin yetkisi” ifadesi kullanılmamıştır; mahiyet itibariyle farklı olmakla birlikte vakia tespit sürecine başvurma ve başvurunun Genel Sekreterlik tarafından kabul edilmesi için belli şartların gerçekleşmiş olması gerekir. Konvansiyon m. 25 ve EMK m. 2'de olduğu gibi, Vakia Tespit Kurallarında da Merkezin yetkili olup olmadığını konu bakımından yetki, kişi bakımından yetki ve rıza şartları bakımından inceleyeceğiz.

a. Konu Bakımından Yetki

1978 Ek Mekanizma Kuralları kapsamındaki vakia tespit sürecinde konu bakımından yetkiye dair bir şart yer almamakla birlikte, yeni vakia tespit kurallarına göre inceleme yapılması ve rapor hazır-

³⁷ Proposals for Amendment of the ICSID Rules – Working Paper Volume 3 ICSID Secretariat August 2, 2018 Amendments_Vol_Three.pdf (afslaw.com), E.T: 25.11.2022, s. 722.

³⁸ Working Paper 3, Vol. 1, s. 532.

lanması istenen hususların yatırıma ilişkin olması şartı getirilmiştir.³⁹ Vakıa Tespit Kuralları m. 2’de yer alan vakıa tespit süreçlerinin “yatırıma ilişkin olması” şartının, Konvansiyon m. 25’te yer alan “doğrudan doğruya yatırımdan kaynaklanma” ve EMK (2022) m. 2/(1)’de yer alan “yatırımdan kaynaklanma” şartından daha farklı olduğunu görüyoruz. Vakıa Tespit Kurallarında yatırımla ihtilaf arasındaki nedensellik bağı bakımından daha zayıf bir ilişki yeterli görülmüştür. Bu durumda Merkez’in, vakıaların yatırıma ilişkin olduğunu tespit etmesi başvurunun kabul edilmesi için yeterli olacaktır.

Vakıa tespitine ilişkin konu bakımından yetki şartı getirilmesinin, uygulama alanının daraltılması anlamına geldiği ve bunun da Merkez’in vakıa tespit yöntemini yaygınlaştırma amacıyla bağdaşmadığı; EMK (1978) m. 2’de vakıa tespiti için yazılı olmayan bir şartın, yeni vakıa tespiti kurallarında yer almasının yetkide bir kısıtlama anlamına geldiği düşünülebilir. EMK (1978) m. 2 kapsamında bir tahkim ya da uzlaşma sürecinin başlatılabilmesi için kişi bakımından yetki şartının gerçekleşmediği⁴⁰ ve dolayısıyla Konvansiyon’a tabi bir tahkim sürecinin yürütülemediği hallerde a fıkrasında “doğrudan doğruya yatırımdan kaynaklanma” şartı; b fıkrasında ise “doğrudan doğruya yatırımdan kaynaklanmama” hali ifade edilmiştir. Bu hallerde bile Ek Mekanizma tahkimi ve uzlaşmasının yürütülebilmesi için ihtilafın

³⁹ Proposals for Amendment of the ICSID Rules – Working Paper Volume 3 ICSID Secretariat August 2, 2018 WP1_Amendments_Vol_3_WP-updated-9.17.18.pdf (worldbank.org); E.T: 25.11.2022, s. 429.

⁴⁰ Ek Mekanizma kuralları (1978) m. 2/a ve b fıkralarında aslında çok ilginç bir durum göze çarpmaktadır. Merkez’in yetkisinin hangi hallerde tesis edileceğine ilişkin a ve b fıkraları şu şekildedir: (a) uyuşmazlığın devlet tarafının ya da kişinin tabi olduğu devletin âkit devlet olmaması şartıyla Merkez’in yetkisi dahilinde olmayan bir yatırımdan doğrudan doğruya kaynaklanan hukuki ihtilafların çözümü için uzlaşma ve tahkim süreçleri; (b) uyuşmazlığın devlet tarafının ya da kişinin tabi olduğu devletin âkit devlet olması şartıyla uyuşmazlığın doğrudan doğruya yatırımdan kaynaklanmaması nedeniyle Merkez’in yetkisi dahilinde olmayan hukuki ihtilaflar için yürütülen uzlaşma ve tahkim süreçleri. Taraflarla ilgili şarta bakıldığında iki fıkrada da devlet tarafının ya da kişinin tabi olduğu devletin âkit devlet olması, diğerinin de âkit devlet olmaması gerekmektedir. Dolayısıyla iki fıkrada da kişi bakımından yetkiye ilişkin aynı şart farklı şekillerde ifade edilmiştir. O zaman Ek Mekanizma Kurallarına göre yürütülen tahkimde a. fıkrasında uyuşmazlığın “doğrudan doğruya yatırımdan kaynaklanması” b. fıkrasında ise “doğrudan doğruya yatırımdan kaynaklanmaması” halleri söz konusudur. Ancak bu halde de ihtilafın yatırımdan kaynaklanması şart olup yatırımdan “doğrudan doğruya” kaynaklanma noktasında bir eksiklik vardır.

yatırımdan kaynaklanması gerekir; eksiklik ihtilafın “doğrudan doğruya” yatırımdan kaynaklanması noktasındadır; yoksa bu hallerde de ihtilafın yatırımdan kaynaklanması gerekir. Nitekim Ek Mekanizma Kuralları da Merkez çatısı altında ihdas edilmiş kurallardır ve bunların Merkez’in kuruluş amacı ve yetki alanı dışındaki faaliyetlere ilişkin olması düşünülemez. Bu nedenle VTK m 2’de vakıa tespitinin yatırıma ilişkin olması şartı, vakıa tespitinin uygulama alanına bir kısıtlama getirmemiştir.

b. Kişi Bakımından Yetki

Vakıa Tespit Kuralları m. 2’nin ilk taslağında; Sekreterliğin, devlet veya bölgesel entegrasyon birliği ile diğer devlet vatandaşı arasındaki yatırıma ilişkin vakıa tespit süreçlerini yöneteceği ifade edilmişti. Sonraki aşamalarda ise, “diğer devlet vatandaşı” ifadesi metinden çıkarılmıştır. Düzenleme; “devlet ya da bölgesel entegrasyon birliğinin” dahil olduğu vakıa tespit süreçleri” haline gelmiş; böylelikle vakıa tespit sürecinin taraflarının kim olduğuna bakılmaksızın, devlet veya bölgesel entegrasyon birliklerinin dahil olduğu yeni bir vakıa tespit süreci tanımlanmıştır. Bu değişiklik sayesinde Ek Mekanizma tahkimi ve uzlaşma süreçlerindeki sınırlamalar yatırıma ilişkin vakıa tespit süreci için öngörülmemiştir.⁴¹ Taslak görüşmelerinde söz konusu değişikliğin iki devlet arasında ya da devlet ile devlet dışı organizasyonlar arasındaki vakıa tespit süreçlerine izin verip vermediği sorusu gündeme gelmiştir. Merkez, bu değişikliğin amacının, Ek Mekanizma tahkimi ve uzlaşma yöntemlerindeki sınırlamalar olmaksızın, vakıa tespiti mekanizmasına erişimin genişletilmesi olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle tarafların rızası olması; vakıa tespitinin bir yatırıma ilişkin olması, bir devlet ya da bölgesel entegrasyon birliğinin dahil olması şartlarıyla, vakıa tespitine gidilebileceği sonucuna varılmış; bunun haricinde tarafların türüne ilişkin bir sınırlandırma yapılmamıştır.⁴²

2019 Taslak metninde artık vakıa tespiti kurallarının ek mekanizma kurallarından ayrı düzenlendiğini görüyoruz.⁴³ Vakıa tespiti Kural-

⁴¹ Working Paper 3, Vol. 1, 16.08.2019, WP_3_VOLUME_1_ENGLISH.pdf (worldbank.org), E.T: 25.11.2022, s. 532.

⁴² Working Paper 3, Volume I, s. 531.

⁴³ ICSID Kurallarında değişiklik yapmak üzere çalışmalara başlandığında, vakıa tespitin ek mekanizma kurallarından bağımsız, ayrı bir kurallara bütünü olarak

ları m. 2’de “*devlet ya da bölgesel ekonomik entegrasyon birliğinin yatırımla ilişkili olması*” ifadesi Konvansiyon veya Ek Mekanizma kurallarında rastlanmayan bir ifadedir.⁴⁴ Yatırımdan kaynaklanan ifadesi vakıa tespiti mekanizmasına daha fazla devlet veya bölgesel ekonomik entegrasyon birliğinin dahil olabilmesi için özellikle tercih edilmemiştir.⁴⁵

c. Rıza Şartı

VTK m. 5’e göre, vakıa tespit başvurusunun iki tarafça birlikte yapılması ve VTK m. 6/ (1) (h)’ya göre vakıa tespitine başvuruya ilişkin anlaşmanın varlığı gereklidir. Ek Mekanizma Kurallarına tabi tahkim ve uzlaşma süreçlerinden ve Konvansiyon tahkiminden farklı olarak tarafların bu yönteme başvurabilmeleri için vakıa tespitine tarafların başvuracağına ilişkin bir anlaşma yeterli değildir. Tarafların vakıa tespiti için birlikte başvurmaları; maddede yer alan ifadeyle “ortak başvuru” yapmaları gerekmektedir. Bu şekilde Merkez nezdindeki diğer süreçlerden farklı olarak ortak başvuru şartı getirildiğinden rızaya ilişkin bir itirazla karşılaşma ihtimali daha düşüktür.

düzenlenme niyetinin ancak belli bir evreden sonra ortaya çıktığını görüyoruz. ICSID 2022 değişikliklerine ilişkin çalışmalar 2018 yılında başlamış ve nihai haline gelene kadar altı çalışma evrakı (working paper) yayınlanmıştır. İlk çalışma evrakında vakıa tespiti ek mekanizma sistemi içerisinde düzenlenmiştir. İkinci çalışma kağıdında ise, vakıa tespitinin ve arabuluculuk yöntemlerinin ek mekanizma kuralları çatısından çıkartılarak ayrı kurallar bütünü olarak düzenlenme niyetini görüyoruz. Working Paper 2, Vol.1, s. 415; Working Paper 2, Vol. 2, VOL_2.pdf (worldbank.org), E.T: 25.11.2022, s. 165 vd.

⁴⁴ Merkezin yetkisine ilişkin Konvansiyon m. 25 ve Ek Mekanizma Kuralları m. 2/ (1)’de, hükmün uygulama alanının “yatırımdan kaynaklanan” uyuşmazlıklar olduğu açıkça ifade edilmiştir. Devletin ya da bölgesel ekonomik entegrasyon birliğinin “yatırımla” ilişkili olması, Konvansiyon ve ek mekanizma kurallarında kullanılan ifadeye nazaran, kanaatimizce daha zayıf bir ilişkiyi ortaya koymaktadır. Vakıa tespitinde taraf devlette yapılan bir yatırımdan ya da bölgesel ekonomik entegrasyon birliğinde yapılan bir yatırımdan ya da ihtilaf konusu olabilecek vakıaların doğrudan doğruya yatırımdan kaynaklanması aranmamıştır. Vakıa Tespit Kuralları m. 2’deki yatırımla ilişkili devlet veya bölgesel ekonomik entegrasyon birliği ifadesi, kanaatimizce yatırımın ev sahibi devlet ya da bölgesel ekonomik entegrasyon birliğinde yapılmış olmasından daha geniş bir anlam ifade eder. Yatırım ülkesinde yapılmamış olsa bile söz konusu yatırımla ilişkili olan devletleri ve bölgesel ekonomik entegrasyon birliklerini de kapsamına alır.

⁴⁵ Working Paper 3, Vol. 1, s. 532. Taslak görüşmelerine baktığımızda, vakıa tespit mekanizmasının uygulama alanının ileride tartışma konusu olması ve daraltılmasının önüne geçmek için, aslında “relating” kelimesiyle aynı anlamda olmakla birlikte bazı hukuk sistemlerinde farklı anlamlara gelip kapsamın daraltılmasından endişe duyulduğundan “pertaining” kelimesi çıkartılmış; gene ilgili olma anlamında “relating” kelimesi kullanılmıştır.

VAKIA TESPİT SÜRECİNDE YETKİNİN TESİSİ

1. Genel Sekreterliğin Başvuruyu Kabul Emesi

a. EMK (1978)'e Göre Genel Sekreterliğin Başvuruyu Kabul Etmesinin Hukuki Niteliği

Merkez'in yetkisi ile ilgili olarak Ek Mekanizma tahkim ve uzlaşma süreçlerinde tartışılmış olan; fakat vakia tespiti hususunda başvurunun oldukça az olması nedeniyle henüz gündeme gelmemiş olan bir konu da Genel Sekreterliğin başvuruyu kabul etmesinin hukuki mahiyetidir. 1978 EMK 2/(c)'de yer alan vakia tespiti için de Genel Sekreterliğin, Merkez'in görev alanı devletler ile diğer devlet vatandaşları arasındaki yatırıma ilişkin ihtilaflar olduğundan kanaatimizce başvuruyu kabul etme noktasında bir yetki değerlendirmesi yapması gerekliydi. Vakia tespitinde 1978 EMK düzenlemesinde de kişi bakımından ve konu bakımından yetkiye ilişkin açık bir şart yer almamıştır ancak diğer ek mekanizma yöntemlerinde olduğu gibi burada da bir tarafın devlet, diğer tarafın da ev sahibi devlet dışında bir ülke vatandaşı olması gerektiği öğretide kabul edilmişti.⁴⁶ Öğretideki görüşçe vakia tespitinde, Konvansiyona taraf olma şartı açıkça ifade edilmediği için, devletin ya da kişinin tabi olduğu devletin, Konvansiyona taraf olmasalar da, Ek Mekanizma Kuralları çerçevesinde vakia tespitine başvurabileceği; tarafların bu şekildeki başvurusunun da Genel Sekreterliğin onayına bağlı olmadığı ifade edilmişti.⁴⁷

1978 EMK kapsamındaki vakia tespitine ilişkin başvuru oldukça az olduğundan, işleyiş hakkında da pek veri yoktu; dolayısıyla 1978 EMK m. 2'nin düzenleniş tarzından, vakia tespiti yöntemi için kişi

⁴⁶ Broches, agm, s. 375; Schreuer, age, s.111.

⁴⁷ Schreuer, age, s.112. Broches, makalesinde, Ek Mekanizma tahkimi ve uzlaşma süreçleri hakkında kişi bakımından ve konu bakımından yetki şartlarının gerçekleşmiş olmasını ifade etmekle birlikte, vakia tespitinde bu şartların gerekmediği hususunda sessiz kalmıştır. Satır aralarında, ek mekanizma tahkimi ve uzlaşmalarında gerekli olan şartların aslında vakia tespitinde aranmadığı anlaşılrsa da bu görüş açıkça ifade edilmemiştir. Schreuer, konu bakımından yetki şartının vakia tespiti için gerekip gerekmediğini irdelerken, uyumsuzluğun doğası gereği Konvansiyon veya Ek Mekanizma Kuralları çerçevesinde yürütülecek tahkim veya uzlaşma yöntemlerinden birine tabi olması gerektiğini; dolayısıyla vakia tespitinin yabancı bir yatırıma ilişkin olması gerektiğini belirtmiştir.

bakımından ve konu bakımından yetki hususlarına ilişkin bir ifade yer almadığından sağlıklı bir yorum yapabilmek güçtü. Öğretide de “daha iknâ edici” görüşün EMK m. 2 düzenlemesinin yetki şartlarını tesis etmediği; tarafların EMK tahkimine rızası varsa ve başvuru Genel Sekreterlik tarafından onaylandıysa EMK tahkim sürecinin başlaması için yeterli olduğu savunulmuştur. Bu görüşe göre, Merkez’in yetkisinin sınırlarını çizen Konvansiyon m. 25’ten farklı olarak, EMK m. 2 yetki şartları getirmez, tarafların ihtilafı Ek Mekanizma Kurallarına göre çözmek istemeleri yeterlidir; burada yatırımın mahiyeti sadece “rıza”nın kapsamının tespiti bakımından incelenmelidir. Bu nedenle de EMK’ya tabi tahkim / uzlaşma süreçlerinde hakem / uzlaşma heyetinin, EMK m. 2’deki düzenlemeyi yetkiyi sınırlayıcı şekilde yorumlayarak Genel Sekreterlik kararını gözden geçirmesi öğretide isabetli görülmemiştir.⁴⁸

b. 2022 Değişiklikleri Çerçevesinde Genel Sekreterliğin Başvuruyu Kabul Etmesinin Hukuki Niteliği

ICSID 2022 Değişikliklerine ilişkin taslak metne baktığımızda ise, öğretideki görüşün aksine, Konvansiyon m. 25/(1)’e göre Merkez’in yetkisi dışında olan, devletler ve yabancı vatandaşları arasındaki vakıa tespit süreçlerinin yürütülmesinde Genel Sekreterliğin yetkili olduğu ifade edilmiştir.⁴⁹ Bu ifadeden anlaşılan, EMK m. 2/(c)’de yer alan vakıa tespit sürecinin de işletilebilmesi için, söz konusu vakıanın Konvansiyon m. 25/(1)’in yetki alanı dışında olması gerektiğidir. O halde Genel Sekreterlik EMK (1978) kapsamındaki vakıa sürecinde de yetkiliydi. Vakıa tespit sürecinde Genel Sekreterliğin karar verme yetkisini tespit ettikten sonra, bu yetkinin hukuki mahiyeti hususunda EMK tahkim ve uzlaşma süreçlerindeki tartışmaların vakıa tespit süreçlerinde de geçerli olduğu sonucuna varıyoruz. Bu nedenle Genel Sekreterliğin yetkisinin hukuki mahiyeti konusundaki EMK tahkim ve uzlaşma süreçlerindeki tartışmalara, vakıa tespit süreçlerindeki Genel Sekreterliğin yetkisi hususunda da kıyasen uygulama alanı bulacağı kanaatinde olduğumuzdan burada da değineceğiz.

⁴⁸ Schreuer, age, s. 264, p. 484.

⁴⁹ Working Paper I, Volume 3, s. 415.

2. Vakıa Tespitlerinde Genel Sekreterliğin Başvuruya İlişkin Kararının Hukuki Niteliği

Vakıa tespit Kuralları m. 7/(3)'e göre, Genel Sekreterlik vakıa tespitine ilişkin başvuruyu kaydedecek veya başvuruyu reddedip red gerekçelerini bildirecektir. Burada EMK (1978) m. 4'teki Genel Sekreterliğin başvuru şartlarını inceleme yetkisine benzer bir düzenleme vardır. Ek Mekanizma Kurallarında (1978) Genel Sekreterliğin başvuruyu kabul etmesi ile Konvansiyona tabi tahkimlerde Genel Sekreterliğin başvuruyu kabul etmesi nitelik olarak birbirlerinden farklıdır. Ek Mekanizma Kurallarına tabi bir uyuşmazlık ile Konvansiyon hükümlerine tâbi uyuşmazlıklarda Merkez'in yetkisini belirleme bakımından heyetlerin yetkisi de birbirinden farklıdır. Aynı şekilde Vakıa Tespit Kurallarına göre oluşturulan vakıa tespit komitesinin de karar verme yetkisinin incelenmesi gerekir. Konvansiyon tahkiminde, Sekreterlik Konvansiyon m. 25'teki şartlara açık bir aykırılık yoksa tahkim başvurusunu kayıt altına alır ve bu tarih itibariyle tahkim süreci başlamış olur; açık bir aykırılık varsa bu durumda Konvansiyon m. 36/(3)'e göre taraflara hemen ihtarda bulunur ya da tahkim kaydını yapmayı reddeder. Daha sonra kurulan hakem heyeti, Konvansiyon m. 25'e göre Merkez'in yetkili olup olmadığını ilişkin daha geniş çapta inceleme yapabilir; bu nedenle Genel Sekreterlik, ev sahibi devletin ya da yatırımcının tabi olduğu devletin Konvansiyon tarafı olmaması ya da ihtilafın örneğin yatırımcının kendi vatandaşı olduğu devlette yaptığı yatırımdan kaynaklanması; dolayısıyla Konvansiyon kapsamında bir yatırımdan kaynaklanmaması gibi açıkça Merkezin yetkisinin dışında olan ihtilaflarda başvuruyu reddedebilir. Açıkça bir aykırılık bulunmayan durumlarda başvuruyu kayıt altına alır; ancak bu, hakem heyetinin yetki incelemesi yapmasına ve yetkisizlik kararı vermesine engel değildir. Durumu EMK tahkim ve uzlaşma süreçleri ile Vakıa Tespit süreçlerinde oluşturulan komiteler için de incelemek gerekir.

3. Vakıa Tespit Komitesinin İnceleme Yetkisi

Genel Sekreterliğin başvuruyu kabul etmesinin ardından kurulan Vakıa Tespit Komitesinin, uyuşmazlığın yatırıma ilişkin olup olmadığı veya bir devlet ya da bölgesel ekonomik entegrasyon birliğini ilgilendirip ilgilendirmediği hususlarında bir inceleme yapıp yapamayacağı konusu Vakıa Tespit Kurallarında açık değildir. EMK tahkim ve uzlaşma

süreçlerinde de heyetlerin yetkisine ilişkin benzer bir tartışma vardır. Genel Sekreterliğin başvurusu kabul etmesinin Merkez'in yetkisi hususunda nihai karar olup olmadığı; EMK hakem / uzlaşma heyetlerinin Merkez'in yetkisi konusunda bir değerlendirme yapıp yapamayacakları tartışmalıdır. Bazı hakem / uzlaşma heyetleri Genel Sekreterlik tarafından yapılan inceleme dışında da EMK (1978) m. 2'deki yetki şartlarının incelemekte kendisini yetkili görmekte; bazı hakem / uzlaşma heyetleri ise Genel Sekreterlik tarafından yapılan inceleme sonrasında bir daha inceleme yapma hususunda kendisini yetkili görmemektedir. Ek Mekanizma Kuralları çerçevesinde yürütülen bazı tahkim süreçlerinde, hakem heyeti EMK m. 2/(a), (b) kapsamında görülen bir uyuşmazlıkta yetkisizlik kararı vermiştir.⁵⁰ Kanaatimizce Ek Mekanizma

⁵⁰ Genel Sekreterliğin EMK 2/(a) kapsamında görüp kayıt altına aldığı Europe Cement v Türkiye davasında Genel Sekreterlik EMK m. 2/(a), (b) düzenlemesi çerçevesinde Merkez'in yetkili olduğuna kanaat getirmiş ve tahkim kaydını yapmıştır. İhtilafta, Polonyalı bir şirket olan Europe Cement, Türkiye'deki Çukurova Elektrik AŞ ve Kepez Elektrik TAŞ şirketlerinde paydaş olduğu ve yatırımının ev sahibi devlette ihlale uğradığını iddia etmiştir. Polonya Konvansiyon tarafı olmadığından Genel Sekreterlik EMK tahkimi çerçevesinde Europe Cement'in başvurusunu kayıt altına almıştır. Ancak tahkim süreci sonunda hakem heyeti, Europe Cement'in ÇEAŞ ve Kepez şirketlerindeki paydaşlık iddiasını çeşitli gerekçelerle haklı görmediğinden davacının taleplerinin hepsini "yetkisiz" olduğu gerekçesiyle reddetmiştir. (AF)Europe Cement v Turkey (AF), Award (13 August 2009) https://arbitrationlaw.com/files/free_pdfs/Europe%20Cement%20v%20Turkey%20-%20Award.pdf, E.T: 04.11.2022. ICSID Sekreterliği'nin EMK Tahkimi başvurusunu kayıt altına aldığı bir diğer dava, 137 Kanada vatandaşının, ev sahibi devletin iç hukuk ve milletlerarası hukuku ihlal etmesi sonucu, bireysel yatırımlarının zarara uğradığı gerekçesiyle Kosta Rica devletine karşı yaptığı başvurudur. Ev sahibi devletin Konvansiyona taraf olup, Kanada Konvansiyon tarafı olmadığından, EMK tahkim süreci başlatılmıştır. Başvurucular, milli finansal sistem üzerinde devletin yeterince denetim yapmadığı gerekçesiyle Kanada ile Kosta Rika arasındaki yatırımların korunmasına ilişkin devletlerarası anlaşmada yer alan hakkaniyet ve nisfete uygun muamele, yatırımların korunması ve güvenliği ve kamulaştırmaya karşı koruma hükümlerini ihlal ettiği gerekçesiyle yatırımlarının zarara uğratıldığını iddia etmiştir. Hakem heyeti öncelikle başvurucuların eylemlerinin "yatırım" niteliğinde olup olmadığını incelemiştir. Döviz bürosu sahibi Villalobos kardeşler, kişilere banka mevduat faiz oranlarından daha yüksek bir oranla faiz vermekle, kişilerin yatırdıkları paranın nasıl işletildiği konusunda hem kişilere hem de resmi makamlara bilgi vermemiş; ancak referansla gelen kişilere bilgi vermişlerdir. Bu şekilde aslında bir "saadet zinciri" oluşturan Villalobos kardeşlerin işletmelerine baskınlar yapılmış, şüpheliler dolandırıcılık, hukuka aykırı finansal aracılık suçlarından yargılanmışlardır. Saadet zincirinin çökertilmesiyle, yatırdıkları paraları alamayan mağdurların zararlarının tazmini, yerel mahkemelerde mümkün olamayınca, yatırdıkları paraların "yatırım" olduğundan bahisle Merkez EMK tahkimine başvurmuşlardır. Hakem heyeti, başvurucuların Kosta Rika'nın kanunlarına aykırı mülkiyet edinimlerinin hukuka aykırı hale geldiği ve

Kurallarının (1978) ihdasında amaçlanan Konvansiyon tahkimine tabi tutulamayan ihtilaflarda, başvuruların da kolaylaştırılması ve taraflara gene Merkez çatısı altında tahkim, uzlaşma veya vakıa tespit süreçlerinin yürütülmesi imkânı sunulabilmesidir. EMK'nın ilk ihdas edildiği zamanda, EMK'ya tabi tahkim/uzlaşma sürecinin varlığı, Konvansiyon m. 25'teki konu veya kişi bakımından yetki şartlarının "yokluğuna" bağlıdır. Bu da EMK tahkim/uzlaşma heyetinin kanaatimizce Konvansiyon m. 25 çerçevesinde doğrudan doğruya yatırım şartının gerçekleşip gerçekleşmediğine dair bir değerlendirme yapmasını zorunlu kılmaktadır.

Ek Mekanizma Kurallarına göre teşekkül eden hakem heyetinin yetkisini düzenleyen m. 2 ile Konvansiyon hükümlerinin, Konvansiyon'a dayalı verilen kararların, tavsiye kararların, değerlendirmelerin EMK'ya tabi tahkim / uzlaşma süreçlerinde uygulanmayacağı öngören EMK m. 3 düzenlemesinin birlikte nasıl uygulanacağı hususunda uygulamada birlik yoktu.⁵¹

yatırım andlaşması çerçevesinde de "yatırım" olmadığından bahisle, konu bakımından (*ratione materiae*) yetkisiz olduğuna hükmetmiş ve EMK tahkimi reddedilmiştir. *Alasdair Ross Anderson and others v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/3, Award - 19 May 2010, <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-alsadair-ross-anderson-and-others-v-republic-of-costa-rica-award-wednesday-19th-may-2010>, E.T: 07.11.2022.

⁵¹ Ek Mekanizma Kuralları m. 3 hükmü doğrultusunda, EMK hakem / uzlaşma heyetleri ICSID içtihatlarına da bağlı değildir; bu demek oluyor ki EMK hakem / uzlaşma heyeti konu bakımından yetkili olup olmadığını yani başvuru tarafından icra edilen faaliyetlerin "yatırım" olup olmadığını değerlendirirken de ICSID hakem heyetlerinin kararlarıyla, tavsiye kararlarıyla vs. bağlı değildir. Bazı hakem heyetleri bu hükmü uygularken ICSID Konvansiyonundan bağımsız bir inceleme yaparken, bazı hakem heyetleri ise EMK'nin yetkisinin ICSID Konvansiyonuna göre bir yatırımın yapılmış olup olmadığının tespitine bağlı olduğu bu nedenle "yatırımın" tespitinden ICSID Konvansiyonundan bağımsız bir değerlendirme yapılamayacağını savunmuşlardır. *Minnotes vs. Polonya* davasında hakem heyeti, EMK'ya göre yetkisinin tesisi için konu bakımından yetki, kişi bakımından yetki ve rıza şartlarının gerçekleşmiş olup olmadığını incelemiştir. Uyuşmazlığın doğrudan doğruya EMK 2(a) hükmü çerçevesindeki bir yatırımdan kaynaklandığını, 21.03.1990 t. Amerika - Polonya İş ve Ekonomik İlişkiler Andlaşması ve EMK 4/(2) ve 2/(a) maddelerindeki amaçlar doğrultusunda yatırımın yapılmış olduğu; dolayısıyla konu bakımından yetki şartının gerçekleşmiş olduğu sonucuna varmıştır. *David Minnotte and Robert Lewis v. Republic of Poland*, ICSID Case No. ARB(AF)/10/1, Award - 16 May 2014, p. 150, *Minnotte and Lewis v. Poland*, Award, 16 May 2014 (jsumundi.com), E.T: 11.11.2022. Aynı yönde bkz: *Strabag SE v. Libya*, ICSID Case No. ARB(AF)/15/1, Award of 29 June 2020, p. 210 vd., <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-strabag-se-v-libya-award-monday-29th-june-2020>, E.T: 11.11.2022. *MNSS B.V. vs. Montenegro* tahkim sürecinde, ev sahibi devlet "yatırım" şartının oluşmadığını, zira başvuru sahibinin fa-

Benzer hüküm EMK (2022) m. 3'de yer almaya devam etmektedir; ancak Vakıa Tespit Kurallarında benzer bir hükme yer verilmemiştir. Dolayısıyla EMK (1978)'ya tabi bir vakıa tespit sürecinde ICSID Konvansiyonuna ve içtihatlarından yararlanılıp yararlanılamayacağı tartışma konusuyken, Vakıa Tespit Kurallarında, Konvansiyon hükümlerine ve ICSID içtihatlarına, tavsiye kararlarına vs. dayanılıp dayanılmayacağına dair bir hükme yer verilmemiştir. Ek Mekanizma Kurallarında olduğu gibi bunu yasaklayan bir kural da yoktur. Yasaklayıcı kural olmaması nedeniyle, kanaatimizce, ICSID Konvansiyonu hükümlerine ve içtihatlarına başvurulabilir.

SONUÇ

Yarım yüzyılı aşkın bir süredir faaliyette olan Merkez, ICSID Konvansiyonu ve Ek Mekanizma Kuralları çerçevesinde uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının çözülmesinde devletlerin ve yatırımcıların devletler arası yatırımların teşviki anlaşmalarında da uyuşmazlıkların çözülmesinde tercih edilen önemli bir kurum olmuştur. ICSID Ek Mekanizma Kuralları (1978) çerçevesinde tahkim ve uzlaşma yöntemlerinin yanında ihdas edilmiş "vakıa tespiti" uygulamada da pek dikkat çekmemiş, 2000'li yıllara kadar Merkez nezdinde vakıa tespiti için hiç başvuru olmamıştır. Merkez, ICSID Konvansiyonu ve Ek Mekanizma Kurallarında değişiklik yapacağını ve devletlerin değişiklik önerilerini almaya başladığı 2016 yılında da vakıa tespiti gündeme gelmemiş ancak daha sonra vakıa tespitinin ihtilafları önlemeye yönelik ve ihtilaf ortaya çıkmadan önce uygulanırlığını artırma niyetinden bahsedilmiş, pek de uygulaması ve bilinirliği olmayan vakıa tespiti ayrı kurallar bütünü halinde düzenlenmiştir.

aliyetlerinin Konvansiyona göre yatırım olarak değerlendirilemeyeceğini; başvuru ise EMK m. 3 hükmünün açıkça Konvansiyon'un EMK süreçlerine uygulanmayacağını düzenlediğini beyan etmiştir. Bu nedenle hakem heyeti, EMK'ya tabi bir yatırım yapılmış olup olmadığını tespitinde EMK ile ICSID Konvansiyonu arasındaki ilişkinin mahiyetini bir "ön sorun" olarak ayırtan incelemiştir. EMK m. 2/(a)'ya göre EMK hakem heyetinin yetkisi, ihtilafın ICSID Konvansiyonu'nun yetki alanında dışında olmasına bağlıdır. Bu nedenle, EMK'ya tabi yürütülen bir tahkimde de hakem heyeti yetkisini belirlerken, yatırımın ICSID Konvansiyonu çerçevesinde bir yatırım olup olmadığını incelemelidir. MNSS B.V. and Recupero Credito Acciaio N.V v. Montenegro, ICSID Case No. ARB(AF)/12/8, Award of 4 May 2016, p. 184 vd., MNSS and RCA v. Montenegro, Award, 4 May 2016 (jusmundi.com), E.T: 11.11.2022.

Vakıa tespitini, Merkez nezdindeki diğer süreçlerden ayıran en önemli özellik henüz bir ihtilaf yokken başvurunun yapılması ve vakıaların tespit edilmesidir. Bu özelliği itibarıyla, olası bir ihtilafı önlemeye yönelik olabileceği gibi bir ihtilaf ortaya çıktıktan sonra vakıa tespiti süreci sonundaki rapordaki veriler ihtilafı çözme hususunda kilit rol oynayabilir. Vakıa tespiti kurallarının ayrı kurallar bütünü halinde düzenlenmesi, Merkez'in ihtilaf çıkmadan, uluslararası yatırım ikliminin barış ortamında sürdürülmesi niyetini ortaya koymaktadır.

Kaynakça

- Broches Aron, "The 'Additional Facility' of the International Centre for Settlement of Investment Disputes- (ICSID)", in Pieter Sanders(ed), Yearbook Commercial Arbitration 1979- Volume IV, Yearbook Commercial Arbitration, Volume 4 (© Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International, 1979), ss. 373-379.
- Dikran M. Zenginkuzucu, Devlet ve Yabancı Yatırımcılar Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (ICSID)'nin Kuruluşu ve İşleyişi, İstanbul, 2012
- Dost Süleyman, Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi, Ankara, 2006
- Egemen Demir Işıl, ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2014.
- Mert Bayer Mazlum, "Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı", Onikilevha Yayınları, 2021
- Nitschke Frauke, "The IBA's Investor-State Mediation Rules and the ICSID Dispute Settlement Framework", in Meg Kinnear and Campbell McLachlan (eds), ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Oxford University Press 2014, Volume 29 Issue 1) pp. 112-132.
- Onwuamaegbu Ucheora, The Role of ADR in Investor-State Dispute Settlement: The ICSID Experience, 22 NEWS FROM ICSID, no. 2, 2005.
- Schreuer Christoph H., Schill Stephan W., Malintoppi Loretta, Reinisch August, Sinclair Anthony, Schreuer's Commentary on the ICSID Convention, Cambridge University Press, Third Edition, 2022 (Commentary).
- Toriello Pierluigi, "The Additional Facility of the International Centre For Settlement of Investment Disputes, The Italian Yearbook of International Law Online, 4(1), 1978, 59-83.
- Wehland Hanno, "Jurisdiction and Admissibility in Proceedings under the ICSID Convention and the ICSID Additional Facility Rules", ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues, Publisher: Kluwer Law International, 2017.
- Yamamoto Hiroko, Ramesh Shreya, et al., "Lessons from Perenco: Tribunal-Appointed Experts and Avoiding Double Recovery", in Meg Kinnear and Campbell McLachlan (eds), ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, (© The Author(s); Oxford University Press 2020, Volume 35 Issue 3)

Yılmaz İlhan, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, İstanbul, 2004

Yılmaz İlhan, "ICSID Kurallarının Gelişimi ve Önerilen Kapsamlı Son Değişiklikler", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020/1, ss. 460-473.

Çevrimiçi Kaynaklar

Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun (Resmî Gazete ile yayımı: 2-6.1988 Sayı: 19830) Kanun No. 3460 Kabul Tarihi: 27.05.1988, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/Kanunlar_Kararlar/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf, E.T: 30.10.2022.

"Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations", 052405-sgmanual.PDF (worldbank.org); <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/Old%20Rules/2006%20-%20ICSID%20Convention%2C%20Regulations%20and%20Rules%20-%20ENG.pdf>; E.T: 31.10.2022.

ICSID Mediation Rules and Regulations, https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID_Mediation.pdf, E.T: 01.11.2022.

ICSID Fact-finding Rules and Regulations, [ICSID_Fact-Finding.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID_Fact-Finding.pdf) (worldbank.org), E.T: 01.11.2022.

ICSID History, C. I, II, <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/History%20of%20the%20ICSID%20Convention/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20II-1.pdf>, E.T: 11.11.2022.

Proposals for Amendment of the ICSID Rules –Working Paper I, Volume 3 ICSID Secretariat August 2, 2018 WP1_Amendments_Vol_3_WP-updated-9.17.18.pdf (worldbank.org); E.T: 25.11.2022.

Working Paper 2, Vol. 2, VOL_2.pdf (worldbank.org), E.T: 25.11.2022

Working Paper 3, Vol. 1, 16.08.2019, WP_3_VOLUME_1_ENGLISH.pdf (worldbank.org), E.T: 25.11.2022.

ICSID Arbitration Rules (2022), <https://icsid.worldbank.org/rules-regulations/convention/arbitration-rules/chapter-v-evidence>, E.T: 24.11.2022.

Rules of Procedure for Arbitration Proceedings (Arbitration Rules) International Centre for Settlement of Investment Disputes: (worldbank.org). E.T: 24.11.2022.

ICSID Additional Facility Rules (2003); https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID_Addl_English.pdf,

ICSID Additional Facility Rules and Regulations (2022), https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID_Additional_Facility.pdf, E.T: 04.11.2022.

Fact-finding (Additional Facility) Rules, :: International Centre for Settlement of Investment Disputes: (worldbank.org), E.T: 01.11.2022.

Yararlanılan Kararlar

(AF) Europe Cement v Turkey (AF), Award (13 August 2009) https://arbitrationlaw.com/files/free_pdfs/Europe%20Cement%20v%20Turkey%20-%20Award.pdf, E.T: 04.11.2022.

- Alasdair Ross Anderson and others v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB(AF)/07/3, Award- 19 May 2010, <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-alsadair-ross-anderson-and-others-v-republic-of-costa-rica-award-wednesday-19th-may-2010>, E.T: 07.11.2022.
- David Minnotte and Robert Lewis v. Republic of Poland, ICSID Case No. ARB(AF)/10/1, Award- 16 May 2014, Minnotte and Lewis v. Poland, Award, 16 May 2014 (jsumundi.com), E.T: 11.11.2022.
- Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/6, Award 27.09.2019, Perenco v. Ecuador, Award, 27 Sept 2019 (jsumundi.com), E.T: 24.11.2022.
- Strabag SE v. Libya, ICSID Case No. ARB(AF)/15/1, Award of 29 June 2020, <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-strabag-se-v-libya-award-monday-29th-june-2020>, E.T: 11.11.2022.
- MNSS B.V. and Recupero Credito Acciaio N.V v. Montenegro, ICSID Case No. ARB(AF)/12/8, Award of 4 May 2016, MNSS and RCA v. Montenegro, Award, 4 May 2016 (jsumundi.com), E.T: 11.11.2022.

DANIŞTAY DAİRELERİNİN FAALİYETLERİNDEKİ BAŞARISINA İLİŞKİN BİR İNCELEME: PANEL VERİ ZAMAN SERİSİ ANALİZLERİ

AN INVESTIGATION ON THE SUCCESS OF THE DEPARTMENTS OF THE COUNCIL OF CONSULTANT IN THE OPERATIONS: PANEL DATA TIME SERIES ANALYSIS

Murat KORKMAZ*

Ayhan AYTAÇ**

Hasan Basri KORUKLUOĞLU***

Özet: Bu alıŐmada Türk yargı kurumlarından olan DaniŐtay'ın iş yükü ile iş yükünün oluşturduğu sorunlara yönelik elde edilen panel veriler yine farklı analiz yöntemleri ile analiz edilerek değerlendirmeye çalışılmıştır. Araştırmada kullanılan panel veriler DaniŐtay tarafından kendi internet sitesinde yayımlamıŐ olduğu verilerden oluşmaktadır. Bu veriler SPSS ve Eviews istatistik programları kullanarak analiz edilmiştir. Analiz yöntemi değişkenlerin durağanlığı Augmented Dickey-Fuller, nedenselliklerin tespiti için ise Granger nedensellik testi ve model olarak da Anova yöntemleri kullanılmıştır. Yapılan analiz ve istatistiksel değerlendirme sonrasında DaniŐtay'a bağlı tüm dairelerin iş yükünün oldukça yüksek olduğu, birçok dairenin ise yeni yargı dönemine/yılına geçmiş dönemden aktarılan dava dosyaları ile başladığı tespit edilmiştir. Ayrıca her yıl giderek artan dava dosyası olduğu, bu dava dosyalarındaki karar sürecinin ise giderek uzun süreçlere yayıldığı saptanan sonuçlar arasında yer almaktadır. Genel olarak her yıl dava dosyalarında bir artışın olduğu buna bağlı olarak iş yükünün arttığı, çalışan yargı mensuplarının artan iş yükü nedeniyle performans ve verimlilik anlamında olumsuzluk yaŐadıėı sonucuna ulaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler: DaniŐtay, Performans, İŞ Yükü, Dava Dosyası, Nedensellik, Yargı

* Dr., muratkorkmaz@guvenplus.com.tr, ORCID: 0000-0001-7925-5142

** Prof. Dr., Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İktisat Bölümü, ayhanaytac@yahoo.com, ORCID NO: 0000-0002-5599-2399

*** Av., hasanbasri@korukluoglu.av.tr, ORCID NO: 0000-0001-7198-3356, Makalenin Gönderim Tarihi: 01.08.2022, Kabul Tarihi: 19.01.2023

Abstract: In this study, the panel data obtained regarding the workload of the Turkish judicial institution of the Council of State and the problems caused by the workload were analyzed and evaluated with different analysis methods. The panel data used in the research consists of the data published by the Council of State on its website. These data were analyzed using SPSS and Eviews statistical programs. Augmented Dickey-Fuller analysis method was used for the stability of the variables, Granger causality test was used for the determination of causality and Anova methods were used as the model. After the analysis and statistical evaluation, it has been determined that the workload of all chambers affiliated to the Council of State is quite high, and that many chambers start the new judicial period/year with the case files transferred from the previous period. In addition, it is among the results that it is determined that there is an increasing number of case files every year, and the decision process in these case files is gradually spreading to longer processes. In general, it has been concluded that there is an increase in case files every year, and the workload increases accordingly, and that the working members of the judiciary experience negativities in terms of performance and efficiency due to the increasing workload.

Keywords: Council of State, Performance, Workload, Case File, Causality, Judgment

GİRİŞ

Araştırma konusunun temelini oluşturan iş ve çalışma faaliyetleridir. Bu nedenle faaliyetlerin başarıya etkisinin ne olduğunun öncelikli olarak belirlenmesi ya da ifade edilmesi gerekir.

Faaliyet bir iş veya eylemin gerçekleştirilmesi ya da gerçekleştirilme aşaması olarak tanımlanmaktadır. Tanım tekil ya da çoğul olarak kullanılabilir.

Birey ya da kişi bireysel anlamda faaliyet gerçekleştirdiği gibi bir kurum ya da oluşum adına da faaliyet içerisinde bulunabilir. Bu durum kurumlar içinde geçerlidir. Kurumlar açısından değerlendirme yaptığımızda da faaliyetler gerçekleştirilebilir ya da faaliyetlerin gerçekleştirilmesine katkı sağlayabilir.

Kurumsal faaliyetler kurumun kendi iç görev yapısı ya da yüklenildiği işin nevi ile içeriğine göre değişiklik göstermektedir. Özellikle kamu kurumları bu konuda uzmanlaşmış kurumlar olarak değerlendirilmektedir.

Birçok kamu kurumu açısından bakıldığında bazı kurumlar ise birbiri ile bağlantılı ya da birbirine zorunlu ihtiyaç duyan kurumlar

olarak görülmektedir.¹ Bu kurumların başında da yargı kurumları gelmektedir. Yargı kurumları birbirine bağlı fakat bağımsız kurumlardır.² Özellikle yüksek yargı kurumlarının faaliyetleri ile işleyiş yapısı birçok kamu kurumunu etkileyen ya da etkisi altına alan özelliktedir.³ Kesin karar mekanizması olduğundan dolayı yüksek yargı kurumlarının sorumluluk ilkesi, düzeni, işleyişi ve en önemlisi verdiği kararlar oldukça önem arz etmektedir.

Yüksek yargı kurumlarında görev yapan yargıç ya da hâkimlerin görev ve sorumlulukları bu nedenle oldukça önem arz eder.⁴ Yüksek yargının verdiği kararlar bağlayıcıdır.⁵ Birçok karar ise kesin karar niteliğinde olup kişi, topluluk, kurum ve devlet mekanizmasını etkileyerek farklılık yaratır.⁶

Danıştay bu anlamda yapısı ve işleyişi açısından değerlendirildiğinde kamu adına önemli bir yargı kuruluşu olarak işlevsellik kazanmıştır.⁷ Yüksek yargı kurumu olması nedeniyle de verdiği kararlar kamu ile kurum ya da bireyleri bağlayıcı niteliktedir.^{8 9}

¹ Elçin Akpınar, "Kamu Yönetiminde Denetim Olgusu ve Türkiye'de Kamu Yönetiminin Denetlenmesi", Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Bölümü, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, 2006, ss.1-149.

² İnanç İştin, "Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı", *Gaziantep University Journal of Social Sciences*, 13(2), 2014, ss.285-313.

³ Demet Akdeniz, "Türkiye'de Hukuki ve İdari Açından Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Bağımsızlığına İlişkin Değerlendirme", *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 57. Sayı/ Temmuz, 2018, ss.1-19.

⁴ Eylem Baş, "Hâkimlerin ve Savcılarının Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları", *Ankara Barosu Dergisi*, 2016/3, ss.267-359.

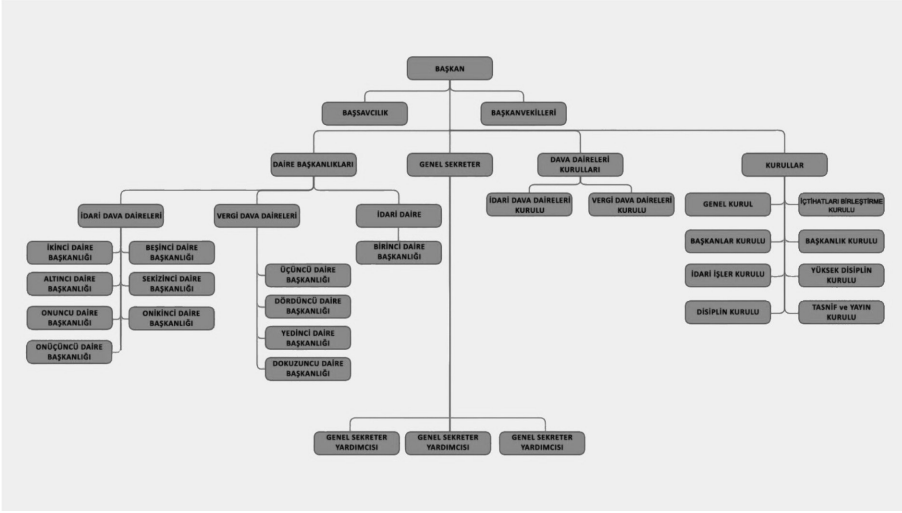
⁵ Necip Bilge, "Hukuk Başlangıcı: Hukukun Temel Kavram ve Kurumları", Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2000, ss.1-326.

⁶ İtiraz edilen merciler dosyanın kendisine gelişinden itibaren yedi gün içinde karar vermek zorundadır. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir (İYUK m.27/7).

⁷ Fatih Özkul, "Anayasalarımızda Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı", *Ankara Barosu Dergisi*, 2006/3, ss. 201-263.

⁸ Ayhan Tekinsoy, "Danıştay'ın Temyiz İncelemesi Üzerine Verdiği Kararların Uygulanması", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 5, Sayı: 2, Yıl 2014, ss.1-32.

⁹ Tekinsoy, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin 1. fıkrası hükmüne göre, "Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur". Maddenin 2. fıkrasında (Değişik: 2/7/2012- 6352/58 m.).



Şekil 1. Danıştay Teşkilat Şeması

Danıştay, yapısı gereği alanında uzmanlaşmış farklı daireler ile iş-leyiş gerçekleştirmektedir. Danıştay'ın 2022 yılına ait genel yapısı ve organizasyon şeması Şekil 1'de görüldüğü gibidir.¹⁰

Yüksek yargı mensubu hâkimler yerel mahkemelere göre konusuna daha çok hâkim olmalı, daha ayrıntılı düşünmeli ve verilen kararın bağlayıcı olmasına ilişkin sorumluluğun bilincinde olmalıdır.¹¹

Genel olarak bir değerlendirme yaptığımızda yüksek yargının denetleyici bir mekanizma olduğu gerçeğini de unutmamak gerekir.¹²

Costa ve McCrae (1987) tarafından yapılan bir çalışmada; bireyin çok önemli beş kişilik özelliği olduğu ve bunların her birinin ayrı faktör olarak değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bu faktörler yine araştırmacılar tarafından bir model üzerinden toplanmıştır.¹³

¹⁰ <https://www.danistay.gov.tr/icerik/10>, E.T. 15.12.2021.

¹¹ Bahattin Aras, "Hâkim ve Savcıların Yargısal Faaliyetlerinin Disiplin Soruşturmasına Konu Edilmesi", *Aras Hacettepe HFD*, 10(2), 2020, ss.835-862.

¹² Ali Balkan, "İdarenin Yargı Dışı Yollardan Denetlenmesi", Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Bölümü, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, 2009, ss.1-180.

¹³ R. Robert McCrae ve Paul T. Costa, Jr, "Validation of the Five-Factor Model of Personality Across Instruments and Observers", *Journal of Personality and Social Psychology*, 52(1), 1987, pp.81-90.

Yüksek yargı mensubu kişilerin özellikle karar mekanizması konusundaki gücü ile yaptırımı bu anlamda önem kazanmaktadır.¹⁴ Yani bir yüksek yargı mensubuna ait karar birçok farklı yargı mensubunun uymak zorunda olması gereken emsal teşkil etmektedir. Bu nedenle verilen kararın isabetli ve adil bir şekilde verilmesi gerekir.¹⁵

Sığrı ve Gürbüz (2011) tarafından yapılan bir araştırmada ise akademisyenlerin akademik faaliyetleri ve başarıya etkisi incelenmiştir. Yapılan araştırma sonrasında araştırmanın bulgularına baktığımızda; bireysel anlamda bağlı olunan kurumlara yönelik sorumluluk duygusunun başarı üzerinde etkili olduğu sonucuna ulaşılmıştır.¹⁶

Yüksek yargı mensubu hâkimlerin bu anlamda görev ve sorumluluklarını bilerek hareket etmeleri, hata kat sayısını düşüreceği gibi verilen emsal niteliğindeki kararlar hakkında da olumsuz yorumların önüne geçilecektir.¹⁷ Bu durum hem yargıya olan güveni artıracak hem de kararların adil ve doğru olmasına katkı sağlayacaktır.^{18 19}

Yukarıdaki çalışmalara ait bulgular doğrultusunda bir yorum yapmak gerekirse bireysel sorumluluğun kurumsal performans ve başarı üzerinde etkili bir sonuç doğurduğunu söyleyebiliriz. Yani bireysel başarı ile kurumsal başarı arasında paralel bir ilişki olduğunu görmekteyiz.

Kamu ve bazı özel kuruluşlarda gerçekleştirilen görev algısı ile sorumluluğun, yapılan işin niteliği ve başarısına etkisi olduğu gösteren çok sayıda çalışma bulunmaktadır.²⁰

¹⁴ Serhat Sinan Kocaoğlu, "Türkiye Cumhuriyeti Yargı Sisteminin Temel Sorunu "Hâkim (& Savcı) Niteliği" ve bu Hususta Eklektik Bir Çözüm Önerisi (Kassandra'nın Çılgılığı)", *Ankara Barosu Dergisi*, 2011/3, ss.15-84.

¹⁵ Okan Taşdelen, "Çelişkili Yargı Kararlarının Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Cilt: 0, Sayı: 7, 2016, ss.987-1024.

¹⁶ Ünal Sığrı ve Gürbüz Sait, "Akademik Başarı ve Kişilik İlişkisi: Üniversite Öğrencileri Üzerinde Bir Araştırma", *Savunma Bilimleri Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 1, 2011, ss.30-48.

¹⁷ Cengiz Topel Çiftçioğlu, "2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununa Göre Hâkim ve Savcıların Disiplin Soruşturmaları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 1, 2011, ss.127-157.

¹⁸ Recai Akyel, "Stratejik Yargı Yönetimi", *Stratejik Yargı Yönetimi Dergisi*, Cilt: 0, Sayı: 13, 2019, ss.61-96.

¹⁹ Tuğba Gökmen, "Türkiye'de Yargının Stratejik Yönetimi", *Journal of Humanities and Tourism Research*, Cilt: 11, Sayı: 1, 2021, ss.145-161.

²⁰ Kemal Eroğluer, "Örgütsel İletişim ile İş Tatmini Unsurları Arasındaki İlişkiler: Kuramsal Bir İnceleme", *Ege Akademik Bakış Dergisi*, Cilt: 11 • Sayı: 1 • Ocak 2011, ss. 121-136.

Yüksek yargı ve diğer yargı kurumlarındaki başarıya bağlı güven algısı bu nedenle önemlidir. ²¹Yargı kurumlarına yönelik duyulan güven, toplum ve toplum bireylerinin kişisel beklentileri üzerinde de etkili olacak bir faktördür. ²²Bu nedenle yüksek yargı kararlarının başta adil olmak üzere isabetli ve doğru nitelikte olması gerekir. ²³

Artan yüksek yargı iş yükü nedeniyle gecikmeler, verilen kararlardaki isabetsizlik toplumsal güven algısı üzerinde olumsuzluk yaratmaktadır.

Farklı bir bakış açısı ile değerlendirdiğimizde ise artan yargı iş gücünün her geçen gün artıyor olmasıdır. Bu durum yargının daha yoğun çalışmasına, alınan ve verilen kararlarda olumsuzluk ya da isabetsizliğe neden olmaktadır.

VERİ SETİ VE MODEL

Bu çalışmanın amacı Türkiye Cumhuriyeti Danıştay Başkanlığı'nın genel ve daireler bazında karar alma hızını ve iş yükünü incelemektir. Bu amaçla çalışmada Danıştay Başkanlığı web sitesinde servis edilen ²⁴yıllara ve dairelere göre istatistik raporları ve 2020 Yıllık Rapor kullanılmıştır. Tüm ilgili veriler 2013 - 2021 dönemlerini kapsamaktadır. Danıştay dairelerinin karar alma hızını incelemek için daireler bazında sonuçlanan ve devreden dosya sayıları ve dairelerin toplam iş yükündeki payları incelenmiş ve ilgili modellerin test edilmesi ve kullanılan değişkenlere ilişkin ampirik analizler Eviews 9 ve Spss 17 paket programı kullanılarak yapılmıştır.

²¹ Serdar Güleler ve İlknur Rabia Türkölmez, "Literatür İncelemesi "Yargı Kurumuna Güven" Yazını Üzerine Bir İnceleme", *Uluslararası Politik Araştırmalar Dergisi*, Cilt: 4, Sayı: 1, 2018, ss.49-59.

²² Nurettin Güz ve Hayrettin Yanık, "Toplumsal Sorumluluk Yaklaşımı ve Güven Bağlamında Medya ve Kamuoyu Araştırmaları Arasındaki İlişki", *Gümüşhane Üniversitesi, İletişim Fakültesi, Elektronik Dergisi*, Mart Sayı: 1, 2020, ss.298-336.

²³ Abdullah Hızal ve Serkan Çınarlı, "Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Tam Yargı Davalarında Tazmin Borcunun Kapsamı", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(1), Bahar 2015, ss.143-184.

²⁴ <https://www.danistay.gov.tr/icerik/15>, E.T. 15.02.2022

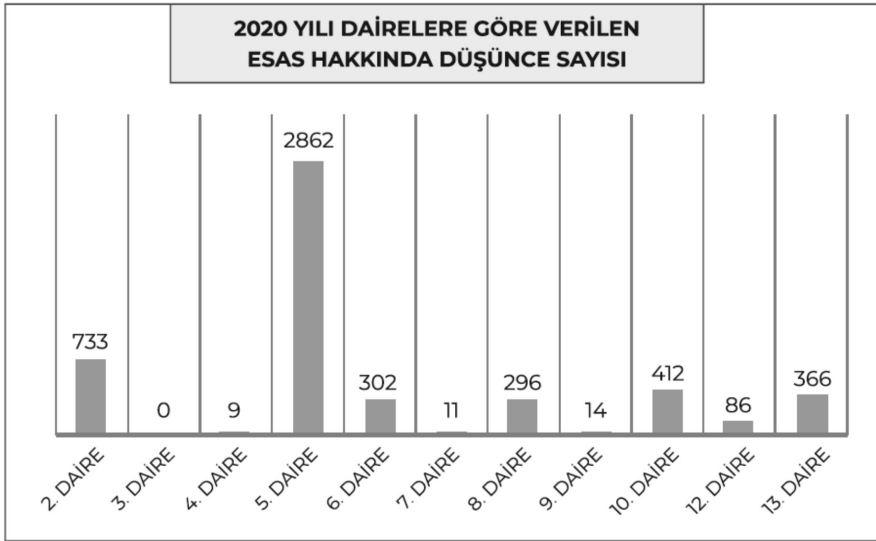
AMPİRİK BULGULAR

Tablo 1. 2020 yılı Sonuçlanan Dosya Sayıları

2020 YILI SONUÇLANAN DOSYA SAYILARI	
Kanun Yararına Temyiz	264
Esas Hakkında Düşünce Sayısı	5091
Uyuşmazlık*	127

Tablo 1'de Başsavcılık istatistikleri bulunmaktadır. 2020 yılında 5482 dosya sonuçlandırılmıştır. Bu dosyaların 264'ü kanun yararına temyiz, 5091'i esas hakkında düşünce sayısı 127 tanesi de uyuşmazlık dosyalarından oluşmaktadır.

Tablo 2. 2020 yılı Dairelere Göre Verilen Esas Hakkında Düşünce Sayısı



Tablo 2'de 2020 yılı dairelere göre verilen esas hakkında düşünce sayıları bulunmaktadır. 2020 yılında 2862 düşünce ile 5. Daire esas hakkında en fazla düşünce veren daire olmuş, bunu 733 düşünce ile 2. Daire izlerken, 412 düşünce ile 10. Daire üçüncü en yüksek düşünce veren daire olmuştur.

Tablo 3. 2020 yılı İdari Daire (1. Daire) Dosya Sayıları

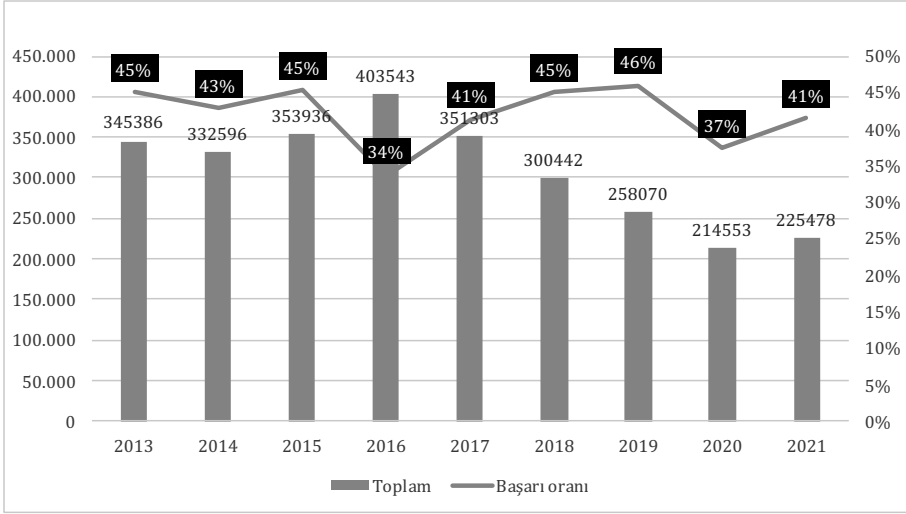
	2020 YILI DOSYA SAYILARI				
	Önceki Dönemden Devir	Açılan	Toplam	Sonuçlanan	Sonraki Döneme Devir
Memur Yargılama	9	1915	1924	1898	26
Diğer İşler	2	92	94	73	21
Toplam	11	2007	2018	1971	47

Tablo 3'te 2020 yılı idari daire (1. Daire) dosya sayıları bulunmaktadır. Toplam 2018 dosyanın 1924 tanesi memur yargılama içerirken, 94 tanesi diğer işleri içermektedir. Bu dosyaların 1971 tanesi sonuçlanmış, 47 tanesi ise bir sonraki döneme devredilmiştir.

Tablo 4. 2020 yılı Dava Daireleri ve Kurulları İstatistikleri

	2020 YILINA DEVREDEDEN DOSYA SAYILARI			2020 YILINDA AÇILAN DOSYA SAYILARI			2020 YILINDA SONUÇLANAN DOSYA SAYILARI			2021 YILINA DEVREDEDEN DOSYA SAYILARI		
	İlk Derece	Temyiz / KD	Toplam	İlk Derece	Temyiz / KD	Toplam	İlk Derece	Temyiz / KD	Toplam	İlk Derece	Temyiz / KD	Toplam
2. Daire	1152	1535	2687	499	2046	2545	892	3263	4155	759	318	1077
3. Daire	0	9959	9959	9	5188	5197	6	6614	6620	3	8533	8536
4. Daire	22	13841	13863	24	6485	6509	16	6741	6757	30	13585	13615
5. Daire	5687	13325	19012	217	6755	6972	1706	4285	5991	4198	15795	19993
6. Daire	604	22702	23306	500	10932	11432	445	13598	14043	659	20036	20695
7. Daire	33	10052	10085	43	3896	3939	45	5334	5379	31	8614	8645
8. Daire	1089	11971	13060	515	7343	7858	378	5954	6332	1226	13360	14586
9. Daire	17	8725	8742	6	6307	6313	11	6405	6416	12	8627	8639
10. Daire	1264	17969	19233	855	6111	6966	678	6592	7270	1441	17488	18929
12. Daire	394	7617	8011	331	5102	5433	174	4878	5052	551	7841	8392
13. Daire	673	7612	8285	224	3788	4012	460	3599	4059	437	7801	8238
İDDK	-	-	2233	-	-	3584	-	-	3843	-	-	1974
VDDK	-	-	898	-	-	1694	-	-	1626	-	-	966
Toplam	10935	125308	139374	3223	63953	72454	4811	67263	77543	9347	121998	134285

Tablo 4'te 2020 yılı dava daireleri ve kurulları istatistikleri bulunmaktadır. 2020 yılında 6. Daire sonuçlanan dosya sayısı açısından en yüksek dosya sayısına sahiptir. Onu 7270 ile 10. Daire ve 6757 ile 4. Daire izlemektedir.

Grafik 1. Yıllara Göre Dava Daireleri Toplam Dosya Sayıları İstatistikleri

Grafik 1'de yıllara göre dava daireleri toplam dosya sayıları istatistikleri ve sonuçlandırılan dosya sayısına göre başarı oranları bulunmaktadır. Toplam dosya sayısı yıllara göre düşüş göstermiştir. 2013 yılında 345.386 olan toplam sonuçlanan ve devreden dosya sayısı 2021 yılında %35 düşüş göstererek 225.478 olmuştur. Toplam sonuçlanan dosya sayısının toplam dosya sayısına oranını gösteren başarı oranı yıllara göre farklılık göstermiştir. 2013 yılında %45 olan başarı oranı 2021'de %41'e gerilemiştir. En yüksek başarı oranı %46 ile 2019 yılı olurken, en düşük başarı oranı %34 ile 2016 yılı olmuştur. 2016 yılı aynı zamanda en yüksek toplam dosya sayısının olduğu yıldır.

Tablo 5. 2020 yılı Dava Daireleri Kurulları Dosya Sayıları

2020 YILI DOSYA SAYILARI					
	Önceki Dönemden Devir	Dönemde Açılan	Dönemde Toplam	Dönemde Sonuçlanan	Sonraki Döneme Devir
İDDK	2233	3584	5817	3843	1974
VDDK	898	1694	2592	1626	966
Toplam	3131	5278	8409	5469	2940

Tablo 5'te 2020 yılı dava daireleri kurulları dosya sayıları bulunmaktadır. 2020 yılında iç denetim koordinasyon kurulunda 5817, vergi dava daireleri kurullarında ise toplam 2592 davaya bakılmıştır. Toplam 8409 dava dosyasının 5469 (%65) tanesi ilgili dönemde sonuçlandırılırken, 2940 (%35) tanesi sonraki döneme devredilmiştir.

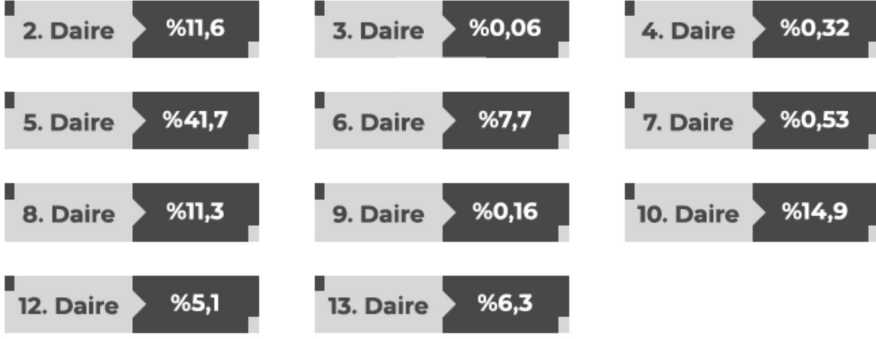
Tablo 6. 2020 yılı Türlerine Göre Sonuçlanan Dosya Sayıları

2020 YILI TÜRLERİNE GÖRE SONUÇLANAN DOSYA SAYILARI		
	İDDK	VDDK
Temyiz	2344	19
Karar Düzeltme	884	560
İsrar	431	1032
Aykırlığın Giderilmesi	184	15
Toplam	3843	1626

Tablo 6'da 2020 yılı türlerine göre sonuçlanan dosya sayıları bulunmaktadır. 2020 yılında iç denetim koordinasyon kurulu ve vergi dava daireleri kurullarında en fazla görülen dava sayısı 2344 ile temyiz davaları olmuştur. Yine bu dönemde 884 karar düzeltme davası, 431 ısrar davası ve 184 aykırılığın giderilmesi davası görülmüştür.

Tablo 7. 2020 yılı Dairelere Göre İlk Derece Dosya Sayıları

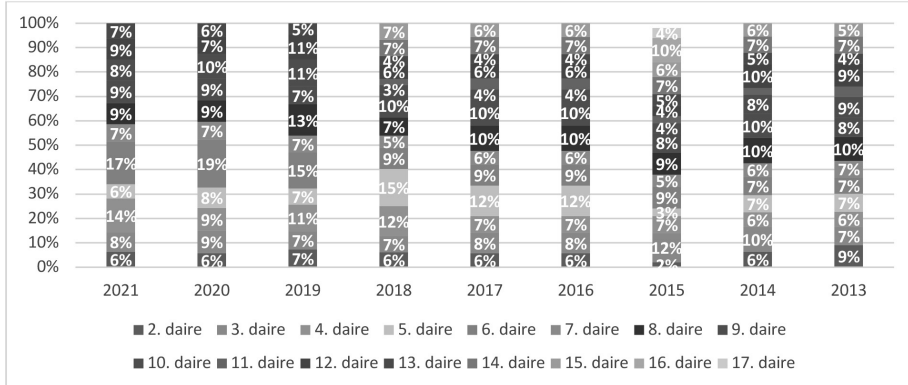
	2020 Yılına Devreden İlk Derece Dosya Sayıları	2020 Yılında Açılan İlk Derece Dosya Sayıları	2020 Yılı Toplam İlk Derece Dosya Sayıları
2. Daire	1152	499	1651
3. Daire	0	9	9
4. Daire	22	24	46
5. Daire	5687	217	5904
6. Daire	604	500	1104
7. Daire	33	43	76
8. Daire	1089	515	1604
9. Daire	17	6	23
10. Daire	1264	855	2119
12. Daire	394	331	725
13. Daire	673	224	897
Toplam	10935	3223	14158



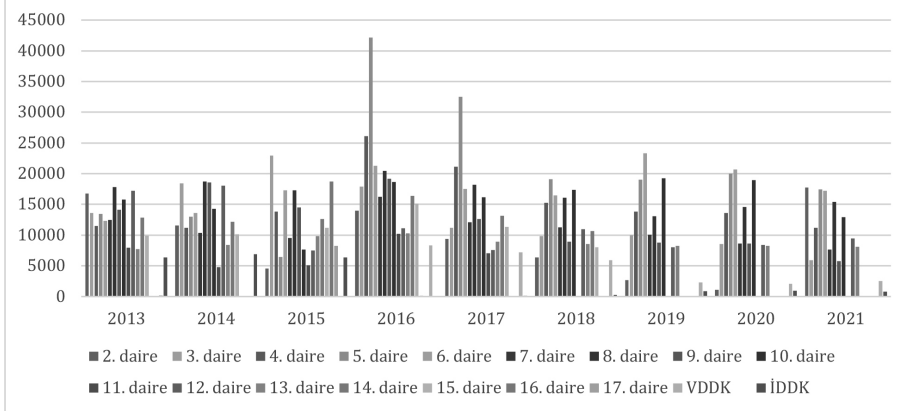
Şekil 2. 2020 yılı Dairelere Göre İlk Derece Dosya Oranları

Tablo 7'de 2020 yılı dairelere göre ilk derece dosya sayıları Şekil 2'de ise dairelere göre ilk derece dosya oranları bulunmaktadır. Toplam ilk derece dosya sayısı açısından en yüksek sayı 5904 ile 5. Daire'ye aittir. 5. Daire'nin ilk derece dosya oranı %41,7'dir. Diğer en yüksek iki daire ise 2119 ile 10. Daire ve 1651 ile 2. Daire'dir. Bu dairelerin 2020 yılındaki ilk derece dosya oranları sırasıyla %14,9 ve %11,6 olarak gerçekleşmiştir.

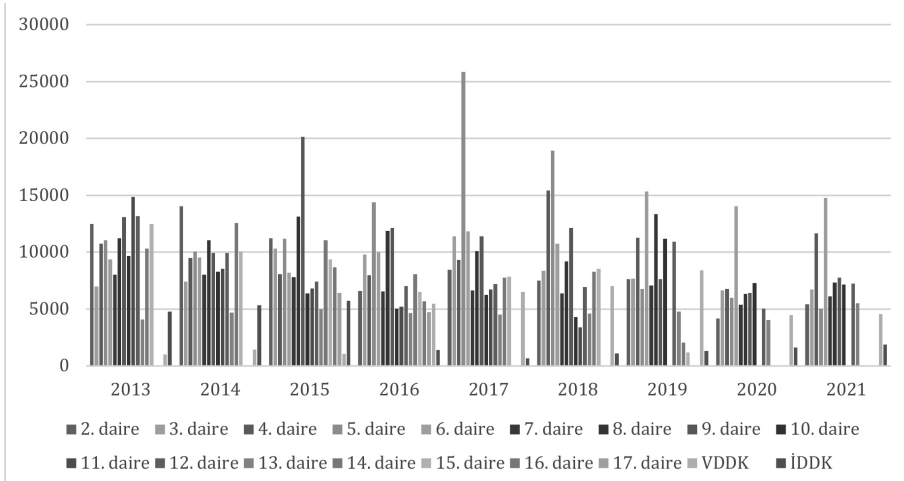
Grafik 2. Yıllara Göre Dava Daireleri İş Yükü İstatistikleri



Grafik 2'de yıllara göre dava daireleri iş yükü istatistikleri bulunmaktadır. Toplam dosya sayısına göre hesaplanan iş yükü ortalamasında en yüksek iş yüküne sahip olan daire %11 ortalamayla 6. Daire'dir. Onu %10 ortalamayla 8. Daire izlemektedir.

Grafik 3. Yıllara Göre Dava Daireleri Devreden Dosya İstatistikleri

Grafik 3'te Yıllara göre dava daireleri devreden dosya sayıları istatistikleri bulunmaktadır. Devreden dosya sayıları her yıl bir sonraki yıla devreden dosyaları içermektedir. Bu bakımdan en yüksek devreden dosya sayısı 6. Daire'ye aittir. Ana daireler arasında en az devreden dosya sayısı ise 2. Daire'ye aittir.

**Grafik 4.** Yıllara Göre Dava Daireleri Sonuçlandırılan Dosya İstatistikleri

Grafik 4'te Yıllara göre dava daireleri sonuçlandırılan dosya sayıları istatistikleri bulunmaktadır. Sonuçlandırılan dosya sayıları her yıl ilgili yılda sonuçlandırılıp karara bağlanan dosyaları içermekte-

dir. Bu bakımdan en yüksek sonuçlandırılan dosya sayısı 5. Daire'ye aittir. Ana daireler arasında en az sonuçlandırılan dosya sayısı ise 13. Daire'ye aittir.

İSTATİSTİKSEL BULGULAR

Çalışma kapsamında Danıştay Başkanlığı'na ait daire bazında dosya sayıları ve başarı oranları üzerinde etkili olan bileşenler ortaya çıkartılmıştır. Söz konusu analizleri gerçekleştirmek amacıyla daire bazında sonuçlanan ve devreden dosya sayıları değişkenlerinin durağanlığını kontrol etmek gerekmektedir. Değişkenlerin durağanlığı Augmented Dickey-Fuller testi ile ortaya konmuştur. Durağanlık testleri, dosya sayıları serilerinin trendleri hem hesaba katılmadan hem de hesaba katılarak ayrı ayrı gerçekleştirilmiştir. Durağanlık testleri sonuçları aşağıda **Tablo 8'**de sunulmuştur. Test sonuçlarına göre dosya sayıları değişkenleri ikinci düzeyde durağandır.

Tablo 8. Durağanlık Test Sonuçları

Değişkenler	Trendsiz			Trend & Sabit			Sonuç
	Düzye	1. Fark	2. Fark	Düzye	1. Fark	2. Fark	
Toplam Sonuçlanan Dosya Sayısı	(-15.354)	-110651	-345344	(-3.5645)	-27979	(-6.3453)	I [2]
Toplam Devreden Dosya Sayısı	(-3.5343)	(-8.2324)	-456462	(-4.4564)	-16486	(-4.6967)	I [2]

Toplam Dosya Sayısının Daireyle İlişkisi

Danıştay dairelerinin toplam dosya sayısı üzerindeki etkisini anlamak amacıyla maksimum gecikme uzunluğu iki alınarak AIC (Akaike, 1973) kriterine göre model tahmin edilmiştir. Araştırılan etkiye dair bulgular aşağıda **Tablo 9'**da sunulmuştur.

Tablo 9. Dairelerin Toplam Dosya Sayısı Üzerindeki Etkisi

	Katsayı	S. H.	P değeri
Sonuçlanan Dosya Sayısı	0.056	0.312	0.07
Devreden Dosya Sayısı	0.024	0.497	0.00

F: 5.98, R²:0.78, Durbin-Watson: 4.4

Buna göre dairelerin toplam sonuçlanan dosya sayısı ve toplam devredilen dosya sayısı üzerinde anlamlı etkisi tespit edilmiştir. Meydana gelen %100'lük bir toplam, toplam sonuçlanan dosya sayısını yaklaşık %5,6, toplam devredilen dosya sayısını ise %2,4 artırmaktadır.

Daire Üzerindeki İş Yükünün Dosya Sayısıyla İlişkisi

Toplam dosya sayısının daire üzerindeki iş yüküne etkisini anlamak amacıyla maksimum gecikme uzunluğu iki alınarak AIC (Akaike, 1973) kriterine göre model tahmin edilmiştir. Araştırılan etkiye dair bulgular aşağıda **Tablo 10'** da sunulmuştur. Buna göre dosya sayısının daire iş yükü üzerinde anlamlı etkisi tespit edilmiştir.

Tablo 10. Toplam Dosya Sayısının İş Yükü Üzerindeki Etkisi

	Katsayı	S. H.	P değeri
Sonuçlanan dosya sayısı	-0.029	0.764	0.00
Devreden dosya sayısı	0.036	0.325	0.00

F: 6,93, R²:0.75, Durbin-Watson: 6.1

Sonuçlanan dosya sayısında meydana gelen %100'lük bir toplam, toplam iş yükü üzerinde yaklaşık %2,9'luk bir azalma, devreden dosya sayısında meydana gelen %100'lük bir toplam ise iş yükü üzerinde %3,6'lık bir artışa neden olmaktadır.

İş Yükünü ve Devreden ve Sonuçlandırılan Dosya Sayısı Arasındaki Nedensellik İlişkisi

Devreden ve sonuçlandırılan dosya sayısının daire üzerindeki iş yükü üzerindeki nedensellik etkisini anlamak amacıyla gecikme uzunluğu iki alınarak Granger Nedensellik kriterine göre model tahmin edilmiştir. Araştırılan etkiye dair bulgular aşağıda **Tablo 11'** de sunulmuştur. Buna göre devreden ve sonuçlandırılan dosya sayısının daire iş yükü üzerinde anlamlı etkisi tespit edilmiştir. Tabloda görüldüğü üzere devreden dosya sayısının, iş yükünün nedeni olmadığı şeklindeki hipotez ve sonuçlandırılan dosya sayısının iş yükünün nedeni olmadığı şeklindeki hipotezlerin reddedilemediği görülmektedir. Buradan yola çıkarak söz konusu nedenselliğin yönünün devreden dosya sayısından iş yüküne doğru olduğunu ifade edebiliriz.

Tablo 11. Pairwise Granger Causality Tests

Sample: 2013 2021

Lags: 2

Null Hypothesis:	Obs	F-Statistic	Prob.
Devreden dosya does not Granger Cause İş yükü	9	1.95649	0.0002
İş Yükü does not Granger Cause Devreden dosya		7.25091	4.3435
Sonuçlandırılan dosya does not Granger Cause İş Yükü	9	8.33544	2.5675
İş Yükü does not Granger Cause Sonuçlandırılan dosya		3.15843	9.1298

Dosya Sayısı ile Dairelerin Performansları ve Yıllar Arasındaki İlişki

Devreden ve sonuçlandırılan dosya sayısının dairelerin performansları ve yıllara göre bir ilişki olup olmadığını anlamak için Anova modeli tahmin edilmiştir. Araştırılan etkiye dair bulgular aşağıda **Tablo 12'** de sunulmuştur. Buna göre sonuçlandırılan dosya sayısının dairelere göre farklılık gösterdiği görülmüştür. Tüm yıllarda 5. Daire'nin diğer dairelere göre daha fazla dosya sonuçlandığı belirlenmiştir. Devreden dosya sayısının da dairelere göre farklılık gösterdiği görülmüştür. Tüm yıllarda 6. Daire'nin diğer dairelere göre daha fazla dosyayı gelecek yıla devrettiği belirlenmiştir.

Tablo 12. ANOVA Analizi

Devreden dosya sayısı

ANOVA	Sum of Squares	df	Mean Square	F	Sig.
Between Groups	34353,884	3	74544,961	84,648	,000
Within Groups	56567,293	43	323,100		
Total	85853,177	46			

Sonuçlandırılan dosya sayısı

ANOVA	Sum of Squares	df	Mean Square	F	Sig.
Between Groups	32324,513	3	67867,504	23,227	,000
Within Groups	86786,013	43	232,163		
Total	98789,526	46			

SONUÇ

Bu çalışma, Türkiye Cumhuriyeti Danıştay Başkanlığı'nın genel ve daireler bazında karar alma hızını ve iş yükü üzerinde etkili olan bileşenleri ortaya çıkarmayı ve dosya sayılarının dairelerin toplam iş yükü ve karar alma hızı üzerindeki etkisini tespit etmeyi amaçlamaktadır. Söz konusu tespitler Danıştay Başkanlığı'nın iş yükü ve karar alma hızının artmasına katkı sağlayacağı için önem arz etmektedir.

Çalışmada Danıştay Başkanlığı tarafından toplanan ve raporlanan ikincil veriler kullanılmıştır. Çalışma kapsamında araştırılan etkiler zaman serisi panel analizleri aracılığı ile açığa çıkartılmıştır.

Dairelerin başarısına etki eden en önemli bileşenin toplam dosya sayısındaki artışlar olduğu anlaşılmıştır. Öte yandan toplam dosya sayısında tür ayırımına gidilmemiş, sonuçlandırılan ve devreden dosyalar ayrıca önem arz ettiği için kümülatif etkiye ilişkin bulgular tespit edilmiştir. Buradan hareketle, devreden dosya sayısındaki azalmanın dairenin toplam başarısındaki artışta direkt olarak rol oynadığı düşünülmektedir.

Diğer taraftan Danıştay dairelerinin iş yüküne etki eden faktörlerin yine sonuçlandırılan dosya sayısı ve devreden dosya sayısı olduğu anlaşılmıştır. Devreden dosya sayısındaki artışın, sonuçlandırılan dosya sayısı kadar olmasa da toplam iş yükündeki değişimde direkt olarak rol oynadığı düşünülmektedir.

Danıştay dairelerinin gelecek yıla devrettikleri dosya sayıları, onların gelecek yıldaki performansına da etki etmektedir. Devreden dosya sayısı arttıkça iş yükünün de arttığı görülmektedir. Bu bakımdan, 5. Daire'nin en fazla dosyayı sonuca bağladığı görülürken, 6. Daire'nin en yüksek devreden dosya sayısına ve dolayısıyla iş yüküne sahip daire olduğu belirlenmiştir.

Kaynakça

Kitaplar ve Tezler

Akpınar Elçin, "Kamu Yönetiminde Denetim Olgusu ve Türkiye'de Kamu Yönetiminin Denetlenmesi", Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Bölümü, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, 2006, ss.1-149.

Bilge Necip, "Hukuk Başlangıcı: Hukukun Temel Kavram ve Kurumları", Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2000, ss.1-326.

Balkan Ali, "İdarenin Yargı Dışı Yollardan Denetlenmesi", Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Bölümü, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, 2009, ss.1-180.

Makaleler

İşten İnanç, "Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı", *Gaziantep University Journal of Social Sciences*, 13(2), 2014, ss.285-313.

Akdeniz Demet, "Türkiye'de Hukuki ve İdari Açından Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Bağımsızlığına İlişkin Değerlendirme", *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 57. Sayı/Temmuz, 2018, ss.1-19.

Baş Eylem, "Hâkimlerin ve Savcılarının Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları", *Ankara Barosu Dergisi*, 2016/3, ss.267-359.

Özkul Fatih, "Anayasalarımızda Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı", *Ankara Barosu Dergisi*, 2006/3, ss. 201-263.

Tekinsoy Ayhan, "Danıştay'ın Temyiz İncelemesi Üzerine Verdiği Kararların Uygulanması", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 5, Sayı: 2, Yıl 2014, ss.1-32.

Aras Bahattin, "Hâkim ve Savcılarının Yargısal Faaliyetlerinin Disiplin Soruşturmasına Konu Edilmesi", *Aras Hacettepe HFD*, 10(2), 2020, ss.835-862.

Robert R. McCrae & Paul T. Costa, Jr, "Validation of the Five-Factor Model of Personality Across Instruments and Observers", *Journal of Personality and Social Psychology*, 52(1), 1987, ss.81-90.

Kocaoğlu Serhat Sinan, "Türkiye Cumhuriyeti Yargı Sisteminin Temel Sorunu "Hâkim (& Savcı) Niteliği" ve bu Hususta Eklektik Bir Çözüm Önerisi (Kassandra'nın Çılgılığı)", *Ankara Barosu Dergisi*, 2011/3, ss.15-84.

Taşdelen Okan, "Çelişkili Yargı Kararlarının Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Cilt: 0, Sayı: 7, 2016, ss.987-1024.

Sıgır Ünal ve Gürbüz Sait, "Akademik Başarı ve Kişilik İlişkisi: Üniversite Öğrencileri Üzerinde Bir Araştırma", *Savunma Bilimleri Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 1, 2011, ss.30-48.

Çiftçioğlu Cengiz Topel, "2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununa Göre Hâkim ve Savcılarının Disiplin Soruşturmaları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 1, 2011, ss.127-157.

Akyel Recai, "Stratejik Yargı Yönetimi", *Stratejik Yargı Yönetimi Dergisi*, Cilt: 0, Sayı: 13, 2019, ss.61-96.

Gökmen Tuğba, "Türkiye'de Yargının Stratejik Yönetimi", *Journal of Humanities and Tourism Research*, Cilt: 11, Sayı: 1, 2021, ss.145-161.

Eroğlu Kemal, "Örgütsel İletişim ile İş Tatmini Unsurları Arasındaki İlişkiler: Kuramsal Bir İnceleme", *Ege Akademik Bakış Dergisi*, Cilt: 11 • Sayı: 1 • Ocak 2011, ss. 121-136.

- Gülener Serdar ve Türkölmez İlknur Rabia, "Literatür İncelemesi "Yargı Kurumuna Güven" Yazını Üzerine Bir İnceleme", *Uluslararası Politik Araştırmalar Dergisi*, Cilt: 4, Sayı: 1, 2018, ss.49-59.
- Güz Nurettin ve Yanık Hayrettin, "Toplumsal Sorumluluk Yaklaşımı ve Güven Bağlamında Medya ve Kamuoyu Araştırmaları Arasındaki İlişki", *Gümüşhane Üniversitesi, İletişim Fakültesi, Elektronik Dergisi*, Mart Sayı: 1, 2020, ss.298-336.
- Hızal Abdullah ve Çınarlı Serkan, "Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Tam Yargı Davalarında Tazmin Borcunun Kapsamı", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(1), Bahar 2015, ss.143-184.

İnternet Kaynakları

<https://www.danistay.gov.tr/icerik/10>, E.T. 15.12.2021.

<https://www.danistay.gov.tr/icerik/15>, E.T. 15.02.2022

DEPREM ve BENZERİ FELÂKET DURUMLARINDA MEDENÎ USÛL HUKUKU SORUNLARI HAKKINDA DEĞERLENDİRMELER

THOUGHTS ON CIVIL PROCEDURAL ASPECTS OF EARTHQUAKES AND OTHER NATURAL DISASTERS

Muhammet ÖZEKES*

Efe DİRENİSA**

Özet: Kahramanmaraş merkezli 6 Şubat 2023 tarihinde gerçekleşen depremler, maalesef büyük bir yıkım ve can kaybına yol açmıştır. Hukuk yargılaması açısından bakıldığında, bu can ve mal kayıpları ile ilgili pek çok uyuşmazlık öngörülebilir bir gelecekte yargı organlarını meşgul edecektir. Bunun yanı sıra böyle felâket durumunda yargı organları da hukuken ve fiilen birçok engelle karşılaşmakta, hatta görev yapamaz hâle gelebilmektedirler. Bilgiye dayalı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun içeriğine uygun, bilinçli, doğru ve süratli bir yargı uygulaması geliştirilebilirse, yargı bu depremden enkazda kalmadan çıkabilir. Bu kapsamda medenî usûl hukukunun sosyal adaleti de sağlamaya yönelik olduğu gözetilerek medenî usûl hukuku hükümlerinin sosyal devlet ilkesi ışığında yorumlanması ve uygulanması gerekmektedir. Adalet hizmetinin devamlılığının sağlanması için, felâket nedeniyle fiilen işleyemez hâle gelen mahkemeler bakımından, görev ve yetki kuralları kapsamında Hakimler Savcılar Kurulu tarafından gerekli tedbirlerin alınması gerekmektedir. Adli yardım talepleri, kurumun amacı gözetilerek hassas bir şekilde değerlendirilmelidir. Baroların da adli yardım hizmetine ağırlık vermesi gerekir. Ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda delil toplanması ve saklanması sorununun önüne geçilebilmesi için avukatların delil toplama yetkisinin geniş yorumlanması ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 293. maddesinde düzenlenen uzman görüşü kurumundan seri ve pratik bir yöntemle yararlanılması gerekmektedir. İspat yükü ile delil ikame yükü arasında ayırım doğru bir şekilde yapılarak, vakıaların ispatı bakımından ortaya konulması gereken bilgi ve belgelerin somut deprem örneğinde olduğu gibi davalıda bulunduğu gözetilmeli ve bunların sunulamaması durumunda davalı aleyhine karar verilmesi gerektiği unutulmamalıdır. Vakıaların ispatında ispat ölçüsü bakımında felâket durumlarında ortaya çıkan fiilî karinelere, emare ispatı ve ilk görünüş ispatından faydalanılması zorunludur.

* Prof. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, muhammet.ozekes@deu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-9689-1693

** Doç. Dr., Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, direnisa@tau.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2220-9468, Makalenin Gönderim Tarihi: 25.02.2023, Kabul Tarihi: 10.03.2023

Anahtar Kelimeler: Medenî Usûl Hukuku, Deprem, Felâket, Delil Tespiti, Adlî Yardım

Abstract: The earthquakes that took place on February 6, 2023 in Kahramanmaraş unfortunately caused great destruction and loss of life. In regard to civil proceedings, this means that these loss of life and property will keep the judicial organs occupied in the foreseeable future in form of many disputes. In addition to this, in the event of such a disaster, the judicial organs are faced with many obstacles, both legally and de facto, and they may even become incapacitated. If a conscious, accurate and speedy judicial practice can be developed in accordance with the Turkish Code of Civil Procedure, the judiciary can come out of this earthquake without being left in the rubble. In this context, considering that the civil procedure law also aims to provide social justice, the provisions of the civil procedure law should be interpreted and applied in the light of the social state principle. In order to ensure the continuity of the justice service, the Council of Judges and Prosecutors should transfer proceedings in the courts that have become ineffective due to the disaster to other courts. In order to prevent the problem of collecting and storing evidence in disputes that may arise, the power of attorneys to collect evidence should be interpreted broadly and the expert opinion institution should be utilized as a quick and practical method of evidence collection as foreseen in Article 293 of the Code of Civil Procedure. By making a correct distinction between the burden of proof and the burden of substituting evidence, it should be considered that the information and documents that need to be revealed in terms of proof of facts are available to the defendant, as in the concrete earthquake example, and it should not be forgotten that a decision should be made against the defendant in case these cannot be presented. In the proof of the facts, it is obligatory to benefit from presumption of fact, circumstantial evidence and prima facie evidence, which arise in disaster situations in terms of the extent of proof.

Keywords: Civil Procedure Law, Earthquake, Natural Disaster, Precautionary Taking of Evidence, Legal Aid

GİRİŞ

Kahramanmaraş merkezli 6 Şubat 2023 tarihinde gerçekleşen deprem, daha doğrusu depremler silsilesi maalesef büyük bir yıkım ve can kaybına yol açmıştır. Bu felâket karşısında tüm Ülke teyakkuza geçerek, farklı Ülkelerden de gelen desteklerle bu felâketin etkilerini mümkün olduğunca ortadan kaldırma çabasına girmiştir. Bu tür felâketlerin başta insanî, sosyal, ekonomik, kültürel ve diğer yönleri yanında, önemli ölçüde hukukî yönü de bulunmaktadır. Birçok konuda olduğu gibi maalesef bu konuda da hukukî alt yapı bakımın-

dan ciddî bir hazırlık ve önceden tedbir mevcut değildir. Örneğin, fevkalâde hâllerde, felâket durumlarında adli işlemlerin nasıl yürütüleceği, yargı mekanizmasının nasıl çalışacağı, sürelerin akıbetinin ne olacağı gibi konularda çerçeve bir düzenlememiz bulunmamaktadır; her seferinde yeniden bu telaşa düşülmekte, çoğu kez de istenen sonuç ortaya çıkmamaktadır.

Her ne kadar deprem, sel, yangın vb. bir afetse de bu afet üzerine felâket, aslında depremin sonrasında ve depremin sonucu olarak ortaya çıkan bir durumdur. Deprem sonucunda ortaya çıkan felâket bakımından, bir sorumludan değil; “sorumlular” ve “sorunlar zinciri”nden bahsedilmesi gerekir. Konunun ceza hukuku, idare hukuku ve özel hukuk olmak üzere farklı hukukî boyutları mevcuttur. Sorumlular zincirinde, yörenin imar planlamasını yapanlar, yapı ruhsatı verenler, imalat aşamasında müteahhitler, denetim yapanlar, yapıda sonradan tadilat yapmak suretiyle yapıya zarar vermiş kişiler yer alır.

Hatta bu konuda Devletin genel bir sorumluluğundan bahsetmek de mümkündür. Sadece yapım süreci değil, afet öncesi hazırlık ve afet sonrası zararın azaltılmasına ilişkin zaman dilimindeki durum da sorgulanmalıdır. Bu kapsamda doğaldır ki sürece dâhil olan kamu görevlilerinin de sorumluluğu söz konusudur. Ancak belirtmek gerekir ki 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun, kamu görevlilerinin yargılanmasına ilişkin olarak soruşturma izninin verilmesini öngörmüştür. Dolayısıyla kamu görevlileri hakkında soruşturma izni verilmedikçe, savcılığın soruşturma açması mümkün değildir. Soruşturma izni verildiği takdirde bu karara karşı itiraz hakkı mevcuttur (4483 sayılı Kanun m. 9). Keza soruşturma yapılmaması yönündeki karara karşı da zarar gördüğü iddiasında olan kişilerin itiraz hakkı vardır (4483 sayılı Kanun m. 9). Ancak belirtmek gerekir ki uygulamada, soruşturma izni oldukça zor verilmektedir. Bu nedenle sorumlu olan kamu görevlilerinin yargılanabilmesinin önünde önemli bir engel mevcuttur. Verilen soruşturma izinleri bu nedenle sayı itibarıyla yetersizdir. Ülkemizde imar, 1959 yılından itibaren zaman zaman imar barışı adıyla da uygulanan imar afları, kaçak yapılaşmayı maalesef doğrudan ya da dolaylı olarak adeta tahrik ve teşvik etmiştir. Öte yandan 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun’un yürürlüğe konulması, bu Kanun’un amacına ulaşabilmesi için, imar affının söz konusu olmaması da ge-

rekir. Zira anılan Kanun'un amacı, imar aflarıyla bağdaşmamaktadır. Bu durum göstermektedir ki sorun sadece bir bina ve imar sorununun ötesinde anlayış ve yaklaşım, farklı açılardan rant sorunudur.

Doğal afetlerin gerçekleştiği bir ülke olarak, Devletin yaşam hakkını ve mülkiyet hakkını koruma altına alma noktasında pozitif yükümlülükleri mevcuttur. Denetimlerin yapılması ve gerekli tedbirlerin alınması bakımından devletin yaşam hakkının ihlâlini önlemeye yönelik pozitif yükümlülüğü vardır. Kanaatimizce, yukarıda bir kısmına yer verilen ihlâller ve ihmaller zinciri ve ortaya çıkan bu sonuç, Devletin bu koruma yükümlülüğünü yerine getirmemesi yönünden bir insan hakkı ve anayasal sorun olarak da karşımızda durmaktadır.

Türk Ceza Kanunu'nun 170. maddesinde bina çökmesini de kapsayan genel güvenliği taksirle tehlikeye düşürme suçu, şikâyete tâbi suçlar arasında yer almadığından, savcılık tarafından res'en soruşturulur, bu suçlara dair herhangi bir şikâyet süresi yoktur. Diğer taraftan bina çökme durumunda ölüm ya da yaralanma söz konusu olduğu takdirde, taksirle adam öldürme ve özellikle olası kast ile bilinçli taksirin varlığı gündeme gelecektir. Deprem neticesinde âdetâ göz göre göre (bile bile) bina çömuşse, artık burada, asgarî olarak bilinçli taksirin varlığı kabul edilmelidir. Keza aynı durumda olası kastın mevcudiyeti de değerlendirilmelidir. Son yaşanan deprem bakımından, Dünyanın en yıkıcı depremlerinin olduğu bölgelerden birisi söz konusu olup, bu bölgede yer alan Hatay, Adıyaman, Kahramanmaraş illerinin, deprensellik dikkate alındığında, afet açısından öngörülebilirliğin çok yüksek seviyede olduğu illerimizdir. Bu nedenle burada ölümlerin ve yaralanmaların yaşandığı bina çökme hâllerinde, olası kastın mevcut olduğu sonucuna varılmalıdır. Zira sağlam olmayan binaların yıkılabileceği açıkça öngörülebilmektedir.

Hukukta kusur temel bir kavramdır. Çok genel olarak kusur, hukuk düzeninin kabul etmediği, hukukun ve ahlâkın kınadığı, hukuka uygun olmayan, davranış ve davranış noksanlığıdır. Kusur, ceza hukukundan özel hukuka kadar sorumluluğun temel hareket noktasıdır. Asıl olan kusurdur, kusursuz sorumluluk istisnaîdir. Kusur, bilinçli şekilde açıkça kast şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, kişinin sonucunu öngörebileceği ihmal olarak karşımıza çıkabilir. Bu son deprem

felâketinde yukarıda açıklanan durum göstermektedir ki ortada birçok açıdan kasttan ihmale kadar farklı derecelerde kusur söz konusudur. Kusur ise sorumluluk doğuracaktır.

Keza bu süreçte en önemli sorunlardan biri de açılması muhtemel hukuk davaları, ortaya çıkacak özel hukuk kaynaklı uyuşmazlıklar ve yargılamalardır. Bu yargılamalarda da özel bir düzenleme yoksa, şüphesiz genel yargılama kuralları uygulanacaktır. Ancak olayın ve bu olaydan kaynaklanan vakıaların özelliği, ister istemez yargılamada da kendini gösterecektir. Yani genel yargılama kuralları uygulansa da bunların olayın özelliğinden kaynaklanan yansımaları ve uygulamaları olacaktır. Çünkü, yargılama konusu hayat olayının ortaya çıkardığı uyuşmazlığa esas vakıalar, bunu gerekli hatta zorunlu kılmaktadır. Bu sebeple, deprem ve diğer felâket hâllerinde bazı temel yargılama hukuku kurallarına ve sorunlarına özellikle dikkat edilmeli, daha rafine şekilde titizlikle değerlendirilmelidir. Deyim yerindeyse düz bir mantık ve uygulama ile sıradan normal bir dava ve uyuşmazlık gibi bu konuların ele alınması düşünülemez. Şüphesiz zorlama birtakım yorumlarla usûl ilke ve kurallarının dışına çıkılamaz; ancak bu olayın özelliğini de dikkate almamak anlamına gelmemelidir. Bazı usûlî kurumlar ilk başta düşünüldüğü kadar basit ve doğrudan uygulanacak nitelikte olmayabilir. Bu sorunlar içinde ispat, deliller, bunların tespiti ağırlıklı mesele teşkil etmektedir. Ancak bunun dışında da birçok yargılama sorunu ortaya çıkacaktır. Böyle bir felâket durumunda yargı organları da hukuken ve fiilen birçok engelle karşılaşmakta, hatta görev yapamaz hâle gelebilmektedirler.

Esasen 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) ve usûl kuralları, ortaya çıkan sorunların çözümüne kapı açacak, yol gösterecek, hak kayıplarının önüne geçecek bir potansiyele sahiptir. Bilgiye dayalı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun içeriğine uygun, bilinçli, doğru ve süratli bir yargı uygulaması geliştirilebilirse, yargı bu depremden enkazda kalmadan çıkabilir. Çünkü, bu konudaki yargısal sorunların önemli ölçüde çaresi vardır. Aksi hâlde, yargının kendisi de ikinci bir mağduriyet alanı oluşturacak, bir de yargı üzerinden hak kayıpları doğacaktır. En büyük endişemiz, bugüne kadar bazı temel kavram ve kurumların doğru uygulanmaması yönündeki ısrarın inatla sürdürülmesidir.

Bu davalarda yargı makamları, özellikle içtihat yerleri olan bölge adliye mahkemeleri ve Yargıtay, usûl kurallarını bilinçli ve doğru şekilde uygularsa, hiçbir sorumlunun delilleri yok ederek, ortadan kaldırarak, karartarak hukukî sonuçlardan kurtulması mümkün değildir. Bu durumda mağdurlar da gereksiz usûlî güçlüklerle karşılaşmayacaktır. Zira, özellikle farklı açılardan yargılama ve usûl imkânlarını genişleten, sosyal usûl anlayışının yansımalarını taşıyan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, bu konuda birçok imkân sunmaktadır. Hatta şu anda mağdurlar yerine, bilakis asıl sorumlu kamu kurumları (belediye, bakanlıklar, idarî birimler vb.) ve görevlilerinin, binaları yapan müteahhitlerin, sorumlu mimar ve mühendislerin, yapı denetim firmalarının ve bu şekilde binalara izin veren, yapan, denetleyen, yani bu konuda aslî sorumlu olanların delillerin muhafazasına çaba göstermesi gerekir. Bu delillerin yokluğu, özel hukuk ve medenî yargı çerçevesinde mağdurların değil, daha çok onların aleyhine işleyecektir. Bu belirttiğimiz kapsam ve imkânlar çerçevesinde, usûl hukukunu, sorumlu olmayanları sorumlu hâle getirecek veya adil yargılanmayı tahrip edecek, yeni mağduriyetler oluşturacak bir araç hâline de getirmekle birlikte, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun birçok hükmünde karşımıza çıkan sosyal usûl anlayışı ya da usûl kurallarının özel görünüşleri bu yargılamalarda tam anlamıyla hayat bulacak niteliktedir. Şüphesiz bu söylediklerimiz medenî yargılama için geçerli olup ceza yargısı ve idarî yargı bakımından başka sorunlar ve onlara yönelik çözümler söz konusudur.

Aşağıda üzerinde durulacak hususların bir kısmı belirli özel düzenlemeleri gerektirse de önemli kısmı özel bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmayan, zaten usûl kuralları arasında yer alan, sadece bunların doğru bilinip uygulanmasıyla ortaya konulabilecek çözümlerdir. Bunun için olağanüstü düzenlemelere ya da usûl kuralının dışına çıkmaya, kurumları zorlamaya da ihtiyaç yoktur. Bu çalışmada, o bilgileri de dahil ederek daha geniş kapsamda, sistematik ve akademik şekilde konuyla ilgili durumu, sorunları ve bunlara ilişkin çözüm ve önerilerimizi ortaya koymaya, konuyla ilgili olarak usûl hukuku kapsamında bir çerçeve çizmeye çalışacağız.¹

¹ Bu çalışmanın yazarlarından Özkes tarafından, daha önce Lexpera blogda "Depremle İlgili Hukuk Davalarında Temel Usûl Sorunlarına İlişkin Tespit ve Öneriler" şeklinde önceliği bilgilendirme olan bir paylaşım yapılmıştır (<<https://>

A. DEPREM SEBEBİYLE ORTAYA ÇIKAN SORUNUN ADALETE ERİŞİM, ADİL YARGILANMA HAKKI İLE İLİŞKİSİ VE BİREYSEL BAŞVURU POTANSİYELİ

Yukarıda yapılan tüm açıklamalar, temelini AY m. 36'da bulan hak arama özgürlüğü, bu kapsamda etkin hukukî koruma, adalete erişim ve adil yargılanma hakkıyla doğrudan ilgilidir. Deprem sebebiyle bu haklarının özel bir uygulama alanı karşımıza çıkacaktır. Keza yaşam hakkı, mülkiyet hakkı, sosyal devlet, hukuk devleti, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı gibi konulara ilişkin Devletin yükümlükleri sık sık karşımıza çıkacak temel haklar kapsamındadır.

Şu andaki usûl kuralları, sağlıklı, bilinçli, doğru, kavram, kurum ve kavramlarıyla gereği gibi uygulanırsa, gereksiz ve yersiz işlemlerle yargı oyalanmazsa, buna izin verilmezse, yargı organizasyonu doğru örgütlenir, ehliyetli, bilgili, tecrübeli yargı görevlileriyle bu davalar görülür, bu konuda gerekli eğitimler hızlı ve etkin verilerek sorunlu noktalar tespit edilirse, bir iki yıl içinde kararlar verilerek en azından mağdurlar yargıda hak kaybına uğramadan sorunların çözümü ve adaletin tecellisi mümkündür. Aksi hâlde temel hak ihlalleri ortaya çıkacak, ayrıca gerek Anayasa Mahkemesi (AYM) önünde gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) nezdinde başvuru yığılması ile karşılaşılacaktır.

Yargı organizasyonunun yapılmasından, etkin hukukî korumadan, adalete erişimden, adil yargılanmadan, delillerin etkin ve zamanında toplanmasından Devlet sorumludur. Yargılamanın geç ve güç işlemesi, kötü işlemesi hak ihlâlidir.² Deprem gibi bir felâket karşısında gerekli yargısal tedbirleri almamak da Devletin yeni bir sorumluluğunu doğurup hak ihlâli olarak değerlendirilecektir. Çünkü, bu konuda tedbir almak, yargı teşkilâtını buna uygun şekilde doğru ve adil işletmek, yargı yollarını hizmete sunmak Devletin aslı ve vazgeçilmez görevidir.

blog.lexpera.com.tr/depreme-igli-hukuk-davalarinda-temel-usul-sorunlarina-iliskin-tespit-ve-oneriler/>). Konuyla ilgilenenlerin özellikle bilimsel çalışmalarında o çalışmaya değil, daha akademik ve ayrıntılı bir kapsama sahip olan buradaki çalışmaya atıf yapmalarını öneriyoruz.

² Bu konuda bkz. Sila Tatlıdil, "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Makul Sürede Yargılanma Hakkı- Sürenin Aşılması ve Sonuçları", *TBB D*, C. 32, S. 143, Y. 2019, s. 11 vd.; Mükerrer Onur Başar, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Makul Sürede Yargılanma Hakkı*, İstanbul 2011, s. 25 vd.

Bu sebeplerle yargılama bakımından başta hak arama özgürlüğü, adalete erişim, adil yargılanma hakkı gibi bireysel başvuru yolları da açık olacaktır.³ Hatta bu konuda duruma göre iç hukuk yollarının açıkça etkisiz kaldığı/olduğu durumlar için doğrudan bireysel başvuru yolu işletilebilecektir. Çünkü, mevcut hukukî yolların etkin olmadığı anlaşıldığında, kanaatimizce doğrudan bireysel başvuru yolunun da belirli şartlarda işletilmesi mümkündür. Keza yine süreç içinde başta yaşam hakkı ve mülkiyet hakkı, sosyal devlet, hukuk devleti kapsamında birçok temel hak ihlâli başvurusu AYM ve AİHM önüne gelmesi muhtemeldir. Bu konuda da ayrıca özellikle AYM ve Adalet Bakanlığı tarafından çalışma yapılmalıdır.

Yukarıda yapılan açıklamalar önemli ölçüde mağdur ve zarar görenlere yöneliktir. Ancak mağdurların korunması çabası içinde başka hak ihlâllerine de yol açılmaması, hukuk devletinin bir gereğidir. Müteahhitlik sektörünün denetim ve yasal kurallara bağlanması hayati önemi haizdir. Ülkemizde 453 bin olan müteahhide karşılık Almanya'da bu sayı sadece 3 bin 800'dür. 27 Avrupa Birliği ülkesinde ise toplam müteahhit sayısı 25 bin civarındadır. Yalnızca İstanbul Ticaret Odası'na kayıtlı 60 binden fazla müteahhit mevcuttur. Ülkemizde Avrupa Birliği ülkelerinin toplamının 10 katından daha fazla müteahhit vardır. Ayrıca önemle vurgulamak gerekir ki, hemen müteahhitlik yetki belgesi alamayan müteahhitlerin, geçici yetki belgesiyle işe başlamaktadır.⁴ Toplam müteahhit sayısının 145 bin civarında olanı geçici müteahhitlik yetki belgesiyle faaliyette bulunmaktadır.⁵ Çok sayıda müteahhit ve "geçici müteahhit" olmasına karşın ülkemizde, yaşanan depremlerde kötü inşa edilmiş olan binalar sebebiyle ağır yıkımlar ol-

³ Hakan Pekcanitez, "Yargı Reformu Yapılmasını Gerektiren Nedenler", Makaleler, C. I, İstanbul 2016, s. 197; Hakan Pekcanitez, "Medenî Yargıda Adil Yargılanma", Makaleler C. I, İstanbul 2016, s. 392-393; Muhammet Özkes, Medenî Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s. 74; Mine Akkan, "Medenî Usûl Hukukunda Etkin Hukukî Koruma", *MİHDER*, C. 3, S. 6, Y. 2007, s. 44 vd.; Sezin Aktepe Artık, Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılama Hakkı, Ankara 2014, s. 249-250.

⁴ 3194 sayılı İmar Kanunu'nun (RG, 09.05.1985, S.18749) 28. maddesinin dokuzuncu fıkrasında müteahhitlik için gereken yetki belgesinin "geçici" veya "daimî" olabileceği öngörülmüştür. Keza anılan Kanun'a dayanılarak çıkarılmış olan Yapı Müteahhitlerinin Sınıflandırılması ve Kayıtlarının Tutulması Hakkında Yönetmelik'te de geçici yetki belgesine ilişkin düzenleme yer almaktadır.

⁵ <<https://www.haberler.com/haberler/turkiye-de-kac-muteahhit-var-turkiye-de-toplam-15633105-haberi/>> (Erişim: 22.02.2023).

maktadır. Müteahhitliğe ilişkin kapsamlı kanunî düzenlemeler yapılması, sektörün eğitim, deneyim, sermaye açısından lisans ve kurallara bağlanması, denetime alınması zorunludur. Gerçekten binayı teknik ve hukukî yönden tüm hususları yerine getirerek projelendiren, yapan, kontrol edenleri korumak da hukukun ve hukuk devletinin görevidir. Bu çerçevede, mühendis doğru bir proje çizmiş, müteahhit sağlam şekilde yapmış, ancak bina sahipleri daha sonra kolonları kestiğinden, kaçak yapılaşmaya gittiğinden bina yıkılmışsa, bir ön yargıyla mühendis ve müteahhidin ya da denetim yapanların sorumlu tutulması, hukukun doğru ve adil değildir. Bu tespitlerde hep bunların da dikkate alınmasında yarar vardır. Mühendis veya müteahhidin, her şeyi mevzuata, imara uygun yapması, ancak mevzuat ve imar durumundaki eksikliklerin deprem karşısında yetersizliği karşısında da asıl sorumlu Devlettir. Amaç ön yargılarla yargılama değil, adaleti gerçekleştirip gerçek mağdur ve hak sahiplerini korumaktır.

B. KONUYA SOSYAL USÛL YAKLAŞIMI VE YARGILAMA İLKELERİ YÖNÜNDEN BAKIŞ

Medenî yargılama hukuku, eşitler arasında özel hukuk uyuşmazlıklarına ilişkindir. Tarihsel gelişim süreci içerisinde yargılama faaliyeti eşitler arasında gerçekleştiğinden, uyuşmazlık konusunun en iyi şekilde taraflarca getirilebileceği düşüncesi hâkim olmuş ve yargılama ilkeleri bu kapsamda gelişmiştir.⁶ Günümüzde ise ihkak-ı hakkın yasaklanmış olması ve hukukî himayenin devlet tarafından kurulan mahkemelerce yargı yetkisinin kullanılmasıyla sağlanması, Anayasanın temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemelerinin, sosyal devlet ilkesi, eşitlik ilkesi ve hak arama özgürlüğü gibi hakların hukuk mahkemeleri tarafından da gözetilmesi ve yargı yetkisinin kullanılmasında dikkate alınmasını zorunlu kılmaktadır. Yargılamada taraflar arasındaki eşitliğin sadece şekli bir kavram olarak kabulü, sosyal devlet ilkesi bakımından yeterli değildir. Sosyal hukuk devletinde şekli anlamda hukuksal eşitlik değil, taraflar şeklen eşit olsalar bile taraflar arasındaki ekonomik veya sosyo-kültürel farklılıklar gözetilerek, daha güçsüz konumda olan tarafın ekonomik ya da sosyal bakımdan güçlü

⁶ Meral Sungurtekin Özkan, "Anayasanın Sosyal Hukuk Devleti İlkesi ve Medeni Yargılama Hukuku", *DEÜHFD*, C. 11, Y. 2010, s. 561.

olan tarafa karşı etkin hukukî korumaya erişebilmesi esastır.⁷ Bu açıdan medenî usûl hukukunun, sosyal devlet ilkesinin gereğini sağlayacak şekilde tasarlanması ve medenî usûl hukukuna ilişkin hükümlerin sosyal devlet ilkesi ışığında yorumlanması ve uygulanması önem arz eder.

Bu kapsamda meydana gelen doğal afetin boyutları ve depremzedeler bakımından ağır sonuçları gözetilerek hak arayan kişilerin adalete erişiminin kolaylaştırılması, sürelerle ilişkin esneklik sağlanması, adli yardıma ulaşımın kolaylaştırılması ve bazı usûlî kurumların daha hassas uygulanması düşünülebilir. Örneğin, adli yardıma ilişkin taleplerin incelenmesinde daha özenli ve durumun gereğine uygun şekilde hareket edilmesi, mahkemeye erişim hakkı kapsamında doğabilecek hak ihlalleri ve mağduriyetlerin önüne geçebilmek adına önemlidir.

Usûl ekonomisi ilkesi kapsamında, yargılamaların sürüncemede bırakılmadan, iş yükünün izin verdiği ölçüde hızlı şekilde yürütülmesi gerekir. Taraflarca getirilmesi talep edilen belgelerle ilgili yazışmaların dikkatli bir şekilde yapılması ve yazılan müzakerelerin akıbetinin takip edilerek zaman kaybına engel olunacak şekilde bunların toplanması hususunda gerekli özen gösterilmelidir. Bu hususlara uyulması, re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalar ve çekişmesiz yargı işlerinde daha da önemlidir. Özellikle çok sayıda enkaz olduğu ve muhtemel can kaybı sayısı gözetildiğinde, örneğin gaipliğe ilişkin Türk Medenî Kanunu'nda öngörülmüş olan sürelerin bir an önce tamamlanabilmesi için hak sahipleri tarafından yapılan gaiplik başvuruları vakit kaybetmeksizin işleme almalı, belirlenecek sürenin (TMK m. 33/3) meydana gelen doğal afetin boyutları gözetilerek çok uzun olmaması ve sürenin başlaması için ilânın ivedilikle yapılması hususlarında özenli davranılmalıdır. Bu konuda gerek yargılamayı yürütecek hâkim ekibinin gerekse bu konuda göre alacak personel eksikliğinin giderilmesi sağlanmalıdır. Tekrar belirtmek gerekir ki, hukuk devleti, sosyal devlet ve sosyal usûl anlayışı yanında, bu konudaki eksiklikler Devletin adalete erişim konusundaki yükümlülüklerini de yerine getirmemesi sonucunu doğuracak ve hak ihlali anlamına gelecektir.

⁷ Sungurtekin Özkan, s. 568-569; Akkan s. 41 vd.

Hâkimin ön incelemeyi Kanun'un amacına uygun şekilde gerçekleştirerek uyuşmazlık noktalarını doğru tespit etmesi ve bu doğrultuda en az masraf ve en kısa sürede sadece uyuşmazlık bakımından önem arz eden delilleri toplayarak, yargılamayı ön inceleme kapsamında belirlenen yol haritası doğrultusunda yürütmesi gereksiz vakit kaybının önüne geçilmesine imkân sağlar.⁸

Bu bağlamda aşağıda daha detaylı şekilde inceleneceği üzere tarafların ispat hakkına ilişkin düzenlemelerin, hak arayanların delillere erişim imkânında yaşanan engeller ve kısıtlar gözetilerek delil ikame yükünün belirlenmesi gerektiği unutulmamalıdır. Bunların yanı sıra baroların hak aramak isteyen kişilere ücretsiz avukat temin etmesi, afet bölgesi olduğu için de buradaki adliyelerde harç ve gider alınmaması oldukça önemlidir. Dolayısıyla hak aramak isteyen mağdur kişilerin harcama yapmadan baroların ve adliyelerin desteğiyle hakka erişiminin kolaylaştırılması, yaşanan bu olağanüstü durum içerisinde son derece ciddi öneme sahip olan bir gerekliliktir. Bu konuda mevcut hükümlerin gereği gibi uygulanması yanında gerekirse geçici bazı düzenlemelerin yapılması da düşünülebilir.

Her ne kadar 11.02.2023 tarihli Resmî Gazete'de (RG) 120 nolu "Olağanüstü Hâl Kapsamında Yargı Alanında Alınan Tedbirlere İlişkin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi" ile sürelerin durdurulmasına ilişkin hemen aşağıda inceleneceği üzere birtakım düzenlemeler yapılmış olsa da devam eden yargılamalar ve yargı işleri bakımından yapılacak tebligatlara ilişkin ayrıca bir düzenleme yapılmamıştır.

Depremde yıkılmış olan bir binaya tebligat yapılması düşünülemez. Bu durumda adreste bina bulunmadığından, tebligat geri dönecektir. Zaten belirli bir süre depremden etkilenmiş olan bölgeye tebligat yapılmaması ve bu konuda gerekli tedbirlerin alınması gerekir. Zira bina çökmemiş olsa bile, muhatap veya muhtarın bulunması ya da ilgili karakola ulaşılması depremden yoğun şekilde etkilenen yerlerde bir süre mümkün görünmemektedir. Şeklen böyle bir tebligat ya-

⁸ Muhammet Özekes, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017., s. 1296; Efe Direnisa, Medenî Yargılamada Ön İnceleme Aşaması, İstanbul 2021, s. 52. Ayrıca bkz. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 140. maddesinin Hükümet Gerekçesi (TBMM Bülteni, Dönem 23, Yasama Yılı 3, Sıra Sayısı 393, s. 50).

pılmış olsa dahi, durumun özelliği gereği kişilerin o tebligatı gerçekten edinmeleri mümkün olmayacağından duruma göre hukukî dinlenilme hakkı, savunma hakkı ihlâl edilmesi sonucu ortaya çıkabilecek, sırf bu sebeplerle yargılamalar gecikebilecektir.⁹ Özellikle Yargıtay kararlarına da yansıdığı üzere, tebligat konusundaki eksiklikler zaman zaman yargılamaların uzamasının en önemli sebepleridir.

Kanaatimizce bir süre elektronik tebligatın da durdurulması uygun olacaktır. Depremde hayatını kaybeden avukatların elektronik tebligat hesabına tebligat yapılması veya yaralandığı için hastanede tedavi gören bir avukata tebligat yapılması, makul görülemez, yeni sorunlara yol açacaktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, ülkemiz henüz elektronik tebligatı bugün yapılmaya çalışılanın aksine, bu kadar yaygınlaştıracak kapasitede alt yapıda değildir. İnternetin hatta elektriğin zaman zaman kesildiği görülmektedir. Her ne kadar kurumlar için kabul edilse de kişiler bakımından elektronik tebligatın zorunlu olmaması gerekir. Elektronik tebligatın muhatabı talep etmediği sürece elektronik tebligat yapılamamalı, muhatap talep ederse bu mümkün olmalı. Ancak mesai saatlerinde içerisinde yapılmalıdır. Deprem bölgesinde gece vakti avukata tebligat yapmanın anlamsızlığı açıktır. Hayatını sürdürme telaşında olan insanlara ne olursa olsun ben tebligat yaparım demek bir sosyal hukuk devleti anlayışı değildir.

C. FEVKÂLADE HÂLLERDE YARGILAMA VE ADLÎ İŞLEMLER KONUSUNDA ÖZEL DÜZENLEME İHTİYACI

Özellikle Covid pandemisi, daha sonra karşılaşılan Elâzığ, İzmir Depremleri, keza diğer genel, yerel veya kısmî felâketler döneminde de ortaya çıkan durum göstermiştir ki bu tür felâket hâllerine ilişkin yargı hazırlıklı değildir; her seferinde yeniden ne yapacağız telaşı ile hareket etmekte ve geç kalınmaktadır.¹⁰ Bu telaşla istenen düzenlemeler yapılamamakta, yapılırsa da eksik kalmakta, bazen yeni karışıklıklara yol açmakta, keza bunların kalıcı bir yönü de bulunmamaktadır.

⁹ Özkes, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 98 vd.

¹⁰ Bu konuda bkz. Muhammet Özkes, "Covid-19 Salgını Sebebiyle Özel Hukuk Alanında Yapılan Düzenlemelerin Doğurduğu Sorunlar Üzerine Tespitler ve Öneriler", COVID-19 Salgınının Hukukî Boyutu, 2. Bası, İstanbul 2021, s. 3 vd.; Murat Atalı/Ersin Erdoğan, "Covid-19 Salgını Sebebiyle Yapılan Düzenlemelerin Medenî Usûl Hukuku Alanına Yansımaları", COVID-19 Salgınının Hukukî Boyutu, 2. Bası, İstanbul 2021, s. 25 vd.

Konuyla ilgili olarak 4539 sayılı “Doğal Afet Bölgelerinde Afetten Kaynaklanan Hukuki Uyuşmazlıkların Çözümüne ve Bazı İşlemlerin Kolaylaştırılmasına İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabulü Hakkında Kanun” mevcut ise de bu kanunun öncelikle düzenleme alanı sadece doğal afetlerdir. Salgın vb. diğer felâketlerde uygulanacak nitelikte değildir. Ayrıca kanunun içeriğine bakıldığında çok sınırlı belirli konuları kapsayıp onun dışında diğer hususları kapsayıcı nitelikte değildir.

Bu konuda elimizdeki tek ciddi düzenleme, İcra ve İflâs Kanunu’ndaki (İİK) fevkalâde hâllerde mühlet ve tatil hakkındaki hükümlerdir (İİK m. 317-330). Ancak bu hükümler de sadece takip hukuku ile sınırlıdır. Kaldı ki bugüne kadar bu hükümlerin devreye sokulması ve doğru düzgün uygulanması da söz konusu olmamıştır. Her seferinde, bu konuda dahi gereksiz yeni yahut tekrar niteliğinde düzenlemeler yapılmıştır. Kanun koyucu, adeta kanun koyucunun önceki faaliyetini yok sayıp gözünü kapayarak yahut zamanında yapması gerekeni yapmayarak hukuk devleti ile izahı zor bir tavır ortaya koymaktadır.

Bu durumun önüne geçmek için daha önce, “Fevkalâde Hâllerde Adalet Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Süreler Hakkında Kanun Önerisi” şeklinde bir öneriyi kaleme almış, yayınlayıp ilgili yerlere bildirmiş-tik.¹¹ Şüphesiz ki bu çalışma üzerinde tartışılabilir, geliştirilebilir, diğer düzenlemelerle birlikte değerlendirilebilecek bir metindir. Bu sebeple sadece bu hususa yeniden dikkat çekiyor ancak aynı hususlar üzerinde durmuyoruz. Fakat her seferinde aynı sorunu yaşamamak için, mutlaka bu konuda düzenleme yapılması gerekli ve zorunlu olduğunu tekrar belirtiyoruz. Her yerde olduğu gibi, yargıda da felâket gelmeden önce hazırlıklı olunmalıdır yoksa sonraki çaba istenen sonucu vermemektedir, hak kayıplarına yol açmaktadır. Ayrıca bu tür durumlarda aceleyle yapılan düzenlemeler hem o anın telaşıyla yetersiz kalmakta hem de istenen sonucu doğurmamakta bazen de aceleyle yapılan bu düzenlemeler yeni karışıklık ve sorunlara yol açmaktadır. Bu sebeple doğal, sosyal ve sağlıkla ilgili felâket durumlarında devre-

¹¹ Bu konuda bkz. Muhammet Özekes/Vural Seven, “Fevkalâde Hâllerde Adalet Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Süreler Hakkında Kanun Önerisi”, <<https://blog.lexpera.com.tr/fevkalade-hallerde-adalet-hizmetlerinin-yurutulmesi/>> (Erişim: 22.02.2023). Ayrıca bu metin, Avukat Hakları Grubu-İzmir tarafından güncellenerek kamuoyu ile paylaşılıp başta Adalet Bakanlığı olmak üzere ilgili yerlere iletilmiştir (bkz. @AHGizmir sosyal medya hesapları).

ye girecek, çerçeve nitelikli bir kanuna ihtiyaç vardır. Böyle bir felâket durumunu tespit eden örneğin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle uygulanacak, gerekirse bu kararname içinde belirli düzenlemeler de yapılabilecektir.

D. KAHRAMANMARAŞ MERKEZLİ DEPREM HAKKINDA YARGI ALANINDAKİ TEDBİRLERE İLİŞKİN 120 NOLU CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ ve SÜRELER HAKKINDA DURUM

1. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Genel Kapsamı ve Süreler Hakkında Düzenleme

Her felâkette yeniden çözüm üretme alışkanlığının bir sonucu olarak, felâketin üzerinden belirli bir zaman geçtikten sonra, 11 Şubat 2023 tarihli Resmî Gazete’de (RG) 120 nolu “*Olağanüstü Hâl Kapsamında Yargı Alanında Alınan Tedbirlere İlişkin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*” ile bu konuda düzenleme yapılmıştır.¹² Bu kararnamenin genel çerçevesini açıklamaya çalışacağız.

Kararnamenin kapsamı ve çerçevesine bakıldığında, esasen olağanüstü hâl ilân edilen iller ve bu illerde bulunan kişilerle ilgili ve sınırlı bir düzenleme içermektedir (Kararname m. 2/1). Ancak bu konuda esnek uygulanabilecek ve anlaşılabilir, tartışmaya açık bir durum da mevcuttur.

Kararnamede sürelerin durması ile ilgili özetle şu hususlara yer verilmiştir:

- Gerek maddî hukuka gerekse yargılama (ceza, hukuk, idare) hukukuna ilişkin taraflar ve ilgililer için öngörülen süreler ister kanun tarafından ister hâkim tarafından belirlensin (arabuluculuk ve uzlaştırma süreleri de dahil olmak üzere), 06.02.2023 tarihinden itibaren, 06.04.2023 tarihine kadar (bu tarihlerin ikisi de dahil) işlemeyecek, duracaktır. Son günü takip eden günden itibaren süreler işlemeye başlayacaktır.
- Aynı şekilde kanun, hâkim ve icra dairelerince verilen İİK ve tüm

¹² RG, 11.02.2023, 32101-Mükerrer.

takiplerle ilgili diğer kanunlardaki süreler de aynı zaman dilimi içinde duracaktır. Keza tüm icra ve iflâs takipleri, taraf ve takip işlemleri, yeni takip alınması, ihtiyatî haciz kararlarının icrası ve infazı işlemleri de belirtilen bu zaman diliminde durmuştur. Bunun istisnası nafaka alacaklarıdır, nafaka alacakları için takipler ve işlemler devam edecektir. Bu takiplere kamu alacakları ile ilgili takiplerin de dahil olduğu kabul edilmelidir. Çünkü, açık bir ayırım yoktur.

- Duran icra süreleri içinde, (i) satış gününün bu süre içinde kalması hâlinde, talebe gerek olmadan durma süresinden sonra icra dairesince yeni bir satış günü tespit edilir, (ii) durma süresi içinde rızaen yapılan ödemeler kabul edilir ve diğer taraf lehine olan talepler dikkate alınır, (iii) Konkordato mühletinin sonuçları alacaklı ve borçlu bakımından devam eder, (iv) icra iflâs hizmetlerinin aksamaması için gerekli tedbirler alınır.
- Şu süreler ise bu düzenleme dışında tutulmuştur yani bu konudaki süreler işlemeye devam edecektir:
 - Suç ve ceza, kabahat ve idarî yaptırım ile disiplin ve tazyik hapsi için kanunlarda düzenlenen zamanaşımı süreleri,
 - 5271 sayılı Kanun'daki (CMK) koruma tedbirlerine ilişkin süreler,
 - 6100 sayılı HMK'da düzenlenen ihtiyatî tedbirin tamamlanmasına ilişkin (tedbirden sonra dava açma vb.) süreler,
 - TBMM ve Cumhurbaşkanlığı seçimi ile ilgili süreler.

Bu noktada dikkat çekilmesi gereken husus, Kararname kural olarak *maddî hukuka ilişkin süreleri* yani dava açma, icra takibi başlatma, başvuru, şikâyet, itiraz, ihtar, bildirim, ibraz ve zamanaşımı süreleri, hak düşürücü süreler ve zorunlu idari başvuru süreleri de dâhil olmak üzere, bir hakkın doğumu, kullanımı veya sona ermesine ilişkin tüm süreleri durdurmuştur. Diğer yandan İİK ve *takip hukukuna ilişkin* diğer kanunlarda belirlenen sürelerle, bu kapsamda hâkim ve icra organları tarafından belirlenen süreler de durmuştur. Nafaka alacaklarına ilişkin icra takipleri dışında, tüm icra ve iflâs takipleri, taraf ve takip işlemleri, yeni icra ve iflâs takip taleplerinin alınması, ihtiyatî haciz kararlarının icra ve infazına ilişkin işlemler belirtilen zaman dilimin-

de durdurulmuştur.¹³ Keza *davalar ve yargılamalara ilişkin süreler* olarak İYUK, CMK ve HMK ile usûl hükmü içeren diğer kanunlarda yer alan süreler, buralarda taraflar veya ilgililer bakımından belirlenen süreler, bu kapsamda hâkim tarafından tayin edilen süreler durdurulduğu gibi, arabuluculuk ve uzlaştırma kurumlarındaki sürelerde durdurulmuştur. Kısaca, *maddî hukuka, takip hukukuna ve yargılama hukukuna* ilişkin sürelerle ilişkin düzenleme yapılmış ve bu süreler -istisnalar dışında- depremde zarar gören, etkilenen ve yardım edenler lehine durdurulmuştur.

Burada dikkat edilmesi gereken husus şudur: Kararname davalara ve yargılamalara ilişkin sürelerin duracağını belirtmişse de takiplerde olduğu gibi, dava açılmayacağı, davalarla ilgili işlem yapılamayacağını belirtmemiştir. Oysa takipler bakımından süreler durdurulduğu gibi, Kararname kapsamında takip ve takip işlemi yapılmasına da engel olunmuştur. Bunun anlamı, davalar ve yargılamalar bakımından her ne kadar belirtilen zaman diliminde dava ve açma yargısal bazı işlemleri yapmak bakımından süreler durmuş, bu yönde bir koruma sağlanmışsa da bu zaman diliminde dava açmak ve yargısal işlem yapmaya engel yoktur. Yani dava açılmaz ve işlem yapılmazsa yargılama-

¹³ Burada daha önce Covid-19 döneminde de ortaya çıkan bir tartışmaya değinmekte yarar vardır. Takiplerin durması kapsamında acaba muhafaza tedbirleri de duracak mıdır? Örneğin, daha önce haciz kararı alınmışsa bu uygulanmalı mıdır, daha somut bir sorun olarak maaş hacizleri ile haciz ihbarnamelerine ilişkin işlemlere bu süreç içinde de devam edilecek midir? Kararnamede durma dediği için, kanaatimizce tüm işlemler olduğu yerde durur. Dolayısıyla örneğin, hacizler kalkmaz; ancak başkaca yeni haciz de yapılamaz, mal haczedilmişse de satılamaz. Bu çerçevede özellikle daha önce gönderilen haciz ihbarnamelerine ilişkin kesintiler devam edecek midir hususu tartışmaya açıktır. Kanaatimce hacizler durunca maaş ve haciz ihbarnamesi kesintileri de durmalıdır. Düzenlemenin sosyal amaçlı düzenleme olması, İİK'da benzer hükümlerin uygulamasına yönelik işlemler hakkında yapılan işlemler ve verilen kararlar (örn, İİK m. 40) bunu gerektirmektedir. Keza Kararnamede istisnalar tek tek sayılmış, sadece rızaî ödemelerin kabul edilebileceği de ayrıca ve açıkça belirtilmiştir. Bunun anlamı, bunun dışında ödeme alınamaz, buna zorlanamaz. Dolayısıyla bu durma süresi içinde bu tür muhafaza işlemi anlamına gelecek kesintiler de yapılmamalıdır. Covid dönemindeki benzer şekilde açıklamalar için bkz. Muhammet Özkes, "7226 sayılı Kanun'un (ve İİK m. 330'un) Açık Hükmü ile Açık Yargıtay Kararlarına Rağmen Adalet Bakanlığı İcra İşleri Daire Başkanlığı'nın Maaş Kesintilerine İlişkin Görüşü Hukuka, Kanuna ve Yargıtay İçtihatlarına Açıkça Aykırıdır", <<https://blog.lexpera.com.tr/adalet-bakanligi-icra-isleri-daire-baskanliginin-maas-kesintilerine-iliskin-gorusu-hukuka-aykiridir/>> (Erişim: 22.02.2023).

larda süreler korunacak ancak isteyen dava açabilecek, yargılama işlemleri yapabilecektir. Yani süre açısından hak kaybı olmayacak veya işlem yapması için zorlanamayacak, ancak işlemlerin yapılmasına engel olunmayacaktır. Sadece depremin oluşturduğu fiilî engeller ve bunun hukukî sonuçları yargılamaları da ister istemez etkileyecektir.

Durma süreleri kapsamında, duruşma ve müzakerelerin ertelenmesi de dahil olmak üzere, yargılamayla ilgili yapılacak tüm işlemler konusunda, ilgisine göre Yargıtay veya Danıştay Başkanlar Kurulu, ilk derece ile bölge adliye ve bölge idare mahkemeleri bakımından HSK, diğer adalet hizmetleri bakımından Adalet Bakanlığı yetkilidir (Kararname m. 2/9).

2. Kararnamenin Kapsamından Yararlanabilecek Kişiler

Yukarıda zikredilen sürelerle ilişkin kurallar, 06.02.2023 tarihi itibarıyla, yerleşim yeri olağanüstü hâl ilân edilen illerde bulunan gerçek ve tüzel kişiler ile yerleşim yeri bu illerde olmasa dahi kendileri bu illerde bulunan kişiler bakımından ülke genelinde uygulanacaktır (Kararname m. 2/4). Yine bu hükümler olağanüstü hâl ilân edilen illerin barosuna belirtilen tarihte kayıtlı avukatlar ile diğer barolarda kayıtlı olup da aynı tarihte bu illerde bulunan avukatlar tarafından takip edilen dava ve işlerle ilgili olarak bu avukatlar bakımından da ülke genelinde uygulanacaktır (Kararname m. 2/5).

Bu iki fıkrada, Kararnameden ve durdurulan süreden yararlanacak olan gerçek ve tüzel kişiler ile avukatların kimler olacağı düzenlenmeye çalışılmıştır. Bu çerçevede:

- Öncelikle belirtilen illerde yerleşim yeri bulunanlar yani ikametgahları burada yer alan kişiler ile yerleşim yeri burada olmasa dahi, o yerlerde bulunanların bu imkândan yararlanması söz konusudur. Düzenleme hem hukukî bir durum olan “yerleşim yeri” hem de fiilî bir durum olan “bulunma” şeklinde iki şeyi esas almıştır. Ancak burada ülkenin farklı yerlerinde yaşayan ancak nüfusa kayıtlı olduğu yer deprem bölgesinde olan bir kişi de bundan yararlanacak mıdır sorusu net değildir. Çünkü, yerleşim yerinde esas olan hususlardan biri nüfusa kayıtlı olunan yerdir. Örneğin, nüfusa kayıtlı olduğu deprem bölgesindeki yerde hiç bulunmamış, orayı görmemiş biri de bu imkândan yararlanabilir mi? Bu durum

tartışma doğuracaktır. Bunun dışında, burada yerleşim yeri olmasa da bir kişi, sürekli veya geçici bir şekilde o yerde bulunuyor olsa dahi (sürekli oturanlar, memur, öğrenci olanlar, turistik amaçlı vb. bulunanlar dahil) bu imkândan yararlanacaktır.

- Kararnamede belirtilen imkândan bu yer barosuna kayıtlı avukatlarla, belirtilen tarihte bu illerde bulunan avukatlar da yararlanaacaktır. Bu çerçevede, sadece baroya kayıtlı olmak değil, herhangi bir sebeple (duruşmaya katılmak, görüşme yapmak, meslekî sebepler dışında o yerde olmak vb.) deprem sırasında belirtilen illerde bulunan avukatlara da Kararnameden yararlanma imkânı tanınmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, yukarıdaki açıklamalarla birlikte değerlendirildiğinde, avukatların (i) yerleşim yeri, (ii) kayıtlı olduğu baro veya (iii) kendisi deprem günü o yerde bulunuyorsa, bu ihtimallerden biri varsa Kararname kapsamında olacaktır.
- Burada üzerinde durulması gereken hususlardan biri ise belirtilen kişiler ve avukatlar Kararnamenin sağladığı imkândan sadece deprem bölgesiyle sınırlı şekilde değil, tüm ülke genelinde yararlanacak olmasıdır. Örneğin, deprem bölgesinde yaşayan, baroya kayıtlı olan veya o gün orada bulunan bir kişi ya da avukat, ülkenin başka bir yerinde de dava açmak, takip yapmak veya bir işlem yapmak durumunda ise başka yerlerde de aynı imkân kendisine tanınacaktır.
- Olağanüstü hâl ilân edilmeyen illerin barosuna kayıtlı avukatlar ve bürolarında çalışan kişiler, olağanüstü hâl ilân edilen yerlerde kan veya kayın hısımlarının bulunması veya olağanüstü hâl ilân edilen illerde felâkete uğrayanların kurtarılması, meydana gelen hasar ve zararın telafi edilmesi ya da ihtiyaçların karşılanması amacıyla bu illere giderlerse, Kararnamede tanınan yukarıda belirtilen imkânlar, söz konusu avukatlar tarafından takip edilen dava ve işlerle ilgili olarak bu avukatlar hakkında da uygulanacaktır. Ancak bunlar için daha kısa süre (yani 06.03.2023 tarihine kadar) belirlenmiştir, sadece bir ay için süreler durdurulmuştur.
- Yukarıda belirtilen olağanüstü hâl ilân edilmeyen illerde bulunan avukatlara tanınan imkânın benzeri, diğer kişilere de tanınmış bulunmaktadır. Böylece yerleşim yeri olağanüstü hâl ilân edilmeyen iller olan kişilerin, olağanüstü hâl ilân edilen illerde kan veya

kayın hısımlarının bulunması veya olağanüstü hâl ilân edilen illerde felâkete uğrayanların kurtarılması, meydana gelen hasar ve zararın telafi edilmesi ya da ihtiyaçların karşılanması amacıyla bu illere gitmeleri hâlinde bu madde hükmü, söz konusu kişiler bakımından da sadece bir ay süreyle (yani 06.03.2023 tarihine kadar) uygulanacaktır.

Tüm bunların ilgili organ ve makamlara şüphesiz belgelenmesi ya da bilgisinin verilmesi gerekmektedir. Kişilerin, anılan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamında olup olmadığının takdiri ilgili makamdadır. Bu hükümlerin sosyal koruyucu hükümler olduğu düşünülerek, tereddüt hâlinde kişi lehine yorum yapılması daha uygun olur. Ayrıca bir dosya kapsamında çifte karakterli durumlar doğabileceği unutulmamalıdır. Örneğin, taraflardan birisinin çift vekili olduğu durumlarda, vekillerinden birisinin anılan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamındayken, diğerinin kapsam dışında olması mümkündür. Bu gibi durumlarda da lehe yorum yapılması daha isabetli olacaktır. Olayın özelliği gereği, taraflara gerekli kolaylıklar gösterilerek eski hâle getirme (HMK m. 95 vd.), gecikmiş itiraz (İİK m. 65) gibi genel hükümlere gitmeden, süreler hakkında bu imkânı kullanmaları daha uygun olur. Çünkü, bunlar hem özel hem öncelikli hükümlerdir. Aksi hâlde adalete erişim, hukukî dinlenilme hakkı veya hak arama hürriyeti bakımından sorunlar doğabilir, yargı ve icra organlarının bu konulardaki eksiklikleri bireysel başvuru konusu edilebilir.

Şüphesiz deprem bölgesinde bu hükümlerin uygulanması kolaydır. Çünkü hem yargı organları hem taraf ve avukatlar o yerdedir, durum bilinmektedir. Ancak depremden etkilenen bir kişi ya da avukatın deprem bölgesi dışında başka bir yerde yapması gereken işlem, açması gereken dava veya takip olduğunda, bunun, en azından o süre içinde bazı sorunlar doğurması muhtemeldir. Örneğin, deprem bölgesi dışında görülen bir davada veya takipte süreler genel anlamda durmadığı için, işlemin taraflarından birinin deprem bölgesinde olduğu bilinmiyorsa, fark edilemiyorsa takibe veya devam edebilecektir, bunun sonucu olarak da işlem kesinleşebilir. Kesinleşen bu işleme bağlı olarak başkaları hak sahibi olduğunda, depremden etkilenen bölgede bulunan taraf veya avukatın daha sonra itiraz etmesi hâlinde bu durumun nasıl sonuç doğuracağı belirsizdir. Örneğin, tekrar eski duruma mı döndürülecektir, ne gibi işlem yapılacaktır, bunların düzeltilmesi

mümkün olacak mıdır, işlem geri alınsa dahi maddî hukuk sonuçları ortadan kalkacak mıdır şeklindeki sorular, muhtemel tartışma konuları ve uygulama sorunları olarak karşımıza çıkacaktır. Şüphesiz üçüncü kişilerin iyiniyetle hak elde etmesi hâlinde durum daha da sorunlu hâle gelecektir.

Yukarıda tek tek kapsamı belirtilen Kararnameden bir veya üç ay süre ile yararlanması mümkün olan gerçek ve tüzel kişiler ile avukatlar hakkında süreler korunmuş ve kendileri aleyhine takip yapılmasına engel olunmuşsa da bu kişilerin yerleşim yeri olağanüstü hâl ilân edilen iller dışında kalan gerçek ve tüzel kişiler aleyhine icra ve iflâs takibi, taraf ve takip işlemi ile ihtiyatî haciz kararlarının icra ve infazına ilişkin işlemler yapmasına engel yoktur. Çünkü, sadece olağanüstü hâl ilân edilen bölge için ve bu kapsama alınanlara karşı süreler durdurulmuş, onun dışında ülke genelinde bir durma olmamıştır. Ancak bu durumda da yani kendisi Kararname kapsamında olup, Kararnamenin kapsamında olmayan deprem bölgesi dışındaki diğer kişiler hakkında dava, takip vb. işlem yapan kişiler ile avukatlar, işlemi başlattığı tarihten itibaren o işlem bakımından sürelerin durmasına ve koruyucu nitelikteki Kararnamenin birinci fıkrasındaki hükümden yararlanamayacaktır (Kararname m. 2/8). Burada, deyim yerindeyse bu kişiler madem işlem yapabiliyor, o zaman kendilerine tanınan imkândan da yararlanamaz şeklinde dolaylı bir yaptırım düzenlemesi ortaya çıkarılmıştır. Kısaca deprem bölgesinde ve Kararname kapsamında olan kişinin kendisine karşı hukukî süreçler işletilemezken, kendisi, bu Kararnamenin kapsamında olmayan kişilere karşı (zorunlu olmamakla, kendisine ek süreler tanınmakla birlikte) gerekli hukukî yolları işletebilecektir. Ancak böyle bir durumda da o işlem kapsamında artık Kararnameden yararlanamayacak, örneğin kendisi bir takip yapmışsa, kendisine karşı da o takibe karşı işlemler yapılabilecektir.

E. DAVALARIN GÖRÜLECEĞİ MAHKEMELER VE HÂKİMLERİN ATANMASI

Ortaya çıkan deprem felâketinden sonra, bu davaların nerede ve nasıl açılacağı hususu da ayrı bir tartışma konusu hâline gelmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, bir uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra o konudaki görevli ve yetkili yargı yerlerini değiştirmek, kural olarak

tabii hâkim ilkesine aykırı olacaktır.¹⁴ Bu açıdan deprem mahkemeleri kurulması veya deprem hâkimleri atanması tartışması yapılmaktadır. Ancak böyle bir mahkeme kurulması olsa olsa bundan sonra gerçekleşecek durumlar için anlam ifade edebilir;¹⁵ mevcut duruma uygulanması esasen mümkün olmayacaktır. Fakat şu anda da işletilebilecek birçok hukukî imkân mevcuttur ve buna ihtiyaç olmadığı kanaatindeyiz.

Her şeyden önce, bu davalarda özel durumlar dışında ve özel mahkemelerin görev alanı içine girenler hariç (bu deprem sebebiyle ortaya çıkan iş, ticari vb. diğer uyuşmazlıklar gibi), asıl görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesi olacaktır.¹⁶ Yetkili mahkeme ise açılacak davanın niteliğine göre, genel ve özel yetki kurallarına göre belirlenmelidir. Bu davalara özgü yeni özel mahkemeler kurmak mümkün olmasa da mevcut mahkemelerin yargı çevresi, il ve ilçe sınırlarına bakılmaksızın Bakanlığın önerisi ile HSK tarafından belirlenebilir (5235 sayılı K. m. 7/1). Yine iş durumuna göre, bir yerde aynı mahkemeden farklı numaralarla birden fazla mahkeme kurulabilir, özel hüküm bulunmadıkça uzmanlaşma amacıyla, gelen işlere göre aynı mahkemenin bu farklı daireleri arasında iş dağılımı yapılabilir (5235 sayılı K. m. 5/5). Bu sebeple, davalara bakacak mevcut mahkemelerin yanına aynı mahkemeden yenileri kurularak daire sayıları artırılabilir, iş dağılımı kapsamında bunların sadece depremle ilgili davalara bakması sağlanabilir; hatta burada görev yapacak hâkimler için ayrı bir eğitim de verilebilir. Böylece deprem mahkemesi gibi sonradan kurulacak mahkemelerin tabii hâkim ilkesini zedelemenin önüne geçilecek, ancak

¹⁴ Hakan Pekcanitez, "Mukayeseli Hukukta Medenî Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikâyeti", Makalelerim C. I, İstanbul 2016, s. 222-223; Güray Erdönmez, Pekcanitez Medenî Usûl Hukuku C. I, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 847-848; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, Medenî Usûl Hukuku, 5. Bası, Ankara 2022, s. 109-110; Süha Tanrıver, "Tabii Hâkim İlkesi ve Medenî Yargı", TBB D, C. 25, S. 104, Y. 2013, s. 12; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, Medenî Usul Hukuku, 7. Bası, Ankara 2021, s. 146.

¹⁵ Görev kurallarının tabii hâkim ilkesiyle ilişkisi için bkz. Ali Çetin Aslan, Medenî Usûl Hukukunda Görev, İstanbul 2022, s. 221 vd.

¹⁶ Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, Medenî Usûl Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2022, s. 38; Mine Akkan, Pekcanitez Usûl, s. 111; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.160; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Hilal Ünal Kaya, Yargı Örgütü, 5. Bası, Ankara 2022, s. 49; Baki Kuru/Burak Aydın, Medenî Usul Hukuku El Kitabı, C. I, 2. Bası, Ankara 2021, s. 68; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 99; Süha Tanrıver, Medenî Usûl Hukuku, C. I, 4. Bası, Ankara 2021, s. 107.

mevcut mahkemeler üzerinden iş yükü dağıtılarak hem nicelik hem nitelik yönünden daha sağlıklı bir işleyiş mümkün olacaktır.

Şüphesiz yukarıda belirtilen mahkemelerin oluşturulması, adliyelerin tam olarak çalışmaya başlaması da deprem felâketinin henüz atlatılmadığı bu süreçte mümkün olmayacaktır. Çünkü, bu kriz anında görevli yargı mensupları da aynı felâket sebebiyle görev yapamaz hâle gelmişlerdir. Bu durumda da geçici olarak tedbirler alınacak, yargı yeri belirlenmesi yoluna da gidilecektir (örneğin bkz. HMK m. 21 ve 22).¹⁷ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 21. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde davaya bakmakla görevli ve yetkili mahkemenin davaya bakmasına herhangi bir engel çıkarsa, davaya bakacak mahkemenin tâyini için yargı yeri belirlenmesi yoluna başvurulacağı düzenlenmiştir. Savaş ya da olağanüstü hâlin bulunması veya yangın, deprem, su baskını gibi doğal afet sebebiyle bir yerdeki mahkemelerin çalışmaması fiilî bir engeldir. Ayrıca hâkimin ölmesi, hastalanması ve o yerde davalara bakacak başka hâkimin bulunmaması da fiilî bir engel sayılır.¹⁸ Alman Medenî Usûl Kanunu (ZPO) ile Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşlerinde Yargılama Usûlü Kanunu'nda (FamFG) da Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 21. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendine benzer hükümlere yer verilmiştir. Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 36. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi uyarınca yetkili ve görevli mahkemede somut olayda hâkimlik görevinin icra edilmesi hukukî veya fiilî bir nedenden ötürü mümkün değilse, yargılamayı yapacak mahkeme aynı yargı yolu içerisindeki bir üst mahkeme tarafından belirlenir. Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşlerinde Yargılama Usûlü Kanunu'nun 5. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi uyarınca davaya bakmakla görevli ve yetkili bir mahkeme, somut olayda hukukî veya fiilî bir nedenden ötürü yargılama faaliyetini yerine getirebilecek durumda değilse, yargılamayı yapacak mahkeme bir üst mahkeme tarafından belirlenir. Alman hukukunda doktrinde yargılamayı yapmakla yetkili tüm hâkimlerin yasaklı olması veya bir doğal afet nedeniyle

¹⁷ Aynı yönde bkz. Şanal Görgün/Levent Börü/Mehmet Kodakoğlu, Medenî Usûl Hukuku, 11. Bası, Ankara 2022, s. 142.

¹⁸ Akkan, Pekcanitez Usûl, s. 332; Pekcanitez/Atalay/Özeker, s. 86; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 203; Kuru/Aydın, El Kitabı, s. 230; Baki Kuru/Burak Aydın, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 7. Bası, Ankara 2022, s. 83; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 244.

yargılamanın yapılamaması gibi durumlar gözetilerek bu hükümlerin getirildiği kabul edilmektedir.¹⁹

Yargı yerinin hangi mahkeme tarafından belirleneceği ise Kanun'un 22. maddesinin 1. fıkrasında gösterilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca, yetkili mahkemenin bir davaya bakmasına herhangi bir engel bulunduğu takdirde, yetkili mahkemenin tâyininde ilk derece mahkemeleri için bölge adliye mahkemelerine, bölge adliye mahkemeleri için Yargıtay'a başvurulur.

Deprem nedeniyle etkilenen bölgelerde bulunan hiçbir mahkemenin görev yapamaması nedeniyle doktrinde de haklı olarak ifade edildiği üzere her bir dava bakımından yargı yolunun belirlenmesi külfetli ve zaman alıcı olduğundan,²⁰ ilk derece mahkemelerinde görülen davalar bakımından o bölgedeki bölge adliye mahkemesi davaların bölge adliye mahkemesi yargı çevresi içerisinde başka bir hukuk mahkemesine nakline karar verir (5235 sayılı K. m. 36/4). Bu düzenlemenin yanı sıra Hâkimler ve Savcılar Kurulu Kanunu'nun 4'üncü maddesi uyarınca Adalet Bakanlığı'nun tüm davaları başka bir yer mahkemesine de aktarabilir.

Bu noktada, ortaya çıkacak uyuşmazlıkların adli yargıyla idarî yargı arasında da uyuşmazlığa kimin bakacağı sorunu doğuracağı açıktır. Çünkü, sorumlular arasında başta kamu kurumları gelmektedir. Ayrıca bu uyuşmazlıklar hem hukukî hem cezaî boyutu olan uyuşmazlıklardır.²¹ Yargıtay'ın öteden beri ısrarla, aynı konuda ceza yargılaması

¹⁹ Reinhard Bork/Herbert Roth, Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung Bd. I, 23. Aufl., Tübingen 2014, § 36, Kn. 20; Bernhard Wiczorek/Rolf A. Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze- Großkommentar Bd. I Teilbd. 2, 4. Aufl., Berlin/München/Boston 2015, § 36, Kn. 42; Adolf Baumbach/Wolfgang Lauterbach/Jan Albers/Peter Hartmann, Beck'scher Kurzkommentar- ZPO, 76. Aufl., München 2018, § 36, Kn. 13; Christoph Kern/Dirk Diehm, Berliner Kommentar ZPO, Berlin 2017, § 36, Kn. 10; Hanns Prütting/Markus Gehrlein, Zivilprozessordnung- Kommentar, 12. Aufl., Hürth 2020, § 36, Kn. 2; Walter Zimmermann, Zivilprozessordnung, 10. Aufl., Bonn 2016, § 36, Kn. 3.

²⁰ Kuru/Aydın, El Kitabı, s. 230; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 203; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyaz/Hanağası, s. 244.

²¹ "3194 sayılı İmar Kanununun 28. maddesinde yapının fenni mesuliyetini üzerine alan meslek mensuplarının, (fenni mesul mimar ve mühendisler uzmanlık alanlarına göre) yapının, tesisatı ve malzemeleri ile birlikte, Kanuna, ilgili diğer mevzuata, uygulama imar planına, ruhsata, ruhsat eki etüt ve projelere, standartlara ve teknik şartnamelere uygun olarak inşa edilmesini denetlemekle görevli olduğu, ruhsat ve eklerine aykırı olarak yapılması halinde durumu ruhsatı veren Beledi-

varsa bunun sonucunun beklenmesi şeklinde,²² kanaatimizce birçok

yeye bildirmekle mükellef olduğunun düzenlendiği, bu konuda [...] 1. Noterliğine ait 01.07.2003 tarih ve 3374 numaralı taahhütnamayı vermiş olan sanık ...'nin fenni mesul olmaktan kaynaklanan denetim görevini yerine getirmediği, dolayısıyla binanın yıkılmasına neden olan imalat hatalarından sanık [...]nin sorumlu olduğu, Sanık [...]’ın inşaat ustası olarak inşa sorumluluğunu üstlendiği, binayı inşaat tekniğine uygun bir şekilde imal etmede gerekli dikkat ve özeni göstermediği için sorumluluğunun bulunduğu, Sanıklar [...], [...]’ın ise, söz konusu binanın sahipleri ve müteahhidi olarak yapımından sorumlu oldukları halde, yürürlükteki kurallara uygun bir inşaat yaptırmak bakımından kendi üzerlerine düşen dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle kusurlu olduklarının kabul ve tespit edildiği olayda; 1-Taksirli suçlar açısından temel cezanın belirlenmesinde; TCK’nın 61/1. ve 22/4. madde ve fıkralarında yer alan ölçütlerden olan failin kusuru, meydana gelen zararın ağırlığı, suçun işleniş biçimi ile suçun işlendiği yer ve zaman nazara alınmak suretiyle, aynı Kanununun 3/1. maddesi uyarınca işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı olacak şekilde maddede öngörülen alt ve üst sınırlar arasında hakkaniyete uygun bir cezaya hükmolunması gerekirken, yürürlükteki kurallara uygun bir inşaat yaptırmak bakımından dikkat ve özeni göstermeyen, binadaki malzeme ve donatı yetersizliklerini denetlemeyen, bu nedenle birinci derece deprem bölgesinde bulunan [...] Apartmanının tamamen çökmesine ve 43 kişinin göçük altında kalarak ölmesine asli kusurlu olarak neden olan sanıklar [...], [...], [...] ve [...] hakkında, [...] ve hakkaniyet kuralları uyarınca cezada orantılılık ilkesi gözetilerek alt sınırdan daha fazla uzaklaşmak suretiyle ceza tayini gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurularak sanıklar hakkında eksik cezaya hükmolunması, 2- Depremde yıkılan [...] Apartmanından alınan karot numunelerinin teknik bilirkişiler tarafından incelenmesi neticesinde; 1997 yılında yayımlanan Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar Hakkındaki Yönetmelikte birinci ve ikinci derece deprem bölgelerindeki binalarda C20 veya daha yüksek dayanımlı beton kullanılmasının zorunlu olmasına rağmen, kullanılan betonun Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar Hakkındaki Yönetmelikte belirtilen minimum beton sınıfı olan C16’yı dahi sağlayamadığı, etriye aralığı açısından ve binanın mevcut taşıyıcı elemanlarının donatı detaylandırılmasında yetersizlikler olduğu, bilirkişi raporu ile proje verilerine göre kolon boyutları, donatı çap ve adetlerinde de farklılıklar olduğu, parça beton numuneler içerisinde çimento hamuru-agrega arasında aderans çözülmesi olduğunun belirlendiği, bu yetersizlik ve eksikliklerin binanın yıkılmasında etkili olduğu; sanıkların yıkılan binanın proje aşamasında, yapım aşamasında ve [...] bitimi aşamasında, üzerlerine düşen yükümlülükleri yerine getirmediği, öngörülebilen bu netice bakımından dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranan sanıklar [...], [...], [...] ve [...] hakkında bilinçli taksirin koşullarının oluştuğu anlaşılma, tayin olunan cezalarında 5237 sayılı TCK’nın 22/3. maddesi uyarınca arttırım yapılması gerektiğinin gözetilmemesi, 3-TCK’nın 53/6. maddesinde ‘belirli bir meslek veya sanatın ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkumiyet halinde 3 aydan 3 yıla kadar bu meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına ya da sürücü belgesinin geri alınabileceğine karar verilebileceğinin düzenlendiği, bir mesleğin icrasının yasaklanabilmesi için ruhsatnameye bağlı olarak yürütülmesi gerekmekte olup, inşaat mühendisi olduğu anlaşılan sanık [...]’nin çalışmasının ruhsatnameye bağlı olarak yürütülen bir meslek olmadığı nazara alınmadan, çalışma hürriyetini kısıtlayacak şekilde mesleğini icrasında bulunmaktan 1 yıl 6 ay süre ile yasaklanmasına karar verilmesi [...]’ 12. CD, 27.12.2022, 12133/10714 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Aynı yönde bkz. 12. CD, 27.12.2022, 10626/10721 (Kazancı İçtihat Bankası).

²² “Yerel Mahkemece, davalının ormandan açma yaptığı gerek ceza mahkemesince

gerekse mahkemece yapılan keşifler sonucu alınan bilirkişi raporları ile sabit olduğu, davalının da açma yapmadığını değil taşınmazın tapulu olduğunu savunduğunu, tapu kaydını ibraz için davalı tarafa süre verildiğini, tapu kaydı sunulmadığını, davalının savunması da gözetilerek ormandan açma yaptığı ortada iken, hukuk mahkemesini, ceza mahkemesi kararının kesinleşmesini beklemeye zorunlu bırakmanın yargılamanın ucuz, basit ve çabuk olması kuralı ile bağdaşmayacağı, ceza yargılaması sonucunda hükmedilen cezanın, af veya benzeri bir düzenleme ile ortadan kaldırılsa dahi hukuk mahkemesinin (kusur varsa) tazminata hükmetmekle yükümlü olduğu, davalının ormandan açma yaptığı sabit olduğundan ceza mahkemesi kararının kesinleşmesinin beklenmesi gerektiği yönündeki bozma ilamına iştirak edilmediği gerekçesi ile önceki kararda direnilmiştir. Direnme kararını temyize taraf vekilleri getirmiştir. Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davalının dava konusu edilen eylemleri nedeniyle aleyhinde açılan ceza davasının kesinleşmesinin beklenmesi gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır [...] Davalı vekilinin temyiz istemi yönünden; tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerekçeleri nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır". HGK, 14.01.2015, 1445/41 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). "Öncelikle somut bir olayla ilgili olarak ceza yargılaması ve hukuk yargılaması arasındaki ilişki genel olarak dava ve karar tarihinde yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 53. maddesinde ortaya konulmuştur. Anılan maddeye göre, 'Hâkim, kusur olup olmadığına yahut haksız fiilin faili temyiz kudretini haiz bulunup bulunmadığına karar vermek için ceza hukukunun mesuliyete dair ahkâmıyla bağlı olmadığı gibi, ceza mahkemesinde verilen beraat kararıyla da mukayyet değildir. Bundan başka ceza mahkemesi kararı, kusurun takdiri ve zararın miktarını tayin hususunda dahi hukuk hakimini takyit etmez' denilmektedir. Benzer düzenleme karar tarihinden sonra yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 74. maddesinde de yer almaktadır. Bu hükümlerde kısaca, hukuk hâkimin ceza ve hukuk yargılamasının kendisine özgü kuralları bulunması sebebiyle ceza mahkemesinde yapılan işlemler ve verilen kararlarla kural olarak bağlı olmadığı ifade edilmek istenmiştir. Ancak söz konusu hükümlere dayanılarak ceza mahkemesince yapılan, maddi vakıaların tespiti ile sanığa yüklenen eylemin sabit olup olmadığına ilişkin belirlemelerin hukuk hakimini bağlamayacağı söylenemez. Çünkü aksinin kabulü halinde aynı olayla ilgili olarak yargı tarafından iki farklı gerçeklik oluşturulmasına zemin hazırlanması söz konusu olur ki bu durumun benimsenmesi mümkün değildir. Somut olaya dönülecek olunursa; yapılan açıklamalar ışığında, mahkemece söz konusu ceza davasının akıbeti araştırılarak dava devam ediyorsa sonucunun beklenmesi, sonuçlanmışsa ceza davası dosyasının aslının ya da onaylı bir örneğinin dosya kapsamına dahil edilerek tüm delillerin birlikte değerlendirilmesi neticesinde davacının iş sözleşmesinin haklı sebeple feshedilip feshedilmediğinin belirlenmesi gerekirken bunun yapılmayarak eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir". HGK, 26.02.2016, 768/196 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Aynı yönde bkz. 19. HD, 13.12.2012, 12515/19021 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); 19. HD, 28.02.2011, 12721/2580 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); 4. HD, 17.11.2020, 1822/3965 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); 4. HD, 20.02.2019, 13028/871; 9. HD, 13.05.2015, 14432/17700 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); 17. HD, 14.03.2013, 78/3326 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); 13. HD, 07.05.2015, 23430/14707 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); 4. HD, 15.09.2009, 14435/9954 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); 13. HD, 01.10.2015, 21619/28237 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); 11. HD, 05.10.2000, 6225/7490 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); 11. HD, 23.01.2003, 7962/568 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

durum için yanlış ve yargılamaları yıllarca uzatan kararları mevcuttur. Bilindiği üzere, ceza yargılamaları yıllarca sürmekte, kanun yolları aşamasında da fazladan zaman kayıpları oluşmaktadır. Aynı yanlış kararlar ve bu konudaki ısrar, deprem sonrası açılacak davalarda da sürdürülürse, mağdurların en azından maddî ve hukukî kayıplarını karşılaması yılları alabilecektir. Bu tür yargı yolları ve yargı kolları arasındaki sorunların kısa sürede çözülmesi gerekli ve zorunludur. Mevcut yanlış uygulamalardan da vazgeçilmelidir. Unutmamak gerekir ki, bu durum kanundan kaynaklanan bir sorun değildir, tamamen içtihatlarla meydana getirilmiş bir sorundur. İchtihat değişirse sorun da ortadan kalkacaktır. Aynı kararları olayın özelliğine bakmadan her durumda uygulamak yanlış yaygınlaştırmaktan başka işe yaramamaktadır.

F. UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNÜN ARABULUCULUK KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLİP DEĞERLENDİRİLMEMEYECEĞİ

Açılacak bu davaların arabuluculuk kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği ayrı bir tartışma konusu olmakla birlikte, kanaatimizce bu davaların önemli kısmı arabuluculuk kapsamında değildir. Öncelikle deprem bölgesinde yaşananların ve ortaya çıkacak uyuşmazlıkların çoğunda temelde bir suç potansiyeli mevcuttur; bu açıdan tarafların serbestçe tasarruf etmesi durumu her zaman söz konusu olmayabilir.²³ Nitekim farklı açılardan deprem bölgesinin, enkazların aynı zamanda birer suç mahalli olarak değerlendirilmesi gerekebilir.²⁴

Aynı zamanda birçok açıdan kamu düzeninin gerekli kıldığı hususlar dikkate alınmalıdır. Açılacak davaların bir kısmı birbiriyle ilgili, biri diğerinin bekletici sorunu yapılması gereken uyuşmazlıklar veya davalar da olabilir. Örneğin, hak sahiplerinin ölmüş olması, gaiplik kararları, hak sahipliğinin tespiti gibi uyuşmazlıklar çerçevesinde,

²³ Bu konuda bkz. Seda Özmumcu, "Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re'sen Araştırma İlkesi", *SDÜHFD MİHBİR Özel Sayısı*, C. 4, S. 2, Y. 2014, s. 152 vd.; Fatih Tahiroğlu, *Medenî Usûl Hukukunda Re'sen Araştırma İlkesi*, İstanbul 2021, s. 38 vd.

²⁴ Türkiye Barolar Birliği, *Depremzedeler için Hukuk Rehberi*, s. 9 <<https://d.barobirlik.org.tr/2023/DepremzedelerIcinHukukRehberi/10/>> (Erişim: 22.02.2023).

normal şartlarda tek dava şeklinde ortaya çıkan uyuşmazlık burada farklı görünüşleriyle ortaya çıkabilir. Bu yargılamaların bir kısmı arabuluculuğun dışında ya da kamu düzenini ilgilendirebilir. Birbiriyle bağlantılı olan bu tür durumları tümüyle ayrı görüp bir kısmını arabuluculuk kapsamında değerlendirmek mümkün değildir. Ayrıca aynı olaydan dolayı, ceza yargılamaları da olacağı için bunlarla bağlantının gözetilmesi de zorunludur.

Bu süreçte arabuluculuğa yeni bir alan açma çabası, deyim yerindeyse olsa olsa yangından mal kaçırma hafifliği ile açıklanabilir. Şüphesiz arabuluculuğun söz konusu olacağı durumlar da olacaktır ancak dikkat çektiğimiz hususlar göz önünde bulundurulmalıdır. Deprem mağdurlarının hakları, onları mağdur eden kişi ve kurumlara karşı arabuluculuk yoluyla sürüncemede bırakılmamalıdır. İş hukukunda yaşanan olumsuz tecrübelerin bir örneğini burada yaşatmamak gerekir. İş hukukunda arabuluculuk faaliyeti hemen hemen her zaman işçinin hakları üzerinde olmakta, işverenin eğer bir fedakârlıksa tek fedakârlığı ödemesi gerekeni öne çekmektir. Deprem mağdurları için de “şimdi buna razı olmazsan davalarla yıllar sonra alacağını alırsın” tehdidiyle, ölümü gösterip sıtmaya razı etme anlayışıyla bir arabuluculuk anlayışı dayatılmamalı buna sebep olunmamalıdır.

G. AÇILACAK DAVA TÜRLERİ ve TARAFLAR

Şu anda depremden mağdur olanların hem psikolojik hem de maddî olarak hak aramaları, ilgili başvuruları yapmaları, davalar açmaları oldukça zordur, bir müddet de bu durum devam edecektir. Yukarıda belirtilen sürelerle ilgili Kararname belirli bir rahatlama getirmişse de sorunları tam anlamıyla çözmemektedir. Bu sebeple açılacak davalar ile bu davalarda adli yardım konusuna da dikkat edilmesi gerekmektedir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 113. maddesinde topluluk davası şeklinde bir dava açılması kabul edilmiştir. Buna göre doğrudan hak sahibi olanlar dışında, ilgili dernek ve tüzel kişiler, özellikle statüleri kapsamında üye, mensup ya da temsil ettikleri hak sahiplerinin menfaatini korumak amacıyla, bu hakların (i) tespiti, (ii) hukuka aykırı durumun giderilmesi, (iii) ilgililerin gelecekteki haklarının ihlâlinin önüne geçilmesi için dava açabilir. Bu sebeple, başta tüketici örgütleri

ve diğer ilgili tüzel kişiler, bu davaları açabilir ve bu davalar bağlamında geçici hukukî korumaları talep edebilir.²⁵ Her ne kadar kanun davadan bahsetmişse de davanın öncülü ve geçici koruması olan diğer tedbirlerin de talep edilmesi mümkündür.²⁶ Bu davalar kapsamında her türlü tespit ve koruyucu dava açılabilir ancak tazminat ve kişisel haklara ilişkin davalar açılmaz.²⁷ Ancak açılacak topluluk davalarında elde edilecek deliller ve alınacak kararlar, kişilerin açacakları bireysel davalar bakımından da birer delil niteliğinde olacağından oldukça önemlidir.

Bu konuda açılması muhtemel diğer bir dava türü ise belirsiz alacak davasıdır (HMK m. 107). Dava tarihinde alacağın miktar veya değerini tam ve kesin olarak belirlemenin kişiden beklenemeyeceği ya da bunun imkânsız olduğu durumlarda, hukukî ilişki ve asgarî belirlenen miktar veya değer belirtilerek belirsiz alacak davası açılabilir. Deprem sebebiyle ortaya çıkan zararlar farklılık gösterebilecektir. Hakkaniyet ilkesi gereği ortaya çıkan zararların tam olarak karşılanması gerektiğinden, özellikle deprem gibi doğal afetlerde zararın miktarının tam olarak belirlenemezken zarar görenin kesin bir miktar belirterek dava açmaya zorlanması durumunda zararın tamamının karşılanabilmesi söz konusu olmaz.²⁸ Bu zararların bir kısmı, devam eden zarar (örneğin sürekli tedavi, zararın hâlen devam etmesi vb.) olabilecek, birçoğunda ise zararların tespiti ancak davalılardan edinilecek bilgi ile veya özel bir uzmanlıkla mümkün olabilecektir. Belirsiz alacak davası açılabilmesi için davanın açıldığı tarihte zarar görenin alacağın miktarını belirlemeyi mümkün kılan bilgi ve belgelere sahip olmaması ("sübjektif imkânsızlık") yeterlidir.²⁹ Yine davacının zararı belirlemesi objektif

²⁵ Melis Taşpolat Tuğsavul, Kolektif Hukuki Yarar Çerçevesinde Topluluk Davaları, İstanbul 2016, s. 192 vd.

²⁶ Hakan Pekcanitez, Pekcanitez Medenî Usûl Hukuku, C. II, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 1103.

²⁷ Tanrıver, olması gereken hukuk bakımından tüzel kişilere, usûl ekonomisine uygunluğun sağlanması, aynı hayat olayından kaynaklanıyor olması sebebiyle organik açıdan bağlılığı bulunan talepler hakkında birbiriyle çelişen hükümlerin verilmesinin önlenmesi ve dolayısıyla hukuksal barışın korunabilmesi için, üyeleri ya da mensupları lehine, tazminata hükmedilmesini isteme yetkisi verilmesinin daha isabetli olacağını ifade etmiştir (Tanrıver, s. 675-676).

²⁸ Hakan Pekcanitez, Belirsiz Alacak Davası, Ankara 2011, s. 83.

²⁹ Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, C. II, s. 1028; Pekcanitez, Belirsiz Alacak Davası, s. 43-45; Atalı/ErmeneK/Erdoğan, s. 332; Cemil Simil, Belirsiz Alacak Davası, İstanbul 2013, s. 218; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 224; Tanrıver, s. 639.

olarak kolayca mümkün olmayabilir. Bu sebeple, yargılama hukuku bakımından özel ve yeni bir doktrin ve içtihat alanı olarak, bu tür durumlar için belirsiz alacak davasının çerçevesinin iyi çizilmesi gerekmektedir.³⁰ Bu söylediklerimizden depremle bağlantılı tüm davaların belirsiz alacak davası şeklinde açılacağı sonucu çıkartılmamalıdır; ancak bu durum belirsiz alacak davasının şartları oluştuğunda yeni bir uygulama alanı olacaktır.

Bu iki önemli dava dışında, ayrıca tespit davası (HMK m. 106), kısmî dava (HMK m. 109), dava yığılmasının (HMK m. 110) da özel görünüşleri karşımıza çıkabilecektir. Burada özellikle deprem durumunun birçok açıdan tespit davası için aranması gereken özel hukukî yarar şartını sağladığı söylenebilir. Zira eda davası açılabilen durumlarda tespit davası açılmasa da bir hakkın veya hukukî ilişkinin varlığı ya da yokluğu hakkında güncel bir yarar varsa tespit davası açılabilir.³¹ Kişilerin eldeki verilerle eda davası açması henüz mümkün olmayabilir, ayrıca bazı başvuruları yapmak için zarar ve hak kaybının tespiti gerekebilir. Bu sebeple tespit davalarında aranması gereken özel hukukî yarar bakımından da burada özellikle dikkatli olunmalı ve değerlendirme yapılmalıdır.

Açılacak davalarda dava türleri yanında, taraf sorunlarıyla da sık sık karşılaşılacaktır. Felâketin büyüklüğü çerçevesinde, bir yandan hak kayıplarına uğramamak için bir an önce dava açılması isteği, ancak bu süre içinde a hak sahipleri ve kendilerine karşı talepte bulunacak kişilerin ölmesi, kaybolması gibi sorunlar sebebiyle, tarafların doğru gösterilememesi durumu ortaya çıkabilir. Keza kendilerine karşı dava açılması muhtemel kişilerdeki çokluk da yine ayrı bir sorun olarak karşımızda durmaktadır. Çünkü, duruma göre kamu kurumları, mühendis, müteahhit, denetim sorumlusu gibi birden fazla muhatap olacaktır. Bunların her zaman doğru tespiti ve davanın yönlendirilmesi mümkün olamayabilir. Yine örneğin, çöken aynı binada bulunan kişilerin maddî hukukla da bağlantı içinde hangi durumda birlikte dava açabileceği tartışmaları da gündemde olacaktır.

³⁰ Bu konuda bkz. Simil, s. 149 vd.

³¹ Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, C. II, s. 977; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 217; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 329; Kuru/Aydın, El Kitabı, s. 404-405; Kuru/Aydın, Ders Kitabı, s. 141; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 301; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 230.

Tüm bu sebeplerle tarafın doğru gösterilmesi önem taşımaktadır. Bu noktada tarafta bir yanlışlık ve eksiklik söz konusu olursa, tarafta iradî değişiklik yoluna gidilmesi mümkün olabilir (HMK m. 124). Böyle bir durumda çoğunlukla karşı tarafın rızasına ihtiyaç duymadan, talep üzerine hâkim kararıyla bunun gerçekleştirilmesinin şartları oluştuğunu söyleyebiliriz (HMK m. 124/3-4).³² Çünkü, depremin ortaya çıkardığı durum sebebiyle davalıyı doğru tespit etmek mümkün olmayabilir veya birden fazla sorumlu olması hâlinde davalı tarafta eksiklik olabilir. Böyle durumlarda kanunun bu konuda tanıdığı imkânın kullanılmasına izin verilmelidir.

Taraflarla bağlantı içinde davacı ve davalı tarafta dava arkadaşlığı (HMK m. 57- 60) hükümlerinin yerinde işletilmesi yanında, taraf ve dava ehliyeti, dava takip yetkisi, temsil (HMK m. 50-56) gibi kurumlara da dikkat edilmelidir. Bu çerçevede, sorumlular arasındaki ilişkiye göre, taraf konumunda olmasa dahi, hakların kullanılması, rüçû ilişkileri bağlamında aslî müdahale, fer'î müdahale ve davanın ihbarı hükümleri de uygulama alanı bulacaktır (HMK m. 61-70). Bunların gereği gibi ve zamanında yapılması bir yandan hak kayıplarına yol açacak diğer yandan da yargılamaların gereksiz yere uzamasına, hatta hüküm verilse dahi bunların icrası ve takibi sorunlarına yol açacaktır.

H. ADLÎ YARDIM

Açılacak davalar ve yapılacak başvurular hakkında önemli bir husus ise yargılama harç ve giderleridir (HMK m. 323 vd.). Şu anda deprem mağdurlarının birçoğunun, başvurulacak hukukî yollarda bunları maddî olarak karşılaması neredeyse imkânsızdır. Adlî yardım, kişilerin yargı mercileri önünde haklarını arayabilmeleri ve savunma haklarını kullanabilmeleri amacıyla kabul edilen bir kurumdur.³³ Dolayısıyla adlî yardım, mahkemeye erişim yönünden, önemli bir adil

³² Karşı tarafın rızası aranmaksızın iradî taraf değişikliğine izin verilen hâllere ilişkin olarak bkz. Hülya Taş Korkmaz, *Medenî Usûl Hukukunda İradî Taraf Değişikliği*, Ankara 2014, s. 182 vd.

³³ Oğuz Atalay, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 2410-2411; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6. Bası, C. V, İstanbul 2001, s. 5418; Mehmet Akbal, *Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım*, *TBBD*, C. 93, 2011, s. 148. Adli yardım kurumu hakkında kapsamlı bir çalışma için bkz. Oğuz Atalay, *Medenî Usûl Hukukunda Adli Yardım*, Ankara 1986.

yargılanma hakkı güvencesidir.³⁴ Adli yardım, malî olanakları yetersiz olan kişilerin bir davanın getireceği malî yüklerden geçici olarak muaf tutulmasını sağlar.³⁵

Yargı organlarının uygulamada adli yardım konusunda çok da kolay karar vermediği bilinen bir gerçektir. Bu konuda en uygun çözüm, aslında başlangıçta önerdiğimiz bu tür durumlar için yapılacak çerçeve düzenlemede özel hüküm konulmasıdır. Ancak bu yapılmamıştır. Bu konuda bir özel düzenleme olarak 4539 sayılı Doğal Afet Bölgelerinde Afetten Kaynaklanan Hukukî Uyuşmazlıkların Çözümüne ve Bazı İşlemlerin Kolaylaştırılmasına İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabulü Hakkında Kanun'un 3. maddesinin 1. fıkrasında, doğal afete maruz kalanların istemleri hâlinde, afetten kaynaklanan hukukî uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin her türlü dava ve işlemlerde adli yardım hükümleri uygulanacağı düzenlenmiştir.³⁶

Hem bu özel düzenlemenin gereği olarak hem de genel anlamda deprem karşısında, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334. vd. hükümlerinde düzenlenen adli yardımın şartlarının deprem mağdurları için gerçekleştiği kanaatindeyiz. Bu konuda özellikle ilgili makamlardan, hatta e-Devlet üzerinden alınacak belgelerle yapılacak başvurular kapsamında adli yardım taleplerinde makul davranılması gerekmektedir, mağdur olanı daha da mağdur edici bir yol izlenmemelidir. Örneğin, yapılan e-Devlet sorgulamasında adli yardım talebinde bulunan kişinin üzerinde kayıtlı taşınmaz bulunsa bile, bu taşınmazın yıkılmış veya kullanılamaz hâlde olması mümkündür. Dolayısıyla yapılan incelemenin, adli yardım talebinde bulunan kişinin açıklamalarıyla birlikte değerlendirilmesi ve adli yardım kurumunun amacı gözetilerek karar verilmesi gerekir. Ayrıca, şartlar değerlendirilerek aslında geçici bir muafiyet olan adli yardımla yapılan ödemeler, kişilerden daha

³⁴ Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 4. Bası, İstanbul 2013, s. 12; Abdullah Çelik, "Bireysel Başvuru Kapsamında 'Adli Yardım'", Bireysel Başvuru İncelemeleri, Ankara 2013, s. 87; Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 2412-2413. Ayrıca bkz. AİHM Kreuz/Polonya kararı, Başvuru No. 28249/95, 19.6.2001, p. 62-67.

³⁵ Atalay, Adli Yardım, s. 87; Kuru, Şerh, C. V, s. 5418. Örneğin, "[...] Adli yardım fakir bir kimsenin bir davanın gerektirdiği oldukça kabarık olan harç ve masrafları sağlayamaması durumunda, bu mali külfetlerden geçici olarak muaf tutulmasıdır [...]" 3. HD, 14.01.2019, 7537/31 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

³⁶ Ayşe Kılınç, Medenî Usûl Hukukunda Adli Yardım, Ankara 2013, s. 347.

sonra alınmamalıdır. Çünkü, adlî yardım sebebiyle Devlet tarafından karşılanan giderlerin tahsili, bundan yararlananlar için yeni bir mağduriyet oluşturacaktır (HMK m. 339/2).

Şüphesiz deprem sebebiyle ortaya çıkan durum karşısında Avukatlık Kanunu'nda düzenlenen (AvK m. 176 vd.) adlî yardım kurumunun da ayrıca etkin kullanımı değerlendirilmelidir. Avukatlık Kanunu'nun 176. ilâ 181. maddelerindeki düzenlemelerin amacı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiş olan adlî yardıma ilişkin hükümleri tamamlamaktır. Adlî yardım hizmeti, baro merkezlerinde, baro yönetim kurulunca avukatlar arasında oluşturulan adlî yardım bürosunca yürütülür. Avukatlık Kanunu'nun 178. maddesine göre, adlî yardım talebiyle doğrudan barolara başvurulması da mümkündür. Bu talebin başvuru yapılan baroca kabul edilmesi hâlinde adlî yardım bürosu tarafından, ilgilinin mahkemeden adlî yardım kararı alabilmesi için gerekli işlemler yapılır. Adlî yardım bürosu, adlî yardım talebinin mahkemece kabulü üzerine davayı takip etmek ve sonuçlandırmakla yükümlüdür. Ayrıca mahkemeden Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 335/1-ç maddesine göre bir karar alınmasına gerek olmaksızın, kendisine bir avukat tutabilecek maddî imkânı bulunmayan kimseler, doğrudan Baroya başvurarak adlî yardım talep edebilirler. Buradaki adlî yardım, o kişiye mahkemelerde yardımcı olmak üzere bir vekil tayin edilmesiyle sınırlıdır (AvK m. 179).

Barolar konuyla ilgili olarak kamuoyunu bilgilendirmeli, sistemin sağlıklı şekilde çalışmasını sağlayacak tedbirler almalıdır. Çünkü hem nitelik hem nicelik olarak yüksek bir oran söz konusudur.

I. GEÇİCİ HUKUKÎ KORUMALAR, ÖZEL OLARAK DELİL TESPİTİ SORUNU

1. Genel Olarak

Mevcut durumda bir yandan ortaya çıkan zarar ve mağduriyetin giderilmesi için açılacak davalar bakımından ihtiyatî tedbir, ihtiyatî haciz gibi geçici korumalarla ilgili sorunlar karşımızda dururken, diğer yandan da özellikle açılacak davalardaki delillerin tespiti ile ilgili sorunlarla karşı karşıyayız. Çünkü, deprem enkazları birer delil niteliğindedir. Ancak bu delillerin bozulması ya da muhtemel dava-

lılarca ortadan kaldırılması, karartılması söz konusu olabileceği gibi, enkazların yol açtığı insanî ve sosyal sorunlar sebebiyle de kaldırılması gerekmektedir. Delil niteliğindeki enkazlar kaldırıldıktan sonra ispat ve deliller bakımından sorunlar karşımıza çıkabilir. Ancak aşağıda da açıklayacağımız üzere, bu enkazlarda tespit yapılması hukuk yargılamasından daha çok ceza yargılaması bakımından önemlidir. Buradan tespitlerin hukuk yargılamasında önemsiz olduğu ve acele edilememesi gerektiği sonucu çıkarılmamalıdır. Bununla birlikte aksi bir durumda dahi, hukuk yargılamasında bazı telafi imkânlarına sahip bulunmaktadır.

Öncelikle ilerde açılacak muhtemel davalarda, genel ihtiyatî tedbir (HMK m. 389 vd.) ve ihtiyatî haciz (İİK m. 257 vd.) bakımından, her somut olayda ayrıca değerlendirmekle birlikte birçok şartın gerçekleştiği söylenebilir. Çünkü, hakkın elde edilmesinin güç veya tamamen imkânsız olması denildiğinde (HMK m. 389/1) böyle bir felâketten daha somut bir şey olamaz; keza para alacağının elde edilmesi için henüz vadesi gelmemiş bir alacak bakımından, karşı tarafın kaçması, mal kaçırması ve oturduğu yerin belirli olmaması şartlarının (İİK m. 257/2) önemli ölçüde gerçekleşme ihtimali kuvvetlidir. Unutmamak gerekir ki, bu durumlarda zaten tam ispat değil, yaklaşık ispat aranmaktadır.

Burada Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 76'da düzenlenen geçici ödemelere ilişkin düzenleme de mutlaka göz önünde tutulmalıdır. TBK m. 76'ya göre "*Zarar gören, iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunduğu ve ekonomik durumu da gerektirdiği takdirde hâkim, istem üzerine davalının zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verebilir*". Bu maddenin gerekçesinde,³⁷ özellikle somut olayda uğradığı zararın giderilmesi için acilen parasal bir desteğe ihtiyaç duyan, karşı tarafın sorumluluğu konusunda da hâkime inandırıcı delil sunan zarar görenlerin korunmasının amaçlandığı vurgulanmıştır. Bu hüküm sosyal bir hükümdür.³⁸ Deprem bakımından bunların neredeyse tamamı ger-

³⁷ "Bu yeni düzenlemeyle, meselâ, hiçbir sosyal güvenceden yararlanamayacak durumda bulunmakla birlikte, somut olayda uğradığı zararın giderilmesi için acilen parasal bir desteğe ihtiyaç duyan ve tazminat yükümlüsünün, uğradığı zarardan sorumluluğunu hâkime sunduğu inandırıcı kanıtlarla ortaya koyan zarar görenlerin korunması amaçlanmıştır." (TBMM Bülteni, Dönem 23, Yasama Yılı 3, Sıra Sayısı 321, s. 10).

³⁸ Gökhan Antalya, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 76 Düzenlemesi: 'Geçici Ödeme'", *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, C. 8, Y. 2013, Özel Sayı: Prof. Dr.

çekleşmiş olacaktır. Şüphesiz her somut olayda ayrıca değerlendirme yapılmalıdır. Ancak davalıların özellikle kamu kurumu, tüzel kişi, kâr amacı güden şirket vb. şeklinde ekonomik yönden güçlü muhataplar olması durumunda, bu maddenin uygulanmasında tereddüt edilmemelidir.

Bu konuda açılacak davaların sonuçlarından kurtulmak amacıyla, davalı olması muhtemel kişilerin malvarlıklarını değiştirmesi, aktarması, başkalarına devretmesi, muvazaalı işlemler yapması söz konusu olabilecektir. Bu konuda da gerektiğinde tedbir veya ihtiyatî haciz talebi çok çabuk ve seri hâlde değerlendirilmelidir. Önümüzdeki dönemde muhtemel bu tür tedbir talepleri ve davalar da karşımıza çıkacaktır.

2. Delil Tespiti Sorunu

Geçici hukukî korumalar bakımından şu anda en önemli sorun delil tespiti sorunudur.³⁹ Bu büyük felâkette klasik delil tespiti kurumunun (HMK m. 400 vd.) yeterli olmayacağı açıktır. Her şeyden bu tespiti yapacak bir mahkeme, hâkim bulmak zordur, ayrıca bu büyük yıkımın tümünü bu yolla tespit şu anda mümkün görünmemektedir. Şüphesiz ki, delil tespitinin yapılabildiği durumlarda, öncelikle bunun yapılması en uygun yöntemdir. Keza bu felâket karşısında noterlik ya da diğer kurumların da istenen seviyede bir tespiti gerçekleştirmesi mümkün görünmemektedir.

Öte yandan yıkılması düşünülen binaların hasarlı olanlarının, ilerde açılacak olan davalarda delil teşkil edeceğinden bu binalardan alınacak numunelerin delil olarak kullanılması büyük önem taşımak-

Aydın Zevkliler'e Armağan, C. I, s. 185-186; Emel Badur E, "Geçici Ödemeler", *THD*, C. 11, S. 114, Y. 2016, s. 25. Anılan bu hükmün devletin sosyal güvenlik görevini bireye yüklediği ve davalının sorumluluğunun kesinleşmediği bir noktada tazminat ödemeye mahkum edilmesi gibi gerekçelerle söz konusu düzenleme doktrinde bazı yazarlar tarafından eleştirilmiştir (Ahmet M. Kılıçoğlu, "Haksız Fiilde Mütessesil Sorumluluk ve Geçici Ödemeler", Symposium anlässlich des 80. Jahrestages des Inkrafttretens des Türkischen Zivilgesetzbuch, Türk Medeni Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum, Ankara 2006, s. 173; Cengiz Koçhisarlıoğlu/Özlem Erişgin, *Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Haksız Fiiller*, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul 2011, s. 1271.

³⁹ Bu konuda daha önce sosyal medya üzerinden de paylaşılan AHG İzmir Grubunun bizim de destek verdiğimiz raporuna bakılmasında yarar vardır. Bkz. AHG İzmir sosyal medya hesapları (@AHGizmir).

tadır. Bu noktada deprem sonrasında açılan davalarda, delillerin toplanması için ağır hasarlı binaların yıkımının ihtiyatî tedbir kararıyla durdurulabilmesi mümkündür. Zira hem yıkılacak binayla ilgili korunacak bir hakkın olması yahut önemli delillerin toplanabilmesi ve koruma altına alınabilmesi için süre gerekir. Bu nedenle depremden özellikle ağır hasar gören binalarla ilgili delil tespiti süreci henüz tamamlanmadan bu binaların yıkılmasının önlenmesi gerekebilir. Ayrıca henüz delil tespiti yapılmamış ve tamamen yıkılmış olan binaların da delil tespiti tamamlanıncaya kadar enkazının kaldırılmasının tedbiren durdurulması zorunluluğu doğabilir. Bu nedenle mahkemelerin hem diğer hakların korunması için gereken işlemlerin yapılması hem de delillerin tespiti açısından yıkımın veya enkazın kaldırılmasının tedbiren durdurulmasına karar verebilmesi mümkündür. Bu hususta şüphesiz ki hukukî yarar mevcut olup, ispat ölçüsü fazlasıyla sağlanmaktadır. Bununla birlikte tedbiren yıkımın durdurulması ya da enkazın kaldırılmamasının sağlanması hâlinde, avukatların da delil toplamayabilme açısından, özellikle imalat kusurları veya kolon kesigi gibi durumların tespiti bakımından binalar yıkılmadan fotoğraf çekme ya da binada yapılan değişikliklerle ilgili bilgi edinme imkânı olacaktır. Bu imkân ilerleyen zamanda açılacak olan davalarda sorumluların tespit edilmesi açısından belirleyici bir önemi haizdir.

Delil tespitine ilişkin olarak 4539 sayılı Doğal Afet Bölgelerinde Afetten Kaynaklanan Hukukî Uyuşmazlıkların Çözümüne ve Bazı İşlemlerin Kolaylaştırılmasına İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabulü Hakkında Kanun'un 1. maddesinde de ayrıca bir düzenleme yapılmıştır. Anılan bu hüküm uyarınca, doğal afet bölgelerinde afete maruz kalanların, afetten kaynaklanan hukukî uyuşmazlıkların çözümü amacıyla delillerin tespitine ilişkin istemleri, ispat olunacak olay ile tanıklar ve bilirkişiye sorulacak sorulara ilişkin konuları belirten ve üç nüshadan oluşan bir dilekçenin verilmesi veya mahkeme kalemine yapılacak sözlü başvurunun tutanağa geçirilmesi suretiyle yapılır. Ölüm, gaiplik veya yaralanma gibi nedenlerle delil tespiti yaptıramayacak durumda olanların eşleri ile üçüncü dereceye kadar kan veya sıhrî hısımları da delil tespiti isteminde bulunabilirler. Delil tespitine ilişkin başvurular, mahkemece öncelikle incelenir ve karara bağlanır.

Burada en önemli ve hızlı yöntem, bu depremde her yıkıntı bir suç potansiyeli taşıdığından savcılıkların tüm binalara ilişkin tespittir.

Çünkü, Cumhuriyet savcılıkları kamu adına hareket ederek ve tüm imkânları kullanarak en hızlı ve güvenilir şekilde bu tespitleri yapabilir, ayrıca delilleri muhafaza edebilir, güvenliğini sağlayabilir. Bu yolla yapılacak tespitler hukuk davalarında da kullanılacaktır. Bunun için de Türkiye Barolar Birliği, barolar, ilgili odalar ve Adalet Bakanlığının iş birliğinde, bu tespitlerde avukat ve teknik eleman/bilirkişi temini sağlanabilir. Bu durum aynı zamanda tespitlerin güvenilirliğini artıracaktır.

Bunun dışında bireysel olarak ya da yine özellikle topluluk davası açabilecek kurumların ve baroların organizasyonu kapsamında, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 293. maddesinde düzenlenen uzman görüşü kurumundan seri ve pratik bir yöntemle yararlanılabilir.⁴⁰ Yukarıdaki yöntemin uygulanmadığı yerlerde veya onun yanında, istenirse ayrıca, baroların diğer ilgili odalar ve kurumlarla iş birliğiyle her yarıktan usûlüne uygun örneklerle tespit ve raporlama yapılabilir. Buna ilişkin deyim yerindeyse bir delil kutusu ve buna ilişkin tutanak, raporlama ile bir delil dosyası oluşturması uygun olacaktır. Bu raporlar en azından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun. 293. maddesi kapsamında uzman görüşü olarak yargılamalarda dikkate alınması gerekecektir. Başka delilin olmadığı yerde, bu görüşlerin ciddi bir gerekçe olmadan değerlendirilmemesi düşünülemez.⁴¹ Uzman gö-

⁴⁰ Hakan Pekcanitez, "Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi", Makaleler, C. II, İstanbul, 2016, s. 394; Atalı/Ermene/Erdoğan, s. 543; Hasan Elyıldırım, Hukuk Yargılamasında Uzman Görüşü (Özel Bilirkişi), Ankara 2021, s. 114; Mikail Bora Kaplan, "Medenî Usûl Hukukunda Bilirkişi Raporu ile Uzman Görüşü Arasındaki Çelişkinin Giderilmesi", *TAÜHFD*, C. 4, S. 2, Y. 2022, s. 561.

⁴¹ Pekcanitez, Uzman Görüşü, s. 416; Elyıldırım, s. 169; Kaplan, s. 563. Örneğin, "[...] Bu durumda öncelikle mahkemece gerekli görüldüğü takdirde HMK'nun 293. maddesinde öngörülen şekilde uzman görüşüne itibar edilip edilmeyeceğinin belirlenerek birleşen davada davacı yanca sunulan fotoğrafların tarihlerinin netleştirilmesi, bu hadise çözüldükten sonra konusunda uzman yeni bir bilirkişi heyetinden Yargıtay denetimine elverişli ve taraflarca sunulan tüm belgelerin değerlendirilmeye tabi tutulduğu bir rapor alınarak sonucuna göre öncelikle birleşen davadaki hükümsüzlük istemi bakımından bir karar verilmesi gerekirken yetersiz bilirkişi görüşüne ve gerekçeye dayalı olarak birleşen davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, birleşen davada davacı vekilinin birleşen davaya yönelik temyiz itirazlarının kabulüyle kararın bozulmasına karar vermek gerekmiştir [...] 11. HD, 02.02.20211234/700 (Kazancı İçtihat Bankası). "[...] Açıklanan sebeplerle uzman görüşünün taraf beyanı veya açıklaması olma özelliği göz ardı edilmemeli, içeriğindeki vakaların davacı açısından bağlayıcı olduğu dikkate alınmalı, bu çerçevede yapılacak değerlendirme sonucunda uyumsuzluğun esası ile ilgili bir karar verilmelidir [...]" 9. HD, 10.11.2022, 10409/14702 (Kazancı İçtihat Bankası).

rüşü hâkimin hukuk bilgisiyle çözmesinin mümkün olmadığı, teknik ve bilimsel uzmanlık gerektiren hususlarda hazırlandığından, alanında uzman bir kişiden dava konusuyla ilgili alınan bilimsel mütalaanın yargılamada dikkate alınmaması, adil yargılanma hakkının ve bu hakkın medenî usûl hukuku bakımından en önemli yansımalarından olan hukukî dinlenilme hakkını ihlâl sayılır.⁴²

Bu da mümkün değilse, en azından baro temsilcilerinin oluşturulacak gönüllü avukatlar ve teknik ekiplerle enkazdan örnek alıp saklaması, mümkün olduğunca bunu yukarıdaki usûlle yapması yoluna gidilebilir. Bu ve yukarıda belirtilen yöntem, Avukatlık Kanunu'nun ikinci maddesindeki delil toplama yetkisi kapsamında değerlendirilebilir. Unutmamak gerekir ki, açılacak bu davalarda kural olarak takdir delilleri, yani ispata elverişli her türlü delil kullanılacaktır. Durumun ispatı için her türlü delil kullanılabilmesi için, mümkün olduğunca, şartların uygunluğuna göre ne kadar delil toplanabilirse o kadar önemli ve ilerdeki yargılamalar için yararlı olacaktır. Burada sorun delilin ne kadar güvenilir şekilde elde edildiği ve durumu ispata elverişliliğidir.

İ. İSPAT VE DELİLLERE İLİŞKİN BAZI TEMEL TESPİTLER

1. İspat Hakkı ve İspata İlişkin Yükler Bakımından Değerlendirme

Bu davalarda, davacı mağdurların iddia yükü ile belirli ölçüde (bina, malik veya kullanan olma, zarar görme gibi) temel konularda somutlaştırma yükü bulunmaktadır. Yani, özellikle zarara veya talebe esas olan vakıalar, bunlara ilişkin talepleri ortaya koymak davacı tarafın üzerindedir.⁴³ Keza bu konuda davalıların tespiti ile davalıların belirtilmesi, en azından olaya ilişkin temel somutlaştırmanın (örneğin, yıkılan bina, ortaya çıkan zararlar vb.) asgarî ölçüde yapılması gerekecektir. Başka bir ifadeyle davacının vakıa unsurlarını eksiksiz bir biçimde tamamen değil, talebi belirlemeye yetecek derecede önemli

⁴² Hukukî dinlenilme hakkının unsurlarına ilişkin olarak bkz. Özekes, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 86 vd.

⁴³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 238; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 360; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 334; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 421; Taner Emre Yardımcı, Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü, İstanbul 2017, s. 57.

(belirleyici) olan ve vakıaların diğerlerinden ayrılmasına imkân verecek olan unsurlarını bildirmesi yeterlidir.⁴⁴

Bu noktada hayat olayı ile yargılamaya getirilen vakıalar arasındaki ayırımın doğru yapılması gerekir. Hayat olayı, dış dünyada taraflar arasında yaşanan, birden fazla unsuru (vakıayı) içeren ve içeriğinde az çok hukukî sonuçlara bağlanmış değerlerin bulunduğu olayı ifade eder.⁴⁵ Vakıa kavramı ise, hayat olayında içerisinde yer alan maddî hukuktaki koşul vakıaları karşılayan vakıaları ifade eder. Yani hayat olayı, maddî hukuka ilişkin birden fazla normun koşul vakıalarını içerebileceği gibi, herhangi bir normun koşul vakıasını içermeyebilir. Dolayısıyla dava dilekçesinde sadece soyut olarak depreme atıf yapılması, bu anlamda somutlaştırma yükünün yerine getirildiği anlamına gelmez. Talepte bulunan taraf, hayat olayını aktarırken maddî hukuka göre talebini haklı kılan koşul vakıaların meydana gelen hayat olayında mevcut olduğunu da somut bir şekilde en azından temel yönleriyle ortaya koymakla yükümlüdür. Örneğin, bir binanın depremde yıkıldığı veya hasar gördüğü durumda, bina, taraflar arasındaki eser sözleşmesine istinaden yapılmış ve fakat sözleşmede öngörüldüğü şekilde inşa edilmediği için yıkılmış ve zarar görmüşse, sadece deprem hayat olayından bahsedilmesi yeterli değildir. Talepte bulunan taraf, karşı tarafla arasında bir eser sözleşmesi olduğunu, binanın (eserin) taraflar arasındaki sözleşmede öngörüldüğü şekilde inşa edilmediğini, bu nedenle depremde yıkıldığını veya zarar gördüğünü temel noktalarıyla somut ve makul bir şekilde ortaya koymakla yükümlüdür. Hukukumuzda vakıalara dayandırma teorisi kabul edilmiş olduğundan, hâkim tarafların hukukî nitelendirmeleriyle bağlı değildir ve hukuku re'sen uygular (HMK m. 33). Ancak tarafların her hâlükârda hayat olayını, taleplerini haklı kılacak koşul vakıalar bakımından somutlaştırmaları zorunludur.

Bu bağlamda bir hayat olayı olarak depreme tek bir sonuç bağlamak mümkün değildir. Hayat olayı olarak depremin varlığı yadsına-

⁴⁴ Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1683; Yavuz Alangoya, Medenî Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s. 106-107; Baki Kuru, "Medeni Usul Hukukunda Dava Sebebi", *AD*, S. 4, Y. 1967, s. 242; Christian Berger ua., Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung Bd. IV, 22. Aufl., Tübingen 2008, §253, Kn. 11.

⁴⁵ Nedim Meriç, Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Ankara 2011, s. 99.

maz, fakat ispat yükü ve daha önemlisi delil ikame yükü belirlenirken, tarafların ileri sürdükleri talepler doğrultusunda maddî hukuka göre hayat olayı içerisinde gerçekleşmiş olması aranan koşul vakıa esas alınarak hareket edilmelidir. Bu anlamda *one-size-fits-all* (tek beden herkese uyar) tarzı bir yaklaşımdan kaçınılması gerekir. Örneğin, hemen yukarıda verilen örnekte olduğu gibi, sözleşmesel bir ilişki kapsamında kötü ifadan kaynaklı bir zarar söz konusu ise, sözleşmeye aykırılık olmadığını veya sözleşmeye aykırılık bakımından kusurlu olmadığını davalının müteahhidin ispat etmesi gerekir (TBK m. 471). Bu açıdan ispat yükü, davalı müteahhidin üzerindedir. Öte yandan haksız fiile dayalı bir talep ileri sürülmüşse, kural olarak zarar gören zararını ve zarar verenin kusurunu ispatlamakla yükümlüdür (TBK m. 50). Dolayısıyla burada zarar, kusur ve zarar ile kusur arasındaki illiyet bağına ispat yükü temelde davacı zarar gören üzerindedir. Ancak depremin delil ikame yükü bakımından durumu ve ispat yüküne etkisi farklı şekillerde karşımıza çıkabilir. Her iki durumda da hayat olayı olarak binada meydana gelen zarar depremden kaynaklanmıştır. Ancak taraflar arasındaki ilişkinin türleri farklılık gösterdiğinden, hayat olayı içerisinde maddî hukuka ilişkin koşul vakıalar ve bunların ispatı farklılık göstermektedir.

Bunun dışında, özellikle bina ve binanın teknik yönüne ilişkin somutlaştırma yükü (HMK m. 194) davacıdan çok davalı tarafta olacaktır. Çünkü, davacının genel somutlaştırması dışında, bu konudaki teknik verilerle ilgili belge ve bilgiler bu kişilerdedir. O sebeple ayrıntılı somutlaştırma davacıdan değil, davalılardan beklenmelidir. Taraflar arasındaki bilgi asimetrisinin giderilebilmesi için davalının isticvap edilmesi veya davalının elindeki belgeleri ibraza zorlanması (HMK m. 219/1) gibi imkânlarla başvurulabilir.⁴⁶

Hukuk yargılamasında, ispat yükü bakımından birçok kişinin yanlış bildiği üzere, “müddei iddiasını ispatla mükelleftir” sözü her zaman geçerli değildir; esasen medenî yargıda ispat yükünü belirle-

⁴⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Yardımcı, s. 180 vd. Karşı tarafın elindeki belgelerin ibrazı bakımından Anglo-Amerikan hukukundaki gibi dava öncesi keşfi (pre-discovery) ve Alman hukukundaki gibi maddî hukuktan doğan bilgi ve belge talebine ilişkin hükümlere mevzuatımızda yer verilmemesinin ispat hakkı açısından doğurduğu zorluklara ilişkin olarak bkz. Pınar Çiftçi, Medenî Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları, Ankara 2018, s. 268 vd.

mekte esas alınan teoriye de uygun değildir. Burada önemli olan, vakiayı kim iddia ederse etsin, o vakiaya bağlanan hukukî sonuçtan kimin lehine hak çıkardığıdır (HMK m. 190/1).⁴⁷ Ayrıca, kanunda açıkça ispat yükünün belirlendiği durumlarla karinelerin söz konusu olduğu durumlarda, bunlara göre ispat yükü belirlenecektir (HMK m. 190/2). Aşağıda da kısaca açıklayacağımız üzere, böyle bir deprem ve felâket durumunda, birçok fiilî karine ortaya çıkacak, fiilî karine ve ilk görünüş ispatı⁴⁸ devreye girecektir. Bunlar, bir yandan ispat yükünün belirlenmesinde, diğer yandan da ispat ölçüsü ve ispat türleri bakımından önemlidir.

Yine uygulamada çok yanlış bilinen ve yargı kararlarında da hak kayıplarına yol açacak şekilde yanlış ifade edilen ispat yükü ile delil ikame yükü ayırımıdır. Delil ikame yükü, iddia, somutlaştırma ve ispat yükü kimde olursa olsun, mevcut delillerin kimin elinde olduğu, bunu somut olarak kimin sunabileceğiyle ilgilidir.⁴⁹ Yargılama sırasında ortaya çıkan duruma göre hâkim, somut delil ikame yükünü belirler ve taraflardan birine yükleyebilir. Bu sebeple ispat yükü, temelini maddî hukukta bulsa da delil ikame yükü usûlî bir kurumdur. O yüzden ispat yükü (yine uygulamadaki birçok yanlış bilgi kapsamında) temelde yer değiştirmese de, delil ikame yükü yer değiştirebilir.⁵⁰ Bu çerçevede ortaya çıkan duruma bakıldığında, böyle bir felâket kapsamında özellikle de delil ikame yükünün, davacılaran çok, önemli ölçüde davalı tarafta yer alan kamu kurumları, sorumlu müteahhit, sorumlu mimar-mühendis, yapı denetim sorumluları vb. üzerindedir. Çünkü, bu tür delilleri mağdur olan davacının elinde tutması, muhafaza etmesi ve hepsine sahip olması mümkün değildir. Hiçbir bina ma-

⁴⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 352; Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1696; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 481; Kuru/Aydın, El Kitabı, s. 620; Kuru/Aydın, Ders Kitabı, 242; Tanrıver, s. 862-863; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 408; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 412.

⁴⁸ Dolaylı ispata ilişkin olarak bkz. Atalay, Pekcanitez Usûl, s.1619 vd.; Tanrıver, s. 851 vd.

⁴⁹ Muhammet Özekes, "FSEK'de İspata İlişkin 76. Maddenin İspat Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi", *LFSHD*, S. 1, Y. 2005, s. 83; Oğuz Atalay, Medenî Usûl Hukukunda Menfî Vakıaların İspatı, İzmir 2001, s. 18, Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 483; Tanrıver, s. 875, 877-878; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 418; Gökçen Topuz, Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat, Ankara 2012, s. 38.

⁵⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 356; Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1710; Tanrıver, s. 875.

liki temel belgeler dışında, bu ayrıntılı belgelere sahip olamaz, bunları belirtilen kişiler hazırlar ve muhafaza eder, etmek zorundadır. Bu konudaki bilgi ve belgelerin, işin niteliği ve görevleri gereğince kanunen yukarıda belirtilen davalılarda olduğu açıktır. Bu durumda ispata ilişkin deliller davalı taraftadır. Hâl böyle olunca, davada bu konudaki delilleri davalılar sunmak ve getirmek durumundadır; yani bu muhtemel davalılar delil ikame yükü altındadır. Bunun anlamı, davalı taraf bu konudaki delilleri eksiksiz sunamaz ve aksini de ispat edemezse aleyhine karar verilmesi gerekeceğidir.⁵¹ Burada dikkat edilmesi gereken husus, hâkimin delil ikame etmek zorunda kalıp bunda başarısız olan, ispat yükünü taşımayan taraf aleyhine karar verirken belirsizlik hâli ve dolayısıyla ispat yüküne dayanan bir karar veremeyecek olmasıdır. Bu durumda verilecek karar, vakıa iddiasının aksinin doğru olmadığını, ispat yükünü taşımayan karşı tarafça ileri sürülen delillerle ispat edilememesi sebebiyle asıl ispatın yerine getirilmiş kabul edildiği gerekçesine dayanır. Bu sebeplerle, aslında depremden sonra, mağdur ve zarar görenlerden çok, başta kamu kurumları olmak üzere, binayla ilgili sorumluluğu olanların delillerin sağlıklı toplanması ve muhafazası için çaba göstermesi gerekmektedir; aksi hâlde ortaya çıkan olumsuzlukların sonuçlarına delil ikame yükü sebebiyle kendileri katlanacaktır.

Ayrıca delilleri yok ettiği, ortadan kaldırdığı anlaşılan davalı taraf bakımından (daha önce delil tespiti yapılmamış olsa dahi) aleyhine olumsuz bir usûlî durum oluşacaktır. Bunun bir gerekçesi, olumsuz taraf davranışlarının ispata etkisi,⁵² diğeri ise usûlî dürüstlük kuralıdır⁵³ (HMK m. 29). Kaldı ki, diğeri tarafın talebi veya mahkemenin kararıyla taraflar ellerindeki delilleri sunmak durumundadır, aksi hâlde aleyhlerine karar verilir (HMK m. 219 vd.). Hatta delilleri muhafaza etmeyen ve ortadan kaldıranların, bundan kaynaklanan ayrıca zararlardan sorumlu olması da söz konusu olabilir.

İspat bakımından herkesçe bilinen (malum ve maruf olan) vakıaların ispatına gerek yoktur (HMK m. 187/2). O sebeple en azından

⁵¹ Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1713; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 418-419.

⁵² Çiftçi, s. 432; Haluk Konuralp, Medenî Usûl Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 2009, s. 22 vd.

⁵³ Ramazan Arslan, Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, s. 89-90, 149.

depremle ilgili olan veya o bölgede herkesin bilgisinde olan hususlarda ayrıca ispata gerek duyulmaması, ispatının istenmemesi, boşuna zaman kaybedilmemesi gerekir.

2. İspat Ölçüsü Bakımından Değerlendirme

Esasen bir davada aranan ispat ölçüsü, yani hâkimde iddia konusunda oluşturulması gereken kanaat, tam ispat, o vakia veya vakiaların varlığı ya da yokluğu konusunda tam kanaattir.⁵⁴ Ancak belirli durumlarda, kanunda açıkça belirtilen hâllerde (örneğin, tedbir, tespit gibi) veya işin niteliği tam ispatı mümkün kılmıyorsa, yaklaşık ispatla da yetinilebilir. Böyle durumlarda, davacılar iddialarını ağırlıklı bir ihtimalle ispat ederlerse, tam ispat aranmadan da yaklaşık ispatla yargı organları, davalı kişi veya kurumlar aleyhine karar verebilir.

Depremden dolayı bazı konularda istense de tam ispat gerçekleşmeyecektir. Örneği, gaiplik hâlinde, ölüm ahvali içinde kaybolmada, birçok zarar kalemlerinde bu durum karşımıza çıkacaktır. Keza bazı zararlar bakımından hakkaniyete göre maddî hukuk hesaplamaları gerekebilecektir. Hukuk yargılamasında, ceza yargılamasındaki gibi şüpheden sanık yararlanır kuralı mevcut değildir. İspat yükü, delil ikame yükü ve ispat ölçüsü her durumda değerlendirilmelidir. Şu andaki mevcut durumda ise bunlar davalılar değil, ağırlıklı olarak davacılar lehinedir. Olumsuzluğun sonuçlarına daha çok davalılar katlanacaktır. Çünkü, tam ispatın hukuken ve fiilen mümkün olmadığı durumda, mutlaka bu yönde bir arayış hukuk yargılaması bakımından doğru değildir.⁵⁵

3. İspat Türleri Bakımından Değerlendirme

Burada ispat bakımından karşımıza çıkacak diğer bir durum ise, bu tür davalarda doğrudan ispatın her zaman mümkün olamamasıdır. Örneğin, davayla ilgili yerdeki enkaz kaldırılmış olabilir. Böyle bir durumda o binadan doğrudan örnek alınması onun üzerinden ta-

⁵⁴ Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1719; Atalı/Ermeneç/Erdoğan, s. 485; Tanrıver, s. 858; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 423.

⁵⁵ Bilge Umar/Ejder Yılmaz, İspat Yükü, 2. Bası, İstanbul 1980, s. 19, 65, 164; Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara 2014, s. 585-586; Konuralp, s. 28-29; Çiftçi, s. 385.

mamen ya da kısmen bir ispat faaliyetinin gerçekleştirilmesi mümkün olmayacaktır. Meydana gelen deprem felâketi özelinde ispat türlerine ilişkin örneklere geçmeden önce, deprem hayat olayına bağlı yargılamalarda sıklıkla başvurulacak fiilî karine, emare ispatı ve ilk görünüş ispatı kavramları üzerinde durmak ve bu kavramlar arasındaki farklara değinmek gerekir.

Fiilî karineler, bir hukuk kuralına dayanmaksızın, tarafların vakia iddialarının doğruluğu veya bir delilin değeri hakkında hâkimin kanaat oluşturmaya yarayan, hayat tecrübesi kurallarına dayanan değer yargılarıdır. Burada varlığı bilinen bir vakıadan hareketle, tecrübe kurallarına dayanan bir değerlendirme sonucu, tartışmalı olan vakıanın gerçekleşmiş olduğu kanaatine varılır. Tecrübe kuralları, esasen ispat yükünün yer değiştirmesini sağlamaz. Sadece taraflardan ispat yükü üzerine düşen taraf, belli olan vakıayı ispat edecek ve hâkim de bundan bir sonuç çıkaracak, belirli olmayan husus ispat edilmiş sayılacaktır. Fiilî karineler, diğer karine türleriyle birlikte ispatın gerekli olmadığı hâller altında yer alır. Fiilî karine söz konusu ise, artık karine sonucu bakımından ispat yükü üzerinde olan tarafın bir ispat faaliyetinde bulunmasına gerek yoktur (HMK m. 190/2). Örneğin, bir kişinin oturduğu bina yıkıldığı ve enkaz altında kaldığı için öldüğü ileri sürülüyorsa, binanın yıkıldığı ve kişinin enkaz altında kaldığının ispat edilmesi ölüm olayının enkaz altında ezilme vakiasından kaynaklandığının ispatı için yeterlidir. Zira burada kişinin göçük altında kalması nedeniyle öldüğüne ilişkin bir fiilî karine vardır. Kişinin göçük altında kaldığı için değil, başka bir sağlık sorunu nedeniyle bina yıkılmadan önce öldüğü ileri sürülmüşse, ölümün sağlık sorunu nedeniyle binanın çökmesinden önce gerçekleştiğini bunu ileri süren tarafın ispat etmesi gerekir.⁵⁶

⁵⁶ Burada, söz konusu vakıadan lehine hak çıkaran taraf davalıdır (Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1697). Ölümün başka bir sebepten kaynaklandığını ispat yükü, bunu ileri süren davalıdadır (Umar/Yılmaz, s. 117). “[...] doğum ve ölümün, öncelikle nüfus sicilindeki kayıtlarla, nüfus sicilinde bir kayıt yoksa veya bulunan kaydın doğru olmadığı anlaşılırsa, her türlü delille kanıtlanabilmesi mümkündür [...]” (7. HD, 12.12.2012, 8242/9183 (Kazancı İçtihat Bankası)). “[...] Ölümün işçinin gördüğü iş sırasında yavaş yavaş zehirlenmesi suretiyle meydana geldiği asıl olmasına göre, bunun aksini iddia eden davalı işverenin iddiasını isbatla yükümlü olduğu ortadadır [...]” (10. HD 16.09.1975, 2547/4706 (İKİD 1975/178 s. 3799-3800)). “[...] Kusursuz sorumlulukta olduğu gibi kusur sorumluluğunda da illiyet bağı; mücbir sebep, zarar görenin ve üçüncü kişinin ağır kusuru nedenleriyle kesilebilir.

Emare yoluyla ispat ile ilk görünüş ispatı, dolaylı ispatın türleridir.⁵⁷ Emare ispatında uygulanacak hukuk kuralındaki koşul vakıaya yabancı komşu vakıaların ispatlanması yoluyla, hayat tecrübesi kurallarına dayanılarak, hukukî sonuç bakımından önem taşıyan vakıalar ispatlanmış sayılır.⁵⁸ Emare ispatı bir dolaylı ispat olduğundan, komşu vakıaların ispatı ile asıl vakıalar hakkında hâkimde bir kanaat oluşturulmaya çalışılır. Taraflar, komşu vakıaların gerçekleştiğini ispat ederlerse, hâkim, bu vakıalara dayanarak, asıl ispatı gereken vakıanın da büyük ihtimalle gerçekleştiğine karar verebilir. Emare ispatında, komşu vakılardan, hayat tecrübesi ve mantık kuralları çerçevesinde somut vakıa hakkında bir sonuç çıkarılmaya çalışılır. Fiilî karine de temeli itibarıyla bir emare ispatıdır. Ancak fiilî karine yoluyla ispatta, tek bir emare vakıayla sonuca ulaşılmaktadır. Oysa emare yoluyla ispatta asıl ispat edilmek istenen vakıaya komşu birden fazla vakıa ispat edilmek suretiyle ispata muhtaç koşul vakıa hakkında hâkimde bir kanaat uyandırılmaya çalışılır. Örneğin, sigortalı (S) deponunun iki zıt ucunda yer alan kimyasalların deprem anında hareket ederek birbirlerine çarpma suretiyle karıştığını ve ortaya çıkan kimyasal reaksiyon sonucunda deponun yandığını ileri sürerek sigortadan tazminat talep etmiştir. Yapılan incelemede, sigortalının beyanlarına göre deponun iki zıt ucunda saklanan kimyasalların depremin etkisiyle orta noktada çarpışarak karışmalarının çok düşük bir ihtimal olduğu matematiksel olarak ortaya konmuş, ayrıca ortaya çıkan kimyasal reaksiyon dolayısıyla maddelerin yanma hızı incelendiğinde yangının deprem olduktan iki saat sonra başladığının daha muhtemel olduğu ve depoda depremden kaynaklı herhangi başka bir zarar bulunmadığı, kimyasalların içinde yer aldıkları varillerin yerde sürüklendiğine ilişkin zeminde bir iz bulunmadığı durumunda, sigortalının sigorta tazminatını almak için yangını depremden sonra kasten çıkardığı tüm bu komşu vakıaların ortaya konması sonucunda emare yoluyla ispat edilmiş sayılır.

Uygun illiyet bağının kesildiğinin ispatı halinde, işverenin sorumluluğuna gidilmesi mümkün değildir [...]” HGK, 20.03.2013 21-1121/386 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi)). Aynı yönde bkz. HGK, 11.10.2022, 21-15/1276 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁵⁷ İlk görünüş ispatını kuvvetli emare ispatı olarak da tanımlamak mümkündür (Oğuz Atalay, “Emare İspatı”, *Manisa Barosu Dergisi*, S. 70, Y. 1999, s. 13).

⁵⁸ Pekcanitez/Atalay/Özeken, s. 363; Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1620; Atalay, Emare İspat, s. 10; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 489; Tanrıver, s. 852; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 411; Topuz, s. 34; Ahmet Başözen, *Medenî Usûl Hukukunda İlk Görünüş İspatı*, Ankara 2010, s. 58.

İlk görünüş ispatı, Kara Avrupası hukuk sistemine daha çok Anglo-Amerikan hukuk sisteminin etkisiyle girmiş bir kavramdır.⁵⁹ İlk görünüş ispatının esası, nitelikli (kuvvetli) bir emare ispatına dayanmaktadır. İlk görünüş ispatında, emare ispatından farklı olarak, olayların tipik akışı, ilk bakışta belirli bir kanaat oluşmasına imkân tanımaktadır. Hâkim, genel hayat tecrübesi kurallarına, işin mutad cereyanına ve mantık kurallarına uygun olarak ve serbest takdir gereğince, somut bir olaydaki vakıayı ispat edilmiş olarak kabul eder. İlk görünüş ispatı, hayat tecrübelerine, özellikle de tipik hayat akışına göre, bir vakıa iddiasının ancak öyle gerçekleşmiş olabileceğini ve ilk görüldüğü şeklinin kabulünü esas alır. İlk görünüş ispatı, tecrübe kurallarına dayandırılan tipik hayat olayının unsurlarının bulunmasından hareketle, somut olayda da aynı ispat sonucuna doğrudan ulaşılması gerektiği kabulüne dayanmaktadır. İlk görünüş ispatı, yüksek tecrübe kurallarının varlığını gerektirir. Örneğin, (X) mahallesinde toplamda yüz binadan sadece beş tanesi meydana gelen depremde yıkılmıştır. Bu beş binanın tamamı müteahhit (M) tarafından inşa edilmiştir. Söz konusu mahâlde başka bir zayıat yaşanmamıştır. Bu durumda yıkılan binalardan örnek alınamadığı için (örneğin, enkaz kaldırılmıştır) binaların imar mevzuatına uygun şekilde yapılıp yapılamadığı incelenememiş olsa bile, aynı zemin üzerindeki diğer hiçbir binada herhangi bir yıkılma ve zayıat söz konusu olmadığı hâlde (M)'nin yaptığı (A) apartmanının yıkılması ve ayrıca sadece (M) tarafından yapılan binaların yıkılması, binaların depreme dayanıklı olmadığı ve deprem mevzuatına uygun şekilde inşa edilmediği yönünde çok kuvvetli bir emare teşkil eder. Talepte bulunan davacı, mahâldeki diğer binaların sağlam olduğunu, kendisinin oturduğu (A) apartmanının yıkıldığını ve ayrıca yine (M) tarafından yapılan diğer tüm binaların da yıkıldığını ortaya koyarak ilk görünüş ispatı yoluyla imar mevzuatına aykırılığı ispat edebilir.

Bu sebeple, davacı o vakıayı doğrudan ispat edemiyorsa yan, komşu vakıalarla, yani dolaylı ispat üzerinden ispat mümkündür. Şüphesiz bu dolaylı ispat faaliyetine karşı diğer tarafın da kendisi aksini ispat edebilir. Nitekim bu durum kanunda, karine ispatına karşı, diğer tarafın da aksini ispat faaliyetini gerçekleştirmesi mümkündür

⁵⁹ Başözen, s. 20 vd.; Umar, s. 585-586; Tanrıver, s. 853-854.

şeklinde düzenlenmiştir (HMK m. 190/2). Örneğin, yukarıda verilen farklı örneklerde davacı zarar görenlerin, davalı kamu kurumları, mühendis, müteahhit, denetim sorumlusu gibi kişilerin sorumluluğunu dolaylı ispatla ispat etmesi karşısında, davalıların da aslında binanın hem hukukî hem de teknik yönden gereklere uygun yapıldığını ispat etmeleri veya bina içinde kaçak yapılaşma olduğunu, ek yük bindirildiği, kolonların kesildiğini ispatıyla sorumluluktan kurtulmaları mümkündür.

4. Delil Türleri Bakımından Değerlendirme

İspatın konusunu tarafların üzerinde anlayamadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturur ve bu vakıaların ispatı için delil gösterilir (HMK m. 187). Hukukumuzda kesin delillerle ispat, genel olarak hukukî işlemler hakkında kabul edilmemiştir (HMK m. 200 vd.). Hukukî işlem, bir kişinin hukuk düzeninin sınırları içinde hukukî sonuç doğurmaya, yani bir hakkı veya hukukî ilişkiyi kurmaya, değiştirmeye ya da ortadan kaldırmaya yönelmiş irade açıklamasıdır.⁶⁰ Hukukî işlemler dışında hukukî fiiller, keza kesin delille ispatın istisnalarına giren durumlar takdiri delillerle ispatlanabilir.⁶¹ Deprem gibi bir doğal afette ortaya çıkacak çoğu uyuşmazlıkta, sorumluluğun kaynağı çoğunlukla hukukî bir işlem değildir. Sorumluluk hukukî olaydan, hukukî fiilden, kanundan vb. kaynaklanmaktadır. Taraflar arasındaki hukukî ilişkilerin haksız fiil temelli olması kuvvetle muhtemeldir. Maddî hukuktan doğan koşul vakıalar, bu gibi durumlarda hukukî bir işleme dayalı değildir. Örneğin, haksız fiilde zarar görenin zararı, kusuru ve zararla kusur arasındaki illiyet bağıını ispat etmesi gerekir. Zarar ve kusurun senetle ispatı kural olarak mümkün değildir. Zira kusurlu bir davranış nedeniyle kişinin malvarlığında bir azalma meydana gelmesi veya pasiflerinin artması, fiilî bir durumdur. Aynı şekilde kusur, kişinin hukuk düzeni tarafından kınanan davranışı olarak tanımlandığından,⁶² fiilî bir durum söz konusudur.

⁶⁰ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 27. Bası, Ankara 2022, s. 166-167.

⁶¹ Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1737; Kuru/Aydın, El Kitabı, s. 648, 760; Tanrıver, s. 912, 940, 945-946; Çiftçi, 371, 786.

⁶² Eren, s. 653; M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II, 16. Bası, İstanbul 2021, s. 58.

Bu noktada zarar ile kusur arasındaki illiyet bağı üzerinde de durulması gerekir. Yaşanan depremin büyüklüğünün ve şiddetinin beklenenin üzerinde olması veya istatistiksel olarak bakıldığında Gaziantep'te meydana gelen 7.7 büyüklüğündeki depremden dokuz saat sonra Kahramanmaraş'ta 7.6 büyüklüğündeki başka bir depremin meydana gelerek Richter ölçeğiyle 7 büyüklüğünün üzerinde iki ayrı depremin arka arkaya gerçekleşmesi ihtimalinin çok düşük olması da tek başına meydana gelen zarar ile kusur arasındaki illiyet bağı ortadan kaldırmak için yeterli değildir. Zira bu bölgelerin deprem kuşağında yer aldığı bilinen bir gerçektir. Tümüyle beklenmeyen ve umulmayan bir hâl olmayıp, aksine bu depremlerden kısa süre sayılacak zaman diliminden önce ilgili bilimsel çalışmalar yapılmış, hatta resmî raporlar ortaya çıkmıştır. Danıştay'ın hizmet kusuruna ilişkin içtihadında da ifade ettiği üzere depremin yanı sıra meydana gelen zararda ayrıca bir kusur da söz konusuysa, depremin mücbir sebep olarak fiil ile zarar arasındaki illiyet bağı kestığının peşinen kabulü mümkün değildir.⁶³

Taraflar arasında sözleşmesel bir ilişkisi söz konusu olduğu hâllerde de (örneğin, bir eser sözleşmesinin varlığı hâlinde) depremde zarar gören ya da yıkılan binanın sözleşmeye aykırı şekilde inşa edildiği ya da hasarlanmasına gizli bir ayıbın neden olduğu ileri sürüldüğünde, bu hususların kesin delille değil, takdiri delille ispat edilmesi mümkündür. Zira gizli ayıp veya sözleşmeye aykırılık birer fiilî duruma ilişkin vakıalar olduğundan, bunların senetle ispatı söz konusu olmaz.

Bu tür açılacak hukuk davalarında ispat çoğunlukla takdiri delillerle, her türlü delille olabilecek niteliktedir. Çünkü, burada senetle, kesin delille ispattan (HMK m. 199 vd.) daha çok, takdiri delille ispatın

⁶³ “Deprem kuşağında yer alan bölgede, deprem gerçeğinin bir veri alınması suretiyle yerleşmelerle ilgili alanların belirlenmesi, bu alanlardaki yapılaşmaya ilişkin kararların alınması, uygulanması ve denetlenmesiyle ilgili idari faaliyetlerin bütünündeki olumsuzluklardan oluşan idarenin “olumsuz eyleminin” bulunması durumunda, depremin mücbir sebep olarak değerlendirilerek zararlar illiyet bağı kestğini kabule olanak bulunmamaktadır. Bu durumda, Mahkemece uğranıldığı ileri sürülen zararın oluşumunda idarenin hizmet kusuru bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi sonucu bir karar verilmesi gerekirken depremin mücbir sebep kabul edilerek zararlar idari faaliyet arasındaki nedensellik bağının ortadan kalktığı gerekçesiyle davanın reddi yolundaki kararda isabet görülmemiştir.” 11. D., 29.06.2007, 1353/6248 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

şartları mevcuttur. O sebeple salt belgeye dayalı bir ispat sınırlaması söz konusu olmayacaktır. Delil olarak, tanık, keşif, özellikle bilirkişi yanında, kanunda açıkça belirtilmeyen deliller ve ses, görüntü kaydı, ilgili hususu ispata elverişli her türlü belge kullanılabilir. Meydana gelen can ve mal zararlarına ilişkin gerek hukukî işlem temelli, gerekse haksız fiil temelli davalarda söz konusu taşınmazda keşif yapılarak, mümkünse binadan (enkazdan) ve topraktan alınacak örneklerin inşaat ve jeoloji mühendisliği gibi ilgili alanlarda uzman bilirkişileri de içeren bilirkişi heyetine incelettirilerek, güvenlik kamerası, MOBESE görüntüleri gibi zararın meydana geldiği ana ait görüntü ve ses kayıtlarının diğer delillerle birlikte değerlendirilmesi sonucunda bir kanaate varılmalıdır.

Takdiri deliller koşulları ve hükümlerini Kanun'un tâyin etmediği deliller olduğundan, hâkim bu delillerle bağlı olmayıp, bunları serbestçe takdir eder.⁶⁴ Dolayısıyla somut uyuşmazlıkla yargılama içerisindeki delil durumu değerlendirilerek, ileri sürülen vakialara ilişkin delil ikame yükünün hangi tarafta olduğu hâkim tarafından hassas bir şekilde tartılmalıdır.

SONUÇ

İnsan hayatı içerisinde gerçekleşen neredeyse her olayın aynı zamanda doğrudan veya dolaylı hukukî boyutu bulunmaktadır. İnsanın mutluluk anlarında olduğu gibi, en kötü anları da hukukta yansımalarını bulmaktadır. Bu olumsuzlukların kaynağı doğal olaylar, insan dışı faktörler, insanın işlem ve eylemleri ya da bunların tümü olabilir. Hukukta sorumluluğun kaynağı temelde ya bir olay ya bir fiil veya işlemdir. Bunların hukuk alanında sonuçları olunca, hukukî olay, hukukî fiil ve hukukî işlem olarak karşımıza çıkmaktadır.

Doğal felâketler, doğal bir olay ve hukuka yansıyan yönüyle de bir hukukî olaydır. Doğal felâketler, örneğin deprem, su baskını bir sigorta sorunun kaynağı olabileceği gibi, buna bağlı, bununla birlikte insan eylem ve işlemleri de ayrıca sorumluluk kaynağı olabilecektir. Örneğin, depremin kendisi bir doğal olay olsa da hukukun esas aldığı normal, makul, orta zekâlı ve orta ahlâktaki bir insanın bu doğa ola-

⁶⁴ Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1737; Kuru/Aydın, El Kitabı, 649; Tanrıver, s. 911-912; Umar, 569, 611, 715; Çiftçi, 462.

yı ile ilişkisi, bu ortalama insan tipolojisinin bu durum karşısındaki durumu, davranışı onun da sorumluluğunu belirleyecektir. Örneğin, bir bina nasıl yapılması gerekiyorsa teknik ve hukukî çerçevesi belirlidir, buna uymayan, deprem karşısında yıkılan bina sebebiyle bunun sonuçlarına katlanacaktır; yine buna izin veren, denetleyen ya da bu binayı satan, kullanırken binaya zarar verenlerin de farklı sorumlulukları olacaktır. Sorumluluğun hukuk, ceza, idare hukuku gibi alanlarda farklı yansımaları söz konusudur. Şüphesiz her sorumluluğun bir uyumsuzluğa, her uyumsuzluğun bir yargılamaya dönüşmesi yüksek ihtimaldir. Bu uyumsuzlukların kamusal yönü ve özel hukuk yönü olacaktır. Biz bu çalışmada uyumsuzlukların özellikle medenî usûl hukuku alanında doğuracağı sorunları ve sorunlara yönelik yine usûl hukuku kapsamındaki çözümleri ortaya koymaya çalıştık.

Medenî usûl hukuku alanında farklı felâket durumlarına ilişkin bazı özel düzenlemeler gerekse de esasen çoğu yargılama sorununun yine medenî usûlün kendi kurum ve kuralları içinde çözümü vardır. Bu çerçevede ulaştığımız temel sonuçları burada özetlemeye çalışırsak:

1. Öncelikle belirtmek gerekir ki somut olarak gerçekleşen Kahramanmaraş merkezli deprem ve genel olarak da buna benzer felâketler birçok yönden temel haklarla bağlantılı sorunları içermektedir. Yaşam hakkı, mülkiyet hakkı, insan onuru gibi temel hak bağlantılı sorunlar yanında, konumuz bakımından da etkin hukukî koruma, adalete erişim ve adil yargılanma sorunları yönünden ciddi bir potansiyel mevcuttur. Bu durumlarda ve önümüzdeki dönemde somut olarak farklı açılardan bireysel başvuru sorunu da ortaya çıkacaktır.
2. Ortaya çıkacak uyumsuzluklar ve yargılamalar bakımından yargılama ilkeleri gereği gibi uygulanır, yargı organizasyonu bu soruna uygun işler, yargılamayla ilgili gerekli tedbirler alınırsa bu sorunların aşılması daha kolay olacaktır. Bu noktada diğer yargılama ilkeleri yanında, özellikle sosyal usûl yaklaşımının dikkatle ele alınması ve farklı açılardan uygulanması hem sorunların çözümünü kolaylaştıracaktır hem de birçok açıdan gerekli ve zorunludur. Bu konuda gerekli düzenlemeler de mevcuttur. Örneğin, adli yardım, ispat kolaylıkları, ispat hakkının sağladığı imkânlar, dava türleri çerçevesinde yararlanılacak başvuru yolları bu kapsamdadır.

3. Bu tür sorunların çözümünü kolaylaştırmak bakımından önceden hazırlıklı olunması ve nasıl davranılacağına bilinmesi yargı ve adalet mekanizması bakımından da önemlidir. Bu sebeple, daha önce de farklı şekillerde ısrarla üzerinde durduğumuz, konuyla ilgili kanun önerileri sunduğumuz üzere, fevkalade hallerde yargılamalar ve adli işlemlerin yürütülmesi bakımından çerçeve bir düzenleme yapılması uygun olacaktır. Bu tür felâket durumlarında, o olayın özelliklerine ilişkin ek düzenlemelerle birlikte uygulamaya konulacak bu çerçeve düzenleme, önceden nasıl davranılacağına bilinmesi ve hazırlık olunması bakımından önemli bir katkı sağlayacaktır. Aksi halde bu felâket hallerine ilişkin her olaya özgü geçici birtakım düzenlemeler yapılması, bir yandan sorun çözmeye çalışırken, diğer yandan da acele üretilen bu çözümler yetersiz kalmakta, hatta bazen öngörülemeyecek sorunlara yol açabilmektedir. Kahramanmaraş merkezli deprem için kabul edilen 120 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, hak kayıplarının önüne geçmek için maddî hukuk, yargılama hukuku ve takip hukukuna ilişkin süreleri, bu kapsamda takipleri ve takip işlemlerinin yapılmasını durdurmuştur. Bir yönüyle yararlı olan bu düzenleme kendi içinde bazı eksiklikler ve sorunları da barındırmaktadır. Soruna tam olarak çözüm üretememiştir, ayrıca zaten kısa süreli ve sonuca etkili olmayan çözümler getirmiştir.
4. Bu şekilde oluşan felâket durumlarından yargı organları da işlemez hale gelebilecektir. Bunun sonucu olarak mahkemelere ilişkin bazı görev ve yetki sorunlarıyla karşılaşılabilir. Böyle durumlarda, sonradan o olaya özgü yeni mahkemeler kurulması tartışması yapılsa da bu durum tabii hâkim ilkesine aykırı olacaktır. Ancak gerek HMK gerekse mahkeme teşkilâtına ilişkin düzenlemelerde hem geçici olarak yargılama organlarının oluşumu, hâkimlerin atanması hem de ortaya çıkacak iş yükünü karşılamaya yönelik yeterli düzenleme ve hukukî alt yapı mevcuttur. Bunların etkin ve doğru şekilde uygulanması halinde bu sorunlar kısa sürede çözülebilir. Burada uyuşmazlıkların çözümü bakımından arabuluculuk ve benzeri yöntemler akla gelebilse de bu uyuşmazlıkların ağırlıklı karakteri arabuluculuk kapsamı dışında kalmaktadır. Ayrıca son yıllarda sık sık yapıldığı üzere, bu tür durumları adeta arabuluculuk piyasası için bir fırsat olarak görmek adil ve ahlâkî değildir, başka sorunlara da kapı aralayacaktır.

5. Doğal afet ve felâket durumlarında bazı dava türlerinin ağırlık kazanması mümkündür ve bunların uygulanması hak aramayı, uyuşmazlıkların çözümünü kolaylaştıracaktır. Bu tür felâket durumları birçok kişiyi ilgilendirdiğinden, birçok kişinin zarar görmesi sonucunu doğurduğundan, bu kişilerin tek tek dava açması hem zor hem masraflı hem de farklı kararların çıkması ihtimali sebebiyle istenmeyen neticeleri olacaktır. Ayrıca iş yükünü artırıcı yönü bulunmaktadır. O sebeple HMK'da düzenlenen topluluk davasının uygulanması gündemde tutulmalı, kullanılmalı, şartları varsa bu davaların açılması güçleştirilmemeli, bilakis içtihat yoluyla önü açılmalıdır. Şüphesiz hukukumuzda bu davalar doğrudan bireysel zararlara yönelik olmayacaktır. Ancak, topluluk davalarında elde edilecek sonuçlar hem iş yükünü azaltacak hem de kişilerin açacakları tazminat davalarında yargılamayı kolaylaştırıp kısaltacaktır. Bu tür durumlarda birden fazla alacak ve tazminat kalemi ortaya çıkabilir. Bunların tümünün baştan tam olarak tespiti ve buna göre dava açılması mümkün olmayabilir. O sebeple, özellikle belirsiz alacak davasının birçok durumda gündeme gelmesi ve özel uygulaması karşımıza çıkacaktır. Yine tespit davası, kısmî dava, dava yığılması halleri de özellikle uygulama alanı bulacaktır. Bunların her birinin bu durumlara özgü uygulamaları söz konusu olacaktır.
6. Bu davalarda ve yargılamalarda ortaya çıkması muhtemel bir sorun da taraflar ve taraf kavramı ile ilgili sorunlardır. Davalarda ve taleplerde yığılma olduğu gibi, taraflarda da yığılma (yani dava arkadaşlığı) durumları tartışılacaktır. Yine müdahale ve ihbar kurumlarının uygulaması ortaya çıkacaktır. Bu noktada özellikle tarafların eksik ve yanlış gösterilmesi ihtimali karşısında, olayın özelliği de dikkate alınarak tarafta iradî değişiklik kurumunun doğru ve kanunun tanıdığı esneklik içinde uygulanması önemlidir.
7. Sosyal usûl uygulaması, adalete erişim ve adil yargılanmayla da bağlantı içinde adli yardım kurumunun bu durumlarda uygulama alanı artmaktadır. Çünkü, büyük bir can ve mal kaybına uğrayan insanların hak ararken yeterli imkâna sahip olamayacakları açıktır. Bu konuda bir yandan HMK'nın adli yardıma ilişkin hükümleri diğer yandan da 4539 sayılı Kanun hükümleri devreye

girecektir. Keza Avukatlık Kanunu'ndaki barolar üzerinden yürütülen adli yardım kurumu da burada dikkate alınacaktır. Burada en önemli sorun, uygulamamızın adli yardım konusundaki sınırlı anlayışının aşılması sorunudur. Olayın özelliği dikkate alınarak, deyim yerindeyse işi yokuşa sürmeden gerekli kolaylık sağlanmalıdır. Buna ilişkin hukukî zemin vardır. Keza adli yardım esasen geçici bir muafiyet sağlamaktadır. Bu sebeple de, şayet hak arayanlar, sonunda haksız çıkarlarsa bu yargılama giderlerinin kendilerinden alınmaması yönündeki hükümler uygulanmalıdır.

8. Özellikle deprem gibi doğal felâket ve buna bağlı hukukî sorunlar kapsamında önemli bir konu da geçici hukukî koruma meselesidir. Hakların korunmasına yönelik ihtiyatî tedbirlerin ve diğer geçici hukukî korumaların gerektiği gibi ve zamanında alınması aciliyet taşıyan bir konudur. Bu tür durumlarda, geçici hukukî korumalar için aranan aciliyet, telafisi güç zarar, asıl hakkın şimdiden korunması şartları çoğunlukla gerçekleşmekte, somutlaşmaktadır. Ancak en önemli husus, ilerde açılacak davalar bakımından önem taşıyan delillerin kaybolmadan toplanması ve tespittir. O sebeple delil tespiti uygulaması özellikle önemli hale gelmektedir. Burada açılacak davalarda ileri sürülen vakıaların esasen her türlü delille ispatı mümkün olduğundan, elde edilebilecek her delil ve bu delillerin farklı şekillerde elde edilmesi nihaî olarak ilerde davalarda kullanılabilir. Şüphesiz en öncelikle normal delil tespiti yöntemiyle elde edilen deliller önemlidir. Ancak bu mümkün olmasa dahi, buralar aynı zamanda birer suç mahalli sayılacağından savcılıklar eliyle toplanan deliller, kamu kurumlarının ellerindeki bilgi ve belgeler, barolar ve avukatların Avukatlık Kanunu kapsamında elde ettikleri deliller, yine uzman görüşü kapsamında teknik ve hukukî raporların tümü, ilerde açılacak davalarda delil olarak kullanılabilir. Bu konuda mağdur olan ve zarar görenlerden çok, davalı tarafta yer alacak kurum ve kişilerin delil ikame yükünü taşıması sebebiyle, yargılamalar bu anlamda doğru yapılırsa dava açanların önemli hak kaybı da olmayacaktır. Çünkü, delil eksiklikleri çoğu durumda davacıların değil, davalıların aleyhine sonuç doğuracaktır.
9. Delil tespiti ile de bağlantı içinde bu tür davalarda ispat ve deliller özel bir duruma sahiptir. Öncelikle bu davaların niteliği gereği,

önemli ve ağırlıklı kısmı kesin delille değil, takdiri delille ispata elverişli davalardır; bu sebeple her türlü delille ispat mümkün olabilecek, delil sınırlamaları karşımıza çıkmayacaktır. Bu davalarda ispat ve delil hakkının doğru kullanımı önemlidir. Kişilerin ispat hakkını gereği gibi kullanmasına, ispatla ilgili kavramların doğru uygulanmasına önem verilmelidir. Örneğin, ispatı yükü, “müddei iddiasını ispatla mükelleftir” gibi medenî usûl hukukunda tam karşılığı olmayan gayrihukuki bir ispat yükü anlayışına dayandırılmamalıdır. Zira, medenî usûl hukukunda ispat yükü, bir vakianın ispatsız kalması rizikosuna kimin katlanacağını belirler ve vakıayı kimin iddia ettiğinden çok, kimin o vakianın sonucundan lehine hak çıkardığı ile ilgilendirir. Bundan dolayı, ispat yükü her zaman dava açan zarar görenler üzerinde olmayacaktır. Her ne kadar dava açanlar, temel iddia ve somutlaştırma yükü altında olsalar da bazı konularda özellikle somutlaştırma yükü davalılar üzerinde olacaktır. Yine bu tür davalarda ispat yükünü davacının taşıdığı birçok durumda dahi, delil ikame yükü çoğunlukla davalılar üzerinde olacak, bu yük yerine getirilemediğinden de davalılar aleyhine karar verilebilecektir. Bu davalarda, ispat ölçüsü olarak her zaman tam ispat mümkün olmayabilir, bu durumlarda yaklaşık ispat üzerinden karar verilebilecektir. Yine olayın özelliği gereği, doğrudan ispat mümkün değilse, karine, emare, ilk görünüş ispatı gibi dolaylı ispat yöntemleri ve bunlara ilişkin kurallar işletilebilir.

10. Ortaya çıkan bu tür olağanüstü durumlardaki uyuşmazlıkların da yargılama hukuku içinde çaresi ve çözüm yolu, çıkış yolu vardır. Umuyoruz ki, yargıda da gereksiz işlemler, bilgisizlik, ilgisizlik, kapris, temel hukukî kurumların tahrip ve tahrifiyle bu sorunlar çıkmaza sokulmaz, bu deprem altında yargı da kalmaz. Umuyoruz ki, bu deprem, yargımızın da hukuk ve vicdan konusunda bir uyanışı olur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve usûl hükümlerinde buna yol vardır, imkân vardır, çare vardır. Yeter ki uygulansın, yeter ki istensin, yeter ki ehliyet, liyakat, hukuk ve adalet öncelensin. Yoksa, “*si a jure discedas vagus eris, et erunt omnia omnibus incerta*” (hukuktan uzaklaşırsan yolunu şaşırırsın, bundan sonra herkes için her şey belirsiz hâle gelir). Bu hâle gelmesin, bütün çabamız budur!...

Kaynakça

Kitaplar

- Alangoya Yavuz, Medenî Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979.
- Aktepe Artık Sezin, Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılama Hakkı, Ankara 2014.
- Arslan Ramazan, Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989.
- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema/Hanağası Emel, Medenî Usul Hukuku, 7. Bası, Ankara 2021.
- Aslan Ali Çetin, Medenî Usûl Hukukunda Görev, İstanbul 2022.
- Atalay Oğuz, Medenî Usûl Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001.
- Atalay Oğuz, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017.
- Atalay Oğuz, Medenî Usûl Hukukunda Adli Yardım, Ankara 1986.
- Atalı Murat/Ermenek İbrahim/Erdoğan Ersin, Medenî Usûl Hukuku, 5. Bası, Ankara 2022.
- Atalı Murat/Ermenek İbrahim/Ünal Kaya Hilal, Yargı Örgütü, 5. Bası, Ankara 2022.
- Başar Mükerrerem Onur, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Makul Sürede Yargılanma Hakkı, İstanbul 2011.
- Başözen Ahmet, Medenî Usûl Hukukunda İlk Görünüş İspatı, Ankara 2010.
- Baumbach Adolf/Lauterbach Wolfgang/Albers Jan/Hartmann Peter, Beck'scher Kurzkomentar - ZPO, 76. Aufl., München 2018.
- Berger Christian, ua., Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung Bd. IV, 22. Aufl., Tübingen 2008.
- Bork Reinhard/Roth Herbert, Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung Bd. I, 23. Aufl., Tübingen 2014.
- Çelik Abdullah, Bireysel Başvuru Kapsamında "Adli Yardım", Bireysel Başvuru İncelemeleri, Ankara 2013, s. 87-114.
- Çiftçi Pınar, Medenî Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları, Ankara 2018.
- Direnisa Efe, Medenî Yargılamada Ön İnceleme Aşaması, İstanbul 2021.
- Elyıldırım Hasan, Hukuk Yargılamasında Uzman Görüşü (Özel Bilirkişi), Ankara 2021.
- Erdönmez Güray, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 27. Bası, Ankara 2022.
- Görgün Şanal/Börü Levet/Kodakoğlu Mehmet, Medenî Usûl Hukuku, 11. Bası, Ankara 2022.
- İnceoğlu Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 4. Bası, İstanbul 2013.
- Kern Christoph/Diehm Dirk, Berliner Kommentar ZPO, Berlin 2017.
- Kılınç Ayşe, Medenî Usûl Hukukunda Adli Yardım, Ankara 2013.

- Konuralp Haluk, *Medenî Usûl Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*, Ankara 2009.
- Kuru Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6. Bası, C. V, İstanbul 2001 (Şerh).
- Kuru Baki/Aydın Burak, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı*, C. I, 2. Bası Ankara 2021.
- Kuru Baki/Aydın Burak, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 7. Bası, Ankara 2022.
- Meriç Nedim, *Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi*, Ankara 2011.
- Oğuzman M. Kemal/Öz Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II*, 16. Bası, İstanbul 2021.
- Özekes Muhammet, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. Bası, İstanbul 2017.
- Özekes Muhammet, *Medenî Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı*, Ankara 2003 (*Hukukî Dinlenilme Hakkı*).
- Pekcanitez Hakan, *Belirsiz Alacak Davası*, Ankara 2011.
- Pekcanitez Hakan, *Mukayeseli Hukukta Medenî Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikâyeti*, *Makalelerim C. I*, İstanbul 2016, s. 211-239.
- Pekcanitez Hakan, *Pekcanitez Medenî Usûl Hukuku C. I*, 15. Bası, İstanbul 2017 (*Pekcanitez Usûl C. I*).
- Pekcanitez Hakan, *Pekcanitez Medenî Usûl Hukuku C. II*, 15. Bası, İstanbul 2017 (*Pekcanitez Usûl C. II*).
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, *Medenî Usûl Hukuku*, 10. Bası, İstanbul 2022.
- Prütting Hanns/Gehrlein Markus, *Zivilprozessordnung - Kommentar*, 12. Aufl., Hürth 2020.
- Simil Cemil, *Belirsiz Alacak Davası*, İstanbul 2013.
- Tahiroğlu Fatih, *Medenî Usûl Hukukunda Re'sen Araştırma İlkesi*, İstanbul 2021.
- Tanrıver Süha, *Medenî Usûl Hukuku*, C. I, 4. Bası, Ankara 2021.
- Taş Korkmaz Hülya, *Medenî Usûl Hukukunda İradî Taraf Değişikliği*, Ankara 2014.
- Taşpolat Tuğsavul Melis, *Kolektif Hukuki Yarar Çerçevesinde Topluluk Davaları*, İstanbul 2016.
- Topuz Gökçen, *Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat*, Ankara 2012.
- Umar Bilge, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Bası, Ankara 2014.
- Umar Bilge/Yılmaz Ejder, *İsbat Yükü*, 2. Bası, İstanbul 1980.
- Yardımcı Taner Emre, *Hukuk Yargılama Somutlaştırma Yükü*, İstanbul 2017.
- Wieczorek Bernhard/Schütze Rolf A., *Zivilprozessordnung und Nebengesetze - Großkommentar Bd. I Teilbd. 2, 4. Aufl.*, Berlin/München/Boston 2015.
- Zimmermann Walter, *Zivilprozessordnung*, 10. Aufl., Bonn 2016.

Makaleler

- Akbal Mehmet, "Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım", *TBB D*, C. 93, Y. 2011, s. 147-173.
- Akkan Mine, "Medenî Usûl Hukukunda Etkin Hukukî Koruma", *MİHDER*, C. 3, S. 6, Y. 2007, s. 29-68.

- Antalya Gökhan, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 76 Düzenlemesi: 'Geçici Ödeme'", *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, C. 8, Y. 2013, Özel Sayı: Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, C. I, s. 185-200.
- Atalay Oğuz, "Emare İspatı", *Manisa Barosu Dergisi*, S. 70, Y. 1999, s. 7-22.
- Atalı Murat/Erdoğan Ersin, "Covid-19 Salgını Sebebiyle Yapılan Düzenlemelerin Medenî Usûl Hukuku Alanına Yansımaları", *COVID-19 Salgınının Hukukî Boyutu*, 2. Bası, İstanbul 2021, s. 25-60.
- Badur Emel, "Geçici Ödemeler", *THD*, C. 11, S. 114, Y. 2016, s. 14-25.
- Kaplan Mikail Bora, "Medenî Usûl Hukukunda Bilirkişi Raporu ile Uzman Görüşü Arasındaki Çelişkinin Giderilmesi", *TAÜHFD*, C. 4, S. 2, Y. 2022, s. 561.
- Kılıçoğlu Ahmet M., "Haksız Fiilde Müteselsil Sorumluluk ve Geçici Ödemeler", Symposium anlässlich des 80. Jahrestages des Inkrafttretens des Türkischen Zivilgesetzbuch, Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum, Ankara 2006, s. 163-182.
- Koçhisarlıoğlu Cengiz/Erişgin Özlem, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Haksız Fiiller", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul 2011, s. 1243-1271.
- Kuru Baki, "Medenî Usul Hukukunda Dava Sebebi", *AD*, S. 4, Y. 1967, s. 239-268.
- Özekes Muhammet, "Covid-19 Salgını Sebebiyle Özel Hukuk Alanında Yapılan Düzenlemelerin Doğurduğu Sorunlar Üzerine Tespitler ve Öneriler", *COVID-19 Salgınının Hukukî Boyutu*, 2. Bası, İstanbul 2021, s. 3-12.
- Özekes Muhammet, "7226 sayılı Kanun'un (ve İİK m. 330'un) Açık Hükümü ile Açık Yargıtay Kararlarına Rağmen Adalet Bakanlığı İcra İşleri Daire Başkanlığının Maaş Kesintilerine İlişkin Görüşü Hukuka, Kanuna ve Yargıtay İçtihatlarına Açıkça Aykırıdır", <<https://blog.lexpera.com.tr/adalet-bakanligi-icra-isleri-daire-baskanliginin-maas-kesintilerine-iliskin-gorusu-hukuka-aykiridir>> (Erişim: 22.02.2023).
- Özekes Muhammet, "FSEK'de İspata İlişkin 76. maddenin İspat Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi", *LFSHD*, S. 1, Y. 2005, s. 77-87.
- Özekes Muhammet/Seven Vural, "Fevkalâde Hâllerde Adalet Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Süreler Hakkında Kanun Önerisi", <<https://blog.lexpera.com.tr/fevkalade-hallerde-adalet-hizmetlerinin-yurutulmesi>> (Erişim: 22.02.2023)
- Özmumcu Seda, "Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re'sen Araştırma İlkesi", *SDÜHFD MİHBİR Özel Sayısı*, C. 4, S. 2, Y. 2014, s. 145-171.
- Pekcanitez Hakan, "Yargı Reformu Yapılmasını Gerektiren Nedenler", *Makaleler C. I*, İstanbul 2016, s. 195-210.
- Pekcanitez Hakan, "Medenî Yargıda Adil Yargılanma", *Makaleler C. I*, İstanbul 2016, s. 385-412.
- Sungurtekin Özkan, Meral, "Anayasanın Sosyal Hukuk Devleti İlkesi ve Medeni Yargılama Hukuku", *DEÜHFD*, C. 11, Özel Sayı, Y. 2010, s. 553-574.
- Tatlıdil Sıla, "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Makul Sürede Yargılanma Hakkı- Sürenin Aşılması ve Sonuçları", *TBBĐ*, C. 32, S. 143, Y. 2019, s. 9-49.
- Tanrıver Süha, "Tabii Hâkim İlkesi ve Medenî Yargı", *TBBĐ*, C. 25, S. 104, Y. 2013, s. 11-35.

ULUSLARARASI HUKUKUN ANAYASALLAŞMASI SÜRECİNDE AB ÖRNEĞİ

THE CASE OF THE EU IN THE PROCESS OF CONSTITUTIONALIZATION OF INTERNATIONAL LAW

A. Fusun ARSAVA*

Özet: AB’de anayasallaşma bir kerede ortaya çıkan durum olarak değil, devam eden dinamik bir süreç olarak değerlendirilmektedir. Bu sürece bir taraftan Avrupa yurttaşları değişik şekillerde, diğer taraftan da Avrupa Birliği ve organları anlaşmaların akdi ve değişiklikleri üzerinden katkı yapmaktadır. Bu nedenle AB’de anayasallaşma sürecinde karma bir anayasa yapıcı güçten söz edilmektedir. Makalede AB’de anayasallaşma sürecine esas olan karma karakter başlangıçtan günümüze dek dönemeç teşkil eden anlaşma değişiklikleri ışığında incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Pouvoir Constituant, AB Anayasa Tasarısı, AB Değerleri, Konvansiyon Çalışmaları, AB’de Meşruiyet Dayanağı

Abstract: Constitutionalization in the EU is evaluated as an ongoing dynamic process rather than a situation that emerges at once. On the one hand, European citizens contribute to this process in different ways, on the other hand, the European Union and its organs contribute to this process through adoption and amendment of treaties. For this reason, it is discussed that there is a mixed constitution-making power in the constitutionalization process in the EU. This article examines the mixed character, as the basis of the constitutionalization process in the EU, in the light of the treaty amendments that constitute a turning point from the beginning to the present.

Keywords: Pouvoir Constituant, EU Constitution Draft, EU Values, Convention Studies, Legitimacy Basis In The EU

* Prof. Dr., Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Kamu Hukuku Anabilim Dalı, fusun.arsava@atilim.edu.tr, ORCID: 0000-0003- 2275-7664, Makalenin Gönderim Tarihi: 15.02.2023, Kabul Tarihi: 10.03.2023

GİRİŞ

20. yüzyıldan 21. yüzyıla geçişte daha açık bir şekilde ortaya çıkan küreselleşme ve Avrupalılaşıma süreci devlet ve anayasa anlayışında değişime yol açmıştır. Devletlerin bu dönemde uluslararası sistemdeki ve Avrupa hukuk düzenindeki rollerinin önemli ölçüde değişikliğe uğradığı genel olarak kabul edilmektedir.¹ Devletlerin iş birliğine açık olması özellikle Avrupa'da devletleri uluslararası ve supranasyonal nitelikli değişik spesifik baskılara maruz bırakmaktadır.² Supranasyonal hukuk ve Uluslararası Hukuk düzeni devletlerin ulusal anayasalarının özünden çok şey almaktadır. Devletlerin iş birliği gereksinimi geleneksel ulusal görevlerin bu görevlerin yerine getirilebileceği uluslararası platformlara bırakılmasına neden olmaktadır.³

Devletlerin fonksiyon değişimi gerek uluslararası seviyede gerekse Avrupa'da bölgesel seviyede güçlü bir anayasallaşmanın yolunu açmıştır. Uluslararası Hukukta yoğun şekilde kurumsal olarak ve maddi hukuk itibarı ile Uluslararası Hukukun anayasal içeriğine dikkat çekilmektedir.⁴ Örneğin BM'nin kuvvet kullanma yasağı ve Güvenlik Konseyi'nin kuvvet kullanma tekeli Uluslararası Hukukun anayasal çerçevesi olarak nitelendirilmektedir,⁵ aynı şekilde insan hakları,⁶ ceza hukuku,⁷ çevre hukuku,⁸ deniz hukuku,⁹ uluslararası ekonomi hukuku alanlarında kısmi anayasal düzenlemeler mevcuttur.¹⁰ Uygun icra mekanizmalarıyla donatılmış objektif hukuk kuralları ve uluslararası camianın çıkarlarını dikkate alan sorumluluklar, emredici erga om-

¹ Stephan Hobe, "Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz", Veröffentlichungen des Walther-Schücking-Instituts für Internationales Recht an der Universität Kiel, Band 122, s.1 vd.

² Di Fabio, Udo, "Das Recht offener Staaten: Grundlinien einer Staats- und Rechtstheorie", Mohr-Siebeck, Tübingen 1998, s.1 vd.

³ Beate Kohler-Koch, "Regionen im Mehrebenensystem der EU, bkzn.: König/Rieger/Schmitt (Hrsg.), Das europäische Mehrebenensystem, 1996, s.203 vd.

⁴ Robert Uerpmann, "Internationales Verfassungsrecht", JZ 2001, s.565

⁵ Alfred Verdross/Bruno Simma, "Universelles Völkerrecht", 3.bası, 1984

⁶ Christian Walter, "Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozess", ZaöRV 49 (1999), s.961

⁷ Kai Ambros, "Der neue internationale Strafgerichtshof", NJW 1998, s.3743 vd.

⁸ Kerstin Odenthal, "Die Umweltpflichtigkeit der Souveränität", Schriften zum Umweltrecht, (Bd. 88), Duncker & Humblot(1998), s.1 vd.

⁹ A.Jochen Frowein, "Konstitutionalisierung des Völkerrechts", BDGVR 2000, s.427 vd.

¹⁰ Meinhard Hilf, "Die Konstitutionalisierung der Welthandelsordnung", BDGVR 2001, s.121

nes normların oluşumu Uluslararası Hukukta anayasal bir özün yavaş yavaş ortaya çıktığını ortaya koymaktadır.¹¹ Avrupa seviyesinde Brüksel'de Konvansiyon çalışmaları ile Avrupa anayasa tasarısının hazırlanması, kurucu anlaşmaların değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi tartışmaları Avrupa entegrasyonundan 50 yıl sonra AB sürecinin anayasallaşmasına hizmet etmiştir.

Anayasa kavramı günümüzde sadece devlete endeksli olarak anlaşılmamaktadır. Anayasa kavramı daha çok yoğun ilişki içinde olan bir grup devletin ortak bir çatı altında çalışmasını mümkün kılınması bağlamında kullanılmaktadır. Anayasa kavramının bu nedenle devletten soyutlandığı görülmektedir.¹² AB anayasasını hazırlayan kurulun konvansiyon olarak ifade edilmesi ABD anayasasını hazırlayan konvansiyon gibi bu kurulun da anayasa hazırlayan bir platform olmasına istinat ettirilmiştir.

I- AB anayasası hazırlığı çerçevesinde ortaya çıkan sorunlar

AB anayasasının koşulları ve yöntemi bağlamında ortaya çıkan sorunlar aşağıdaki şekilde sıralanmıştır:

1. Avrupa Birliği'nin bir anayasaya ihtiyacı var mıdır? Avrupa Birliği devlet olmadığı ve bir Avrupa halkı olmadığı halde AB'nin anayasal ehliyeti olabilir mi? Bu soruların cevabı bir AB anayasasının yapılmasının temel koşulları olarak kabul edilmiştir;
2. Brüksel Konvansiyonunun görevi nedir? AB anayasasını teorik olarak nasıl kategorize etmek gerekmektedir?
3. Konvansiyon modeli AB anayasası için nasıl bir şans vermektedir?

AB'nin konvansiyon çalışmaları öncesinde şekli anlamda bir anayasa olmasa da kurucu anlaşmaların bir anayasanın maddi hukuk içeriği itibariyle sahip olduğu özelliklere (örneğin, değerlere ve hedeflere, birey haklarına, kurumsal yapıya, yetkilere anayasal karakterli düzenlemelere) sahip olduğu kabul edilmektedir.¹³ Bu görüş doğru

¹¹ Stefan Kadelbach, "Zwingendes Völkerrecht", Schriften zum Völkerrecht, Bd.101, Duncker&Humblot, Berlin 1992, s.383 vd.

¹² Ingolf Pernice, "Europäisches und Nationales Verfassungsrecht", VVDStRL 60(2000), s.158 vd.

¹³ G.C. Rodriguez Iglesias, "Zur "Verfassung" der Europäischen Gemeinschaft",

olmakla beraber devletlere ilişkin kriterlerin Avrupa anayasası prosesine uyarlanarak geliştirilmesi supranasyonal örgütün gereksinimleri bakımından daha uygun görülmüştür. Avrupa entegrasyonunun devam eden bir süreç olduğunun gözden kaçırılmaması gerekmektedir.¹⁴ AB’de anayasallaşma süreci tek bir tasarrufla başlamamıştır. Bu nedenle AB’de anayasallaşma süreci devlet-anayasa ilişkisine ilişkin geleneksel “pouvoir constituant” teorisine (anayasa yapıcı güç) uymaktadır. 1952’den itibaren Avrupa seviyesinde ve ulusal seviyede atılan çeşitli adımlarla anayasallaşma süreci ortaya çıkmıştır.

AB’de anayasallaşma süreci 1952, 1957 tarihli Topluluk anlaşmalarıyla başlamış, 1986, 1992, 1997 ve 2007 tarihli anlaşma değişiklikleriyle devam etmiştir. Anayasallaşma konusunda sekonder hukuk ve AB Adalet Divanı içtihatları üzerinden yapılan katkılar da önemsenmek zorundadır. Kurucu anlaşmalar şüphesiz sekonder hukuk ihdasına esas olan düzenlemeleri ile, sekonder hukuk ise özellikle doğrudan geçerli tüzükler yoluyla (AT anl. 249 md. 3.fık.) normatif olarak kendine özgü bir Avrupa Hukuk düzenine dayanak oluşturmuştur. Ancak AB Adalet Divanı içtihatlarının özellikle effet utile prensibi ışığında spesifik şekillendirici gücü olmaksızın anayasal nitelikli bir Avrupa hukuk düzeninin yaratılması yine de teorik kalabilirdi. Bu çerçevede özellikle AB Hukukunun doğrudan uygulanmasıyla ilgili van Gend and Loos ve Topluluk hukukunun önceliğiyle ilgili Costa/Enel kararlarının göz ardı edilmemesi gerekmektedir.¹⁵ Topluluk Hukukunda temel hakların geçerliliği bağlamında ATAD’ın üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden kaynaklanan temel hakları ve AİHK standardını Topluluk Hukukunun genel hukuk ilkeleri olarak ilan eden kararları Avrupa Topluluklarında anayasallaşma sürecinde önemli bir dönemeç oluşturmuştur.¹⁶ Nihayet açık bir hukuk yaratma örneği teşkil eden Topluluk Hukuku yükümlülüklerinin ihlalinde üye devletlerin sorumluluğunu kabul ederek yaptırım eksikliğini dengeleyen Frankovich kararı anayasallaşma sürecine önemli katkı yapmış-

EuGRZ 1996, s.125 vd.

¹⁴ Stefan Oeter, “Europäische Integration als Konstitutionalisierungsprozess”, ZaöRV 59(1999), s.901

¹⁵ EuGH Rs.26/62, Slg.1963,1; EuGH Rs.6/64, Slg.1964, s.1251

¹⁶ Örneğin Stauder kararı (EuGH Rs.29/69, Slg.1969,419)

tır.¹⁷ Bugün AB üye devletlerde olduğu gibi hukuk devleti, demokrasi ve temel hakların korunması ilkelerine istinat etmektedir. Buna ilave olarak Topluluklar ve üye devletler arasında (subsidiarite prensibi -*yetki ikâmesi*- ve ölçülülük prensibi ile daraltılan) sınırlı yetki prensibi, yetki ayrılığı prensibi anayasal prensip olarak AB Hukuku seviyesinde saptanmıştır. Özgürlük, hukuk devleti, demokrasi, eşitlik, insan onuru değerlerine bağlılığın (6.md.) ve bu değerlerin ihlalinde söz konusu olacak yaptırım araçlarının (7.md.) düzenlendiği AB anlaşması hükümleri de anayasal karakterli normlar olarak kabul edilmektedir. Bütün bu örnekler Avrupa Anayasa düzeninin üye devletlerin anayasalarıyla sınırlandırıldığına işaret etmektedir.¹⁸ Topluluk Hukukunun genel hukuk ilkeleri ulusal anayasalardan kaynaklanmaktadır. Sınırlı yetki prensibi, AB Hukukunun meşruiyeti, temel değerler, bu değerlerin tanınmasını ve güçlendirilmesini sağlamaya matuf ortak anayasal gelenekler Avrupa anayasasının yapı taşları olarak değerlendirilmektedir.

Anayasa prensip olarak devletlerle bağlantılı olarak devletlerin temel düzeni olarak kabul edilmektedir.¹⁹ Anayasa egemenlik yetkisinin kullanımına meşruiyet kazandırmaktır. Egemenlik yetkisinin devletler dışında uluslararası örgütler tarafından da kullanılmaya başlanması ile beraber (bu durum 20.yüzyılın ikinci yarısında söz konusu olmaya başlamıştır) anayasa kavramı yeniden tartışılmaya başlanmıştır. AB özelinde Avrupa entegrasyonunun başladığı 50 yıldan beri devlet dışı örgütler tarafından egemenlik yetkisi kullanılmasının meşruiyeti tartışılmaktadır. Anayasanın Avrupa seviyesinde devletten soyutlanmasında AB'nin Federal Almanya Anayasa Mahkemesi tarafından "Devletler Birliği" olarak nitelendirilmesi önemli bir dayanak oluşturmuştur. Federal Alman Anayasa Mahkemesinin kararına göre ne ulusal anayasalar ne de AB anlaşmaları AB'nin egemenlik yetkileri kullanmasında münhasıran meşruiyet dayanağı teşkil etmektedir.²⁰ Ulusal anayasalar ulusal seviyede öngörülen egemenlik yetkilerine

¹⁷ Frankovich, Slg.1991, I-5357

¹⁸ Jürgen Schwarze, "Auf dem Wege zu einer europäischen Verfassung - Wechselwirkungen zwischen europäischem und nationalem Verfassungsrecht", DVBl. 1999, s.1677

¹⁹ Jean-François Flauss, "Auf dem Wege zu einer europäischen Verfassungs-Wechselwirkung zwischen europäischem und nationalem Verfassungsrecht aus französischer Sicht", EuR Beiheft 1(2000), s.31-40

²⁰ Ingolf Pernice, s.172

esas olurken, kurucu anlaşmalar AB'nin klasik ve yeni görev alanları nedeniyle ortaya çıkan uluslararası görevlerin yerine getirilmesinde meşruiyet dayanağı oluşturmaktadır. Uluslararası iş birliği gereksiniminin diğer devletlerle birlikte uluslararası örgüt çatısı altında egemenlik yetkileri kullanılmasını gerektirmesi bir taraftan uluslararası örgütlerin egemenlik yetkisi kazanmasına yol açarken, diğer taraftan uluslararası örgüt üyesi devletlerin egemenlik yetkisi kaybetmesine yol açmaktadır. Ortaya çıkan bu post-modern tablo AB'de anayasa prosesinin açıklanmasında yol gösterici olmuştur.²¹

Bu çerçevede AB sürecinde anayasayı yapma yetkisinin kime ait olduğu sorusunun da post-modern anayasa yaklaşımı ile cevaplandırıldığı görülmektedir. Post-modern anayasa yaklaşımında "pouvoir constituant" (*anayasa yapıcı güç*) olarak ulusal nitelikli bir halka gereksinim yoktur.²² AB üyesi devletlerin yurttaşları bu nedenle "pouvoir constituant" olarak ortaya çıkabilir. Üye devlet yurttaşları yetkili ulusal organların Avrupa Topluluğu anlaşması (contract social) yapması ile dolaylı olarak "pouvoir constituant" rolü oynamış olmaktadır.²³ Avrupa halklarının birlikte pouvoir constituant oluşturduğunu savunan bu görüş yanı sıra AB'nin spesifik tabiatı nedeniyle AB'de pouvoir constituant'ın halkların ve üye devletlerin ortak iradesi olarak ortaya çıktığı görüşü ileri sürülmektedir.²⁴ Bu görüş Birlik anayasasını iki ayrı meşruiyete dayandırmaktadır.²⁵

Görüşlerin çoğu görüldüğü gibi yanılıcı bir şekilde halk egemenliği ve devlet egemenliği arasında, diğer bir ifadeyle üye devletler ve yurttaşlar arasında ayırım yapmaktadır. Ancak devlet egemenliğinin tüm AB üyesi devletlerde halk egemenliğinden istihraç edildiğinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Günümüzde halk egemenliğine dayanmayan devlet egemenliğinden söz etmek mümkün değildir. Bu bağlamda nor-

²¹ Jürgen Habermas, "Die post-nationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie", Surkamp Verlag 1998, s.91 vd.

²² Ingolf Pernice, s.162 vd.

²³ Ingolf Pernice, s.155 vd.

²⁴ Helmut Steinberg, "Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft", VVDStRL 1991, s.22; Wolfram Hertel, "Supranationalität als Verfassungsprinzip", Tübingen Schriften zum internationalen und europäischen Recht Band 47, Duncker&Humblot, Berlin 1999, s.120

²⁵ Frauke Brosius-Gersdorf, "Die doppelte Legitimationsbasis der Europäischen Union", EuR, 1999, s.133 vd.

matif olarak yurttaşların oluşturduğu halk değil, bireylerin oluşturduğu halk nihai egemen olarak “pouvoir constituant” kabul edilmektedir.

AB’de anayasallaşma monolitik, tek aşamada ve bir kerede değil, devam eden bir süreçte ortaya çıkmıştır. Bu süreçte ulusal ve Avrupa katmanları içiçe girmiştir. AB’de anayasallaşmayı gerçekleştiren ve bunu geliştiren etmenler farklı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir taraftan Avrupa yurttaşları değişik şekil ve yoğunlukla, diğer taraftan Topluluğun ve Birliğin organları anlaşmaların akdi ve değişiklikleri üzerinden bu sürece katkı sağlamıştır. Üye devlet hükümetlerinin kararlarına yurttaşlar ya ulusal parlamentoların onay tasarrufları üzerinden, ya da kimi üye devletlerde anayasa ışığında gerekli görülen referandumla katılmıştır. Ulusal parlamentolarda temsil edilen üye devlet yurttaşları kendi anayasal gelişmelerine de aynı şekilde dolaylı olarak katılmaktadır. AB seviyesinde AB organları olarak öncelikle AB Konseyi, Avrupa Konseyi, ABAD anayasal gelişmelere katkı yapmaktadır. Bu nedenle AB’de anayasallaşma sürecinde ve bu sürecin geliştirilmesinde isabetli olarak karma bir “constituant pouvoirs”dan söz edilmektedir. AB anayasa tasarısı hazırlığında da karma anlayış ile yola çıkmıştır.²⁶ Şüphesiz üye devletler arasında anlaşma akdi üzerinden yahut Avrupa organları üzerinden gerçekleştirilen anayasallaşma, Avrupa yurttaşlarını devre dışı bırakma potansiyeline sahip bir yöntemdir.²⁷ Anayasallaşma sürecinin dayanağının öncelikle Uluslararası Hukuk olduğu, bunun temelinin Topluluk kurucu anlaşmaları ve Birlik anlaşması olduğu açıktır. Bu anlaşmalar Uluslararası Hukuk karakteri taşımakla beraber şüphe bırakmayacak şekilde anayasal içeriğe sahiptir. Anayasallaşma süreci öncelikle Uluslararası Hukuk zemininde başlamakla beraber, AB anlaşmalarının meşruiyet dayanağını Avrupa halklarının anayasallaşma sürecine katılımı sağlamaktadır. Anayasallaşma sürecinin gelişmesinde kurumsal yapıda Avrupa Konseyi’nin ve ABAD’nin başı çektiği görülmektedir. AB yurttaşları Konvansiyon çalışmalarında görüldüğü gibi nadir durumlarda anayasallaşma sürecinde doğrudan aktif olarak rol almıştır.²⁸

²⁶ Albert Bleckmann, “Europarecht, Das Recht der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaften”, 6.bası 1997, Verlag:Köln Heymanns

²⁷ Görg Haverkate, “Verfassungslehre, Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung”, C.H.Beck, München 1992, s.47 vd..

²⁸ Gertrud Lübbe-Wolf, “Europäisches und nationales Verfassungsrecht”, VVDStRL 60 (2000), s.246,248 vd.

AB devlet karakterine sahip olmaksızın bir devletler birliği olarak üye devletlerin normatif anayasal prensiplerine istinat etmektedir. Anayasallaşmayı sağlayan ve geliştiren gücün karma karakterli olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Üye devletlerin hükümetleri, Topluluk ve Birliğin organları (Avrupa Konseyi, ABAD öncelikle) ve referandum yahut ulusal parlamentolar veya hükümetler üzerinden AB yurttaşları anayasallaşma sürecine ve bu sürecin gelişmesine katkı yapmaktadır.

II- AB'nin anayasallaşma sürecinde Brüksel

Konvansiyonu'nun rolü

AB anayasallaşma sürecinin karma karakterine rağmen AB uzun süre devletlerin Avrupa'sı olarak nitelendirilmiştir. AB'nin meşruiyeti bakımından sorun yaratan bu durumun giderilmesi çok katmanlı bir çalışmayı gerektirmiştir.

1. İlk tecrübe olarak Temel Haklar Konvansiyonu

Brüksel Konvansiyonu'nun tarihçesi Topluluk hukukunda Temel Haklar Şartı'nın yaratılması için Avrupa Konseyi Köln zirvesinde (1999) ve Tampere zirvesinde (1999) bir Konvansiyon teşkili kararının alınmasıyla başlamıştır.²⁹ Konvansiyona biçilen misyon bireylerin Avrupa anayasal sürecine dahil edilmesine yöneliktir. Şekli olarak Konvansiyon yeni bir heyet olarak anayasallaşmanın gelişimi için öneriler yapmakla görevlendirilmiştir. AB Temel Haklar Konvansiyonu Federal Almanya eski devlet başkanı Roman Herzog'un başkanlığında 62 üyeli bir heyet olarak oluşturulmuştur. Bu 62 kişinin 15'i üye devletlerin devlet ve hükümet başkanları tarafından, 1 kişi Komisyon başkanı tarafından, 16 kişi Avrupa Parlamentosu tarafından görevlendirilmiştir. Bunun dışında her bir üye devlet parlamentosu da 2 kişi görevlendirmiştir.

Konvansiyon tarafından oluşturulan AB Temel Haklar Şartı'nın hukuki bağlayıcılığının olmamasına, yapılan çalışmanın ağırlıklı olarak ATAD'ın ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin temel hakların korunmasına ilişkin içtihatlarının kodifiye edilmesi ile sınırlı olmasına rağmen Avrupa anayasasının gelişmesinde bu Konvansi-

²⁹ Klemens H. Fischer, "Der Vertrag von Nizza, Text und Kommentar", 2001, Nomos Verlag, s.27 vd.

yon prosedür olarak bir dönemeç teşkil etmiştir.³⁰ AB Temel Haklar Konvansiyonu'nun 2/3'ünün Avrupa yurttaşlarının temsilcilerinden oluştuğu (Avrupa Parlamentosunun, ulusal parlamentoların temsilcileri) dikkate alındığı takdirde AB yurttaşlarının Temel Haklar Şartı bağlamında Avrupa "pouvoir constituant"ı olarak ortaya çıktığının reddedilmesi mümkün gözükmemektedir.³¹

2. Nice ve sonrası

AB Temel Haklar Konvansiyonu'nun Avrupa halklarını kuşatan karakteri Konvansiyon yönteminin devam etmesine yol açmıştır. Aralık 2000'de yapılan Nice zirvesinde bir yıl içinde 4 önemli konuda çalışma yapılması kararlaştırılmıştır: 1) Birlik ve üye devletlerin yetki alanlarının tayini; 2) kurucu anlaşmaların basitleştirilmesi; 3) AB Temel Haklar Şartının kurucu anlaşmalara monte edilmesi; 4) ulusal parlamentoların AB'deki yeri.³²

3. Laeken

14-15 Aralık 2001 tarihli Laeken zirvesinde kabul edilen AB'nin geleceğine ilişkin deklarasyon Brüksel Anayasa Konvansiyonu için dayanak oluşturmuştur. AB'nin geleceğine ilişkin Laeken deklarasyonunda bir anayasa Konvansiyonu'nun oluşturulması için yöntem tespit edilmiştir.³³ AB'nin geleceğine ilişkin Laeken deklarasyonunda öngörülen Konvansiyon (Fransa eski devlet başkanı Giscard d'Estang, İtalya eski başbakanı Amato ve Belçika eski başbakanı Dehane, üye devlet ve hükümet başkanlarının 15 temsilcisi, ulusal parlamentolardan 30 temsilci, Avrupa Parlamentosunun 16 temsilcisi ve Komisyonun 2 temsilcisi) toplam 66 üyeli bir platform olarak teşkil edilmiştir. Konvansiyona aday devletlerin de toplam 39 temsilciyle gözlemci olarak katılması kabul edilmiştir. Konvansiyonda temsil olanağı diğer Topluluk/Birlik organlarının her biri için de (Sayıştay ve ATAD hariç

³⁰ Peter J. Tettinger, "Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union", *NJW* 2001, s.1010 vd.

³¹ Ayşe Füsün Arsa, "Nice Antlaşmasının Getirdikleri", *Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, Ankara (2002), s.26 vd.

³² Ayşe Füsün Arsa, "Nice Antlaşması", s.1 vd.

³³ Wolfgang Wessels, "Der Konvent: Modelle für eine innovative Integrationsmethode", *Integration* 2002, s.83 vd.

olmak üzere) kabul edilmiştir. Konvansiyonun görevi post-Nice zirvesinde gündeme gelen temel sorunlara ilişkin (Topluluklar/Birlik ve üye devletler arasında yetki taksimi; kurucu anlaşmaların basitleştirilmesi, organlar arasında kurumsal denge, AB Temel Haklar Şartı'nın bağlayıcılığı konularında) uzlaşa sağlanmasına zemin oluşturarak öneriler getirmek olarak kabul edilmiştir.

a. Anayasa Konvansiyonu'nun görevi ve oluşumu

Çalışmayı yapacak heyetin Konvansiyon olarak nitelendirilmesi zamanında Kuzey Amerika'da anayasayı hazırlayan meclisi çağrıştırılmaktadır.³⁴ Laeken'da Konvansiyona verilen göreve bakıldığında yapılacak önerileri nihai olarak karara bağlama hakkının Konseye saklı tutulduğu görülmektedir. Laeken deklarasyonunda Konvansiyona tasarruf seçeneklerini gösterme, tavsiyeler yapma yetkisi verilmiştir. Konvansiyonun oluşumunda Avrupa yurttaşlarının temsilcilerinin doğrudan etkisinin arttığı görülmektedir. 66 üyeli Konvansiyonun 46 üyesinin Avrupa Parlamentosundan (30 temsilci) ve ulusal parlamentolardan (16 temsilci) katılması kabul edilmiştir. Avrupa yurttaşlarının doğrudan temsili kabul edilmiş olmamakla beraber, Avrupa Parlamentosu ve ulusal parlamento temsilcileri üzerinden Konvansiyonda Avrupa yurttaşlarının temsili sağlanmıştır.

Konvansiyonun oluşturulmasının ana nedenlerinden biri anayasallaşma sürecinin şeffaflaştırılması iradesidir. Avrupa "pouvoir constituant"ının ayrılmaz parçası olarak görülen AB yurttaşlarının anayasallaşma sürecinde temsilinin önemi bu şekilde ortaya konulmuştur. Aday devlet temsilcilerinin Konvansiyon çalışmalarına gözlemci olarak katılımı (aday devletlere üye devletler arasındaki konsensusu bloke etme olanağı verilmemiştir) daha sonra üstlenecekleri "acquis communautaire"nin (AB müktesebatı) oluşumuna katılma olanağı vermiştir.

b. Anayasa Konvansiyonu'na verilen görevin içeriği

Laeken'da Brüksel Konvansiyonuna dört önemli görev verilmiştir. Bu dört alan da Avrupa anayasa düzeninin gelişiminde önem taşıyan

³⁴ Jörg Boehl Henner, "Verfassungsgebung im Bundesstaat", Schriften zum Öffentlichen Recht Band 727, Duncker & Humblot · Berlin, 1977, s.36 vd.

alanlardır. Konvansiyona verilen görev mevcut Avrupa anayasa hukukunun geliştirilmesi olarak tarif edilmiştir.³⁵

Görev konusu olan ilk alan AB yetkilerinin tespiti ve daha açık olarak AB ve üye devletler arasında yetki dağılımı yapılması ve üye devletler ve Birlik arasında görevlerin yerine getirilmesine ilişkin kriterlerin saptanmasına ilişkin bir yöntem belirlenmesidir. Bu çerçevede hareket noktası olarak şimdiye dek geçerli olan dinamik gelişmeyi hedefleyen, sınırlı, münferit yetki prensibine, subsidiarite ve ölçülülük prensibine dayanan Monnet modeli esas alınmıştır.³⁶ Bu çerçevede Birlik ve üye devletler arasında yetki dağılımı kriterlerinin belirlenmesi, yetki kataloğuyla AB yetkilerinin saptanması öncelikli konular olarak ele alınmıştır.

AB Hukuku'nda çerçeve yasaların kabul edilmesi ve ölçülülük prensibinin uygulanması üye devletlere daha çok hareket alanı bırakmaya matuftur. Anayasa Konvansiyonu tarafından oluşturulan "subsidiarite" ve "tamamlayıcı yetkilere" ilişkin çalışma grupları anayasallaşma misyonunun bu yönünü ele almıştır.

Konvansiyona verilen ikinci görev uygun kurumların ihdasıyla mevcut yetki düzeninin muhafazası ve denetimi olarak belirlenmiştir. Bu bağlamda çalışma yapan çalışma grubu yetki taksiminin muayyen kriterler itibarıyla denetimini, subsidiarite prensibinin güçlendirilmesini ve şekli olarak yetki ayrılığının temini konularını ele almıştır.

Laeken zirvesinde Konvansiyona verilen üçüncü görevlerinden biri de şeffaflık, demokrasi, etkinlik prensiplerinin AB'de teminine matuf olarak öngörülmüştür. Bu konu AB yurttaşlarının kararların alınmasında demokratik etkinliğine ilişkindir. Konvansiyon başkanlığı tarafından bu çerçevede AB'nin demokratik meşruiyetini temin için Avrupa Birliği Parlamentosu ve üye devletlerin ulusal parlamentoları milletvekillerinden oluşan bir Avrupa Halkları Kongresi oluşturulması önerilmiştir. Diğer hususlar ulusal parlamentoların Konsey kararlarına etkisi ve Komisyon başkanının Avrupa parlamentosu tarafından

³⁵ Ayşe Füsün Arşava, "AB'de Anayasa Süreci ve Lizbon Antlaşması", İktisadi Kalkınma Vakfı Yayınları, No.218, İstanbul (2008), s.12 vd.

³⁶ Wolfgang Wessels, "Jean Monnet-Mensch und Methode, überschätzt und überholt?", Reihe Politikwissenschaft/Institut für Höhere Studien (IHS), Wien (2001), s.1 vd.

seçimi konularına ilişkindir. Aynı paralelde AB’de demokratik meşruiyet için Avrupa Parlamentosu’nun Avrupa yasamasında katkısının artırılması konusu ele alınmıştır.

Laeken misyonunun dördüncü konusu “Avrupa yurttaşları için bir anayasa” olarak nitelendirilmeye dayanak olacak yeni bir metin düzenlenmesine ilişkindir. Bu çerçevede öngörülen konular, metnin basitleştirilmesi, AB Temel Haklar Şartı’nın müktesebata dahil edilmesi, AB’nin hukuki niteliği, anayasal karakterin metinde vurgulanması olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konulara ilişkin Konvansiyonda benimsenen yaklaşım Konvansiyon Başkanlığı tarafından hazırlanan bir makalede ortaya konulmuştur (Conv.216/02, 10.9.2002). Bu metinde mevcut hukukun konsolidasyonundan, kurucu anlaşmaların basitleştirilmesinden, bir temel anlaşmanın yapılmasından söz edilmektedir. Gelecekteki anlaşmanın Birliğin temel prensiplerini, örneğin sınırlı münferit yetki, subsidiarite, ölçülülük, sadakat prensibini, Birlik yurttaşlarının temel haklarını, yasama prosedürünün esaslarını, yetki kataloglarını, siyasi alanlarla bağlantılı olarak Birliğin şimdiye dek ikinci ve üçüncü sütunlarında karşımıza çıkan Birliğin dış politikada tasarruf yeteneği, savunma, hukuk ve güvenlik konularını içermesi gerektiği vurgulanmıştır. Bu önerilerin anlaşma yapısında ve AB’nin hukuk yapısında önemli değişikliklere yol açabilecek nitelikte olması AB anlaşmasının 48.maddesi ışığında oluşturulacak metnin üye devletler tarafından onay gerekliliğini gündeme getirmiştir. Bu bağlamda tasarıda öngörülen anlaşma değişikliklerinde Laeken zirvesinde Brüksel Konvansiyonu’na verilen görevin yeni bir anayasa oluşturmak olarak değil de, Avrupa anayasasını oluşturacak taraflardan biri olarak Avrupa yurttaşlarının iradesi paralelinde Avrupa anayasal gelişmesine matuf anlaşma değişikliği önerileri getirmek olarak belirlendiğinin göz ardı edilmesi, Konvansiyon tarafından hazırlanan anayasa tasarısının Fransa ve Hollanda’da reddedilmesine, sonuç olarak anayasa tasarısının akamete uğramasına yol açmıştır.³⁷

Lizbon Sözleşmesi bir reform sözleşmesi olarak AB anayasasının reddedilmesine neden olan iki referandumun ardından Aralık 2007’de imzalanmış, Aralık 2009’da tüm üye devletlerin onayı ertesinde yürürlüğe girmiştir. Avrupa Konseyi tarafından davet edilen hükümetlere-

³⁷ Ayşe Füsün Arsava, “Nice Antlaşması”, s.19 vd.

rası konferansa verilen görevlendirme paralelinde hazırlanan reform sözleşmesi anayasa sözleşmesini içerik olarak mümkün olduğunca koruyarak onu ikâme etmiştir. Reform sözleşmesi içerik ve kurumsal olarak yapılabilmesi mümkün olan reformların sınırını ortaya koymuştur.³⁸

Reform sözleşmesinde “anayasa” kavramı kullanılmamıştır. Bu şekilde Avrupa için bir anayasa yaklaşımından vazgeçilmiştir.³⁹ Reform sözleşmesinde devlet yahut anayasayı çağrıştıran kavram yahut sembollerin kullanılmasından (bayrak, marş) vazgeçilmiştir. Aynı şekilde Anayasa Sözleşmesinde kullanılan “Avrupa Kanunu” ve “Avrupa Çerçeve Kanunu” terminolojik olarak reform sözleşmesinde yer almamıştır.

Bütün bu gelişmeler AB’de bir AB anayasası yapmaktan vazgeçildiğini göstermekle beraber, anayasallaşma sürecinin akamete uğradığı anlamını taşımamaktadır. Kurucu anlaşmalar başlangıçtan itibaren şeklen Uluslararası Hukuk anlaşması olarak yapılmış olsalar da maddi içerikleri itibariyle anayasal karakterli hükümler içermektedir. Kurucu anlaşmalar kurumsal yapıyı, kurumsal yapıda yer alan organların strüktürünü, yetkilerini, görevlerini belirlemekte, onların faaliyetlerinin dayanağı olan kuralları belirlemekte, üye devletler ve Birlik yurttaşları bakımından bağlayıcı davranış normları öngörmektedir. Bu bağlamda ulusal anayasalar paralelinde AB’nin kurumsal yapısında yer alan organların fonksiyon ve strüktürünü kuvvetler ayrılığı modeline uygun olarak belirleyen normlar ve primer hukukla eşit hiyerarşi ile geçerli olan, Birlik organlarını bağlayan AB Temel Haklar Şartı Birliğin karakteristik anayasa kuralları olarak nitelendirilmektedir. Birliğin istinat ettiği değerleri (hukukun üstünlüğü, eşitlik, özgürlük, demokrasi, insan onuru, insan hak ve özgürlüklerine azınlık hakları dahil olmak üzere saygı) Maastricht anlaşmasından itibaren primer hukukta ulusal anayasaların değiştirilmesi mümkün olmayan (ebedilik kuralı) prensipleri paralelinde ortaya koyan ve bu değerleri çoğulculuk, dayanışma, adalet, ayrımcılık yasağı, hoşgörü, subsidiarite, kadın erkek eşitliği ilkelerini benimseyen tüm üye devletlerde ortak

³⁸ Klaus Hähnisch, “Ende gut-alles gut? Anmerkungen zum Reformvertrag”, Integration 2007, s.499

³⁹ Thomas Oppermann, “Europäische Verfassung -ein Unwort?”, Festschrift (Armağan) Günther Hirsch, München (2008), s.293

değerler olarak vurgulayan normların da anayasal karakter taşıdığı açıktır (AB anlaşması, 2.md.).

SONUÇ

Avrupa anayasallaşma sürecinde Laeken zirvesi ve Brüksel Konvansiyon çalışmaları, Lizbon Sözleşmesi önemli dönemeçler olmakla beraber, bu dönemeçler devam eden sürecin bir parçasıdır. Avrupa pouvoir constituant'ın karma karakteri herşeyden önce Konvansiyonun yapısında ve nihai karar yetkisinin prosedür çerçevesinde Konseye saklı tutulmasında ortaya çıkmıştır. Konvansiyonun oluşumunda Avrupa yurttaşlarının pouvoir constituant rolü açıktır. Konvansiyon modeli tecrübesi gelecekteki anlaşma değişiklikleri için Konvansiyon modelini gündeme taşımış ve sonuç olarak 2009 Aralık'ta yürürlüğe giren Lizbon Sözleşmesinde olağan anlaşma değişikliği bağlamında Konvansiyon modeli benimsenmiştir (AB anl. md.48, fık.2,3,4,5). Uluslararası yükümlülüklerin tedricen artması sonucu olarak ulusal devletin 21.yüzyılın başından itibaren uğradığı fonksiyon değişiklikleri uluslararası örgütlerde anayasallaşma süreci başlatmış ve anayasa kavramının devletten soyutlanmasına yol açmıştır. AB'de anayasallaşma sürecinin tamamlandığını bugün için söylemek henüz mümkün gözükmemektedir; anayasallaşma süreci AB'nin dinamik karakterinin sonucu olarak devam edecektir.

Kaynakça

Makaleler

- Ambros Kai, "Der neue internationale Strafgerichtshof", NJW, 1998, s.3743 vd.
- Arsava Ayşe Füsün, "Nice Antlaşmasının Getirdikleri", *Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, Ankara (2002), s.26 vd.
- Brosius-Gersdorf Frauke, "Die doppelte Legitimationsbasis der Europäischen Union", *EuR* 1999, s.133 vd.
- Flauss Jean François, "Auf dem Wege zu einer europäischen Verfassungs-Wechselwirkung zwischen europäischem und nationalem Verfassungsrecht aus französischer Sicht", *EuR Beiheft 1* (2000), s.31-40
- Frowein Jochen A., "Konstitutionalisierung des Völkerrechts", *BDGVR Band 39*, Heidelberg 2000, s.427 vd.
- Hänisch Klaus, "Ende gut-alles gut? Anmerkungen zum Reformvertrag", *Integration* 2007, s.499

- Henner Jörg Boehl, "Verfassungsgebung im Bundesstaat", Schriften zum Öffentlichem Recht Band 727, Duncker & Humblot · Berlin, 1977, s.36 vd.
- Hilf Meinhard, "Die Konstitutionalisierung der Welthandelsordnung: Struktur, Institutionen und Verfahren", BDGVR Band 40, Heidelberg 2003, s.257 vd.
- Iglesias Rodriguez G.C., "Zur "Verfassung" der Europäischen Gemeinschaft", EuGRZ 1996, s.125 vd.
- Lübbe-Wolff, Gertrud, "Europäisches und nationales Verfassungsrecht", VVDStRL, Band 60 (2000), s.246,248 vd.
- Kohler-Koch Beate, "Regionen im Mehrebenensystem der EU", bkz.: König/Rieger/Schmitt (Hrsg.), Das europäische Mehrebenensystem, 1996, Campus Verlag, Frankfurt/NY (1966), s.203 vd.
- Oeter Stefan, "Europäische Integration als Konstitutionalisierungsprozess", ZaöRV 59(1999), s.901 vd.
- Oppermann Thomas, "Europäische Verfassung- ein Unwort?", Festschrift (Armağan) Günther Hirsch, München (2008), s.293
- Pernice Ingolf, "Europäisches und Nationales Verfassungsrecht", VVDStRL 60(2001), s.155-172
- Schwarze Jürgen, "Auf dem Wege zu einer europäischen Verfassung – Wechselwirkungen zwischen europäischem und nationalem Verfassungsrecht", DVBl. 1999, s.1677 vd.
- Steinberger Helmut, "Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft", VVDStRL Bd.50(1991), De-Gruyter Verlag, s.22
- Tettinger Peter J., "Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union", NJW 2001, s.1010 vd.
- Uerpmann Robert, "Internationales Verfassungsrecht", JZ, Yıl:56, Nr:24, Mohr Siebeck Verlag 2001, s.565
- Walter Christian, "Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozess", ZaöRV 49 (1999), s.961
- Wessels Wolfgang, "Der Konvent: Modelle für eine innovative Integrations-Methode", *Integration*, Vol.25, No.:2, Nomos Verlag (2002), s.83 vd.
- Wessels Wolfgang, "Jean Monnet-Mensch und Methode, überschätzt und überholt?", Reihe Politikwissenschaft / Institut für Höhere Studien (IHS), Wien (2001), s.1 vd.

Kitaplar

- Arsava Ayşe Füsün, "AB'de Anayasa Süreci ve Lizbon Antlaşması", İktisadi Kalkınma Vakfı Yayınları, No.218, İstanbul (2008), s.19 vd.
- Bleckmann Albert, "Europarecht, Das Recht der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaften", 6.bası 1997, Verlag:Köln Heymanns
- Di Fabio Udo, "Das Recht offener Staaten: Grundlinien einer Staats- und Rechtstheorie", Mohr-Siebeck, Tübingen 1998, s.1 vd.
- Fischer Klemens H., "Der Vertrag von Nizza, Text und Kommentar", 2001, Nomos Verlag, s.27 vd.

- Habermas Jürgen, "Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie", Surkamp Verlag 1998, s.91 vd.
- Haverkate Görg, "Verfassungslehre, Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung", C.H.Beck, München 1992, s.47 vd.
- Herteļ Wolfram, "Supranationalität als Verfassungsprinzip", Tübinger Schriften zum internationalen und europäischen Recht Band 47, Duncker&Humblot, Berlin 1999, s.120
- Hobe Stephan, "Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz",
- Veröffentlichungen des Walther-Schücking-Instituts für Internationales Recht an der Universität Kiel, Band 122, s.1 vd.
- Kadelbach Stefan, "Zwingendes Völkerrecht", Schriften zum Völkerrecht, Bd.101, Duncker&Humblot, Berlin 1992, s.383 vd.
- Odenthal Kerstin, "Die Umweltpflichtigkeit der Souveränität", Schriften zum Umweltrecht, (Bd. 88), Duncker & Humblot(1998), s.1 vd.
- Verdross Alfred/Simma Bruno, "Universelles Völkerrecht", 3.bası, Duncker&Humblot, Berlin (1984)