

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

Abdussamet Tekin

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 Nuhuoğlu
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 : 31. 10. 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 İmge IŞIKLAR ÜLGEN**
Evlendikten Sonra Kadınların Münhasıran Kendi Soyadlarını Kullanması / On The Women's Having Exclusively Their Surname after The Marriage
- 49 Elif GÖZLER ÇAMUR**
Toplumsal Cinsiyete Duyarlı Anayasa: İçeriği ve İnşa Süreci / Gender-Sensitive Constitution: Its Content And Making Proces
- 73 Bezar Eylem EKİNCİ**
1876 Kanun-ı Esasî'de Yapılan 1914 Tarihli İkinci Değişiklik: Amacı, Meclis Görüşmeleri ve Fesih Yetkisi Bakımından Sonuçları / The 1914 Second Amendment to the 1876 Kanun-ı Esasî: Purpose, Assembly Negotiations and Results in Terms of Dissolution Power
- 103 Abdülkadir ÖZDEMİR**
Seçim Kanunu'nda 2022 Yılında Yapılan Değişikliklerin 2023 Yılı Milletvekili Seçimlerine Etkileri / The Effects of The Amendments Made to The Election Law in 2022 on The 2023 Parliamentary Elections
- 129 Uygur GÜNERBÜYÜK**
Katlanma Yükümlülüğü Bağlamında Şüpheli veya Sanığın Parmak İzinin Alınması / Fingerprinting of the Accused and the Defendant Within the Context of the Obligation to Bear the Criminal Proceedings
- 143 Faruk ÖZALP**
Karayollarında Kullanılan Otonom Araçlardan Doğan Cezai Sorumluluk Sorunu / The Problem of Criminal Liability Arising from Autonomous Vehicles Used on Highways
- 199 Hilal YILDIZ**
Mahkemeye Erişim Hakkı Kapsamında İdari Yargıda Parasal Sınırların Değerlendirilmesi / Evaluation of Monetary Limits in Administrative Jurisdiction within The Scope of The Right to Access to The Court
- 227 Melis TAŞPOLAT TUĞSAVUL**
Adî Ortaklık Sözleşmesinin İspatı Meselesi / The Matter of Proof of Ordinary Partnership Agreements

275 Yakup Yaşar MİRZAOĞLU

Yargı Kolunu Değiştiren Görevsizlik Kararlarında Hükmedilen Vekâlet Ücretinin Mahkemeye Erişim Hakkı Bağlamında İncelenmesi / Examination of Attorney's Fee Awarded In Non-Jurisdiction Decisions In the Context of the Right to Access to Court

313 Mert NAMLI

Fransız Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Borçluyla Satış Yetkisi Verilmesi (Rizaen Satış- İİK m. 111/A) / Granting The Debtor The Sales Authority As Comparison in French Law (Consensual Sale)

361 M. Eymen KURT - Barış Can TUNA - Mert ÇUKADAR

Angloamerikan ve Kıta Avrupası Hukuk Sistemlerinde Aşırı Yararlanma: Dürüstlük Kuralı Üzerinden Bir Bakış / Lesion (Unconscionability) in Angloamerican and Continental European Legal Systems: A Review Through The Good Faith Principle

401 Kâmil ÖZBASAN

Zorunlu Deprem Sigortasına Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Uygulanması / Application of The Turkish Commercial Code Provisions to Compulsory Earthquake Insurance

411 Ümmühan Elçin ERTUĞRUL

Rusya'nın Olası Kastından Sorumluluğu Üzerine Bir İnceleme: Ukraynalı Yerinden Edilmiş Kişiler / A Study on The Responsibility Due to Dolus Eventualis of Russia: Ukrainian Displaced Persons

MAKALELER / ARTICLES

439 A. Füsun ARSAVA

AB'nin AİHK'ya Katılımının AB Divanı'nın CETA'ya İlişkin Görüşü Işığında Değerlendirilmesi / Evaluation of the EU Accession to the ECHR in Light of the Opinion of the CJEU on CETA

başkan'dan

Değerli Meslektaşlarım,

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin Eylül- Ekim 2023 sayısı ile karşınızdayız.

*

Geçtiğimiz sayıda mesleğimizin gelişmesini sağlamak ve meslektaşlarımızın genel menfaatlerini korumak adına yürüttüğümüz çalışmalarını adli tatil öncesinde olduğu gibi adli tatil döneminde de büyük bir şevk ve kararlılıkla sürdürdüğümüzü ifade etmiştik.

Bu çalışmalar sonuçlarını vermeye başladı. 2023-2024'te uygulanacak Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi adalete erişim hakkı, savunma hakkı ve meslektaşlarımızın sosyoekonomik hakları arasında bir denge gözetmek suretiyle, Adalet Bakanlığıyla yapılan ortak çalışmalar sonucunda Eylül ayında yayınlandı. Önceki Tarife'nin yayımı sonrası oluşan mali tablo dikkate alınarak, maktu ücretlerde ortalama yüzde 90,40 oranında artış yapılmıştır.

Tarife'nin nisbi ücretleri düzenleyen Üçüncü Kısmı'nda miktarlarda ilk iki basamakta yüzde 100 olmak üzere çeşitli oranlarda artış sağlandı. Böylelikle açılan davaların büyük bir kısmını oluşturan ilk dört basamakta yer alan kalemlerde önemli miktarda artış gerçekleştirildi.

Kuşkusuz en önemli değişiklik, aynı davada sanığın müdafiliği görevini vekâletnameye dayalı olarak yürüten avukat ile zorunlu müdafii sıfatı ile hizmet veren avukat arasındaki ayrımın kaldırılması; aynı emek ve mesaiyi veren iki meslektaşımızın hak ettiği karşı yan avukatlık ücretinin de birbirine eşitlenmesinin sağlanmasıdır.

Yapılan düzenlemeyle, Tarife'nin 14. maddesinde yer alan "Beraat eden ve vekil veya müdafii ile temsil edilen sanık yararına Hazine aleyhine maktu avukatlık ücretine hükmedilir" kuralı, sanığın CMK gereğince görevlendirilen müdafii bulunması durumunda da kovuşturma için Hazineden alınan ücret mahsup edildikten sonra CMK gereğince görevlendirilen müdafii için de uygulanabilir hâle geldi.

Aynı maddeye getirilen değişiklik ile kamu davasına katılma üzerine, mahkumiyete ya da hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş ise vekili bulunan katılan lehine sanığa yükletilecek avukatlık ücretine, vekilin CMK uyarınca zorunlu görev üstlenen avukat olması halinde de yine mahsup işlemi yapılmak suretiyle hükmedileceğine ilişkin düzenleme eklendi.

Bu düzenlemenin, yurттаşların adalete erişim ve savunma haklarını etkin bir şekilde kullanmaları bakımından da önemli bir kazanım olduğunun altını çizmemiz gerekiyor.

*

Dergimizin bu sayısının da dolu dolu bir içeriğe sahip olduğunu görüyoruz. Dergide kendisine yer bulan on dört hakemli makaleyi yalnızca özet olarak aktarmak bile, bu ön sözün sınırlarını hayli aşacak uzunlukta bir incelemeyi gerektiriyor. Ancak Türkiye Barolar Birliği Dergisi yazarlarının, ülkenin en yakıcı hukuki meselelerine dair, güncel ama aynı zamanda akademik ve bilimsel çerçevede eserler üretiyor olmasına dikkatinizi çekmek isterim. Ukrayna-Rusya meselesinde Rusya'nın olası kastını tartışan, Seçim Kanunu'nda 2022'de yapılan değişikliğin 2023 seçimlerine etkisini ortaya koyan, deprem sonrasında DASK'ta Ticaret Kanunu hükümlerinin uygulanması gerektiğini hatırlatan güncel makaleler bu kapsamda düşünölmelidir. Öte yandan, akademik ve bilimsel çalışmalar, kuşkusuz yalnızca doğrudan somut sorun alanlarını hedef almazlar; bu çalışmalar, uzun dönemleri kapsayan içerikleri ve etkileriyle de ayrıca değer taşırlar. Dergimizdeki makalelerin bu boyutunu da gözardı etmemek gerekiyor.

Bu düşüncelerle, hukukun çok farklı disiplinleri çerçevesinde güncel veya tarihsel perspektiften dergimize katkı sağlayan yazarlara, hakemlere ve yayınlarımızın sizlere ulaşmasını sağlayan Türkiye Barolar Birliği Dergisi emekçilerimize teşekkür ediyorum.

Saygılarımla,

Av. R. Erinç SAĞKAN

Türkiye Barolar Birliği Başkanı

EVLENDİKTEN SONRA KADINLARIN MÜNHASIRAN KENDİ SOYADLARINI KULLANMASI ON THE WOMEN'S HAVING EXCLUSIVELY THEIR SURNAME AFTER THE MARRIAGE

İmge IŞIKLAR ÜLGEN*

Özet: Bir kişilik hakkı olarak nitelendirilebilecek olan kadının soyadına yasal düzenlemeler ile müdahale edilmektedir. Çalışmamızda öncelikle kadının soyadına ilişkin Türk hukukundaki yasal düzenlemeler ile karşılaştırmalı hukuktaki bazı yasal düzenlemeler ele alınmıştır. Akabinde kadının evlendikten sonra münhasıran önceki soyadını kullanması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları bağlamında değerlendirilmiştir. Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’nin kadının evlendikten sonra münhasıran önceki soyadını kullanmasına ilişkin vermiş olduğu kararlar ile bu kararların hukuki niteliği ve zımni ilga hususu irdelenmiştir. Son olarak Anayasa Mahkemesi’nin Türk Medeni Kanunu’nun 187. maddesinin iptaline ilişkin kararı ve bu karar sonrasında çocuğun soyadının belirlenmesi değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Evlendikten Sonra Kadının Soyadı, Kişilik Hakkı, Türk Medeni Kanunu, Anayasa Mahkemesi

Abstract: The surname of a woman, which can be described as a personal right, is interfered with by legal regulations. In our study, first of all, the legal regulations in Turkish law and some legal regulations in the comparative law regarding the surname of women are discussed. Subsequently, the women’s exclusive use of her previous surname after marriage is evaluated in the context of the decisions of the European Court of Human Rights, the decisions of the Constitutional Court in Turkey regarding the use of previous surname by the woman after marriage, and the legal nature of these decisions and the implied annulment are examined. Finally, the annulment decision of the Constitutional Court in Turkey regarding the article 187 at Turkish Civil Law and determination of the child’s surname after the annulment decision are evaluated.

Keywords: The Surname of A Woman After Marriage, Personal Right, Turkish Civil Law, the Constitutional Court

* İstanbul Adliyesi 8. Aile Mahkemesi Hâkimi, Bahçeşehir Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, imgeisiklar@gmail.com, ORCID: 0000-0001-5289-6871, Makalenin Gönderim Tarihi: 15.08.2023 Kabul Tarihi: 04.10.2023

GİRİŞ

Bir kişinin kim olduğunun, hangi aileye mensup olduğunun anlaşılabilmesi için ad ve soyadının bulunması gerekmektedir. Toplumsal düzeni sağlamak yönünden kişinin kimliğinin bilinebilmesi önem arz etmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki kişinin bir ada ve soyada sahip olması en temel haklarından biridir. Kadınların da bir ad ve soyadının olması en temel haklarıdır. Fakat kadının soyadının belirlenmesine yönelik bazı yasal düzenlemeler bu hakkı ihlal eder niteliktedir. Evlendikten sonra kadınların kocalarına ait soyadını almaları yönündeki yasal düzenlemeler nüfus kayıtlarının düzenli tutulması ve aile bütünlüğünün sağlanması bakımından yerinde gibi görünse de kadınların soyadını seçme hakkını ve en önemlisi eşitlik hakkını¹ ihlal edebilmektedir. Bu yasal düzenlemeler kadının kişiliğinin bir parçası olan soyadı üzerindeki mutlak ve şahsa bağlı hakkına rızası dışında müdahale edilmesi anlamına gelmektedir.² Erkek doğumla kazandığı soyadını ömür boyu taşımaya devam ederken, kadının doğumla kazandığı soyadının evlilikle değişmesi bir kişilik hakkı olarak korunan soyadı³ yönünden kadın ve erkek arasında eşitsizliğe neden olmaktadır. Oysa Türkiye'nin de kabul ettiği İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde eşitlik ilkesine yer verilmekte ve kadın-erkek eşitliği vurgulanmaktadır.⁴ Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen ve Türkiye'nin 1985 tarihinde onayladığı Kadınlara Karşı Her Türlü Ay-

¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Sera Reyhani Yüksel, "Türk Medeni Kanunu Bakımından Kadın-Erkek Eşitliği", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, Y. 2014, S. 2, s. 175-200.

² Ahmet Kılıçoğlu, "Medeni Kanun Açısından Kadın-Erkek Eşitliği", *Ankara Barosu Dergisi*, 1991/1, s. 12.

³ Özge Erbek Odabaşı, "Anayasa Mahkemesi Ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Evli Kadının Soyadı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, s.43-108.

⁴ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin önsözünde "...Birleşmiş Milletler halklarının, Antlaşmada, insanın ana haklarına, insan şahsının haysiyet ve değerine, erkek ve kadınların eşitliğine olan imanlarını bir kere daha ilan etmiş olmalarına ve sosyal ilerlemeyi kolaylaştırmaya, daha geniş bir hürriyet içerisinde daha iyi hayat şartları kurmaya karar verdiklerini beyan etmiş bulunmalarına..." göre beyannamenin ilan edildiği belirtilmektedir.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 2. maddesinde "Herkes, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya diğer herhangi bir akide, millî veya içtimai menşe, servet, doğuş veya herhangi diğer bir fark gözetilmeksizin işbu Beynamede ilan olunan tekml haklardan ve bütün hürriyetlerden istifade edebilir" denilmektedir.

rımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme⁵de de kadın-erkek eşitliği düzenleme bulmaktadır. Türkiye'nin taraf olduğu bir başka uluslararası belge olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesinde⁶ ayrımcılık yasağı düzenlenmektedir. Türk hukukunda ise eşitlik ilkesine 1982 Anayasası'nın 10. maddesinde⁷ yer verilmektedir. Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasında ise, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır." denilmektedir. Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri nazara alındığında hem usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarda, hem de Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesine aykırı yasal düzenleme yapılması mümkün değildir. Bu bağlamda kadınların soyadına ilişkin düzenlemelerin eşitlik ilkesini ihlal eder nitelikte olmaması gerekmektedir.

Çalışmamızda öncelikle kadının soyadına ilişkin Türk hukukundaki yasal düzenlemeler ile karşılaştırmalı hukuktaki bazı yasal düzenlemeler ele alınacaktır. Karşılaştırmalı hukuktaki yasal düzenlemeler ele alınırken, Türk Medeni Kanunu'nun mehzaz kanunu olması nedeniyle İsviçre Medeni Kanunu'nun kadının evlendikten sonra önceki soyadını kullanmasına ilişkin maddeleri ve bu maddelerdeki değişiklikler değerlendirilecek, ayrıca Kıta Avrupası hukuk sisteminin uygulandığı ülkelerden bazılarındaki konuya ilişkin yasal düzenlemelere örnek teşkil etmesi amacıyla değinilecektir. Sonrasında kadı-

⁵ The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW).

⁶ Madde 14- "Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır".

⁷ "X. Kanun önünde eşitlik

Madde 10- Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar".

nın evlendikten sonra münhasıran önceki soyadını kullanması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları bağlamında değerlendirilecek, Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’nin kadının evlendikten sonra münhasıran önceki soyadını kullanmasına ilişkin vermiş olduğu kararlar ile bu kararların hukuki niteliği ve zımni ilga hususu irdelenecektir. Son olarak ise, Anayasa Mahkemesi’nin Türk Medeni Kanunu’nun 187. maddesinin iptaline ilişkin kararı⁸ ve konuyla yakından ilgisi bulunması sebebiyle bu karar sonrasında çocuğun soyadının belirlenmesi değerlendirilecektir.

I. KADININ SOYADINA İLİŞKİN TÜRK HUKUKUNDAKİ DÜZENLEMELER

Kadın-erkek eşitliği hususunda önemli düzenlemeler içeren ancak toplumun ataerkil yapısı nedeniyle kocaya üstünlük tanımaktan uzaklaşamayan 1926 tarihli 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nin 153. maddesinin ilk halinde “Karı, kocasının aile ismini taşır” hükmüne yer verilmiş, Kanun’da soyadı kullanmak zorunlu kılınmamıştır. Ülkemizde kişilerin isimleri yanında taşıdıkları unvanların toplumsal hayatta yarattığı sorunlar nedeniyle 21 Haziran 1934 tarihinde kabul edilip, 2 Temmuz 1934 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanarak, 2 Ocak 1935’te yürürlüğe giren 2525 sayılı Soyadı Kanunu ile Türk vatandaşlarının isimleri yanında taşıdıkları unvanlar yerine soyadı kullanma yükümlülüğü getirilmiş, soyadının koca tarafından seçileceği belirtilmiştir.⁹

743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nin 153. maddesi 14.05.1997 tarihinde 4248 sayılı Kanun’un 1. maddesi ile “Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuru ile kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kul-

⁸ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 187. maddesine yönelik Anayasa Mahkemesi’ne İstanbul 8. Aile Mahkemesi olarak yapmış olduğumuz somut norm denetimi başvurusu neticesinde Anayasa Mahkemesi 28.04.2023 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanmış olan 22.02.2023 tarih, 2022/155 Esas sayılı ve 2023/38 Karar sayılı kararı ile ilgili maddenin iptaline karar vermiştir.

⁹ Nevin Ünal Özkorkut, “Kadının Vazgeçilebilir Kişilik Hakkı: Soyadı-Kadının Soyadı Üzerindeki Hakkının Türkiye’deki Tarihsel Gelişimi”, I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, s.24 <https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=kadının-vazgeçilebilir-kisilik-hakki-soyadi-kadının-soyadi-uzerindeki-hakkının-türkiye%27deki-tarihsel-gelisimi_nevin-unal-ozkorkut_636903128806518207.pdf> Erişim Tarihi: 10.08.2023.

lanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir” şeklinde değiştirilmiştir.¹⁰ Bu, kadınların soyadı yönünden olumlu bir düzenleme olsa da kadın evlendiği takdirde yine kocasının soyadını almakta ancak istediği takdirde kocasının soyadı önünde önceki soyadını kullanabilmektedir.¹¹

Kadın-erkek arasındaki eşitliği sağlamak amacıyla¹² 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinde, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 153. maddesinin 14.05.1997 tarihli değişiklik sonrası hali aynı şekilde yer almaktadır. Evlendikten sonra kadının münhasıran önceki soyadını kullanabilmesi önerisi Meclis komisyonuna sunulmuş fakat gelenekler ileri sürülerek öneri reddedilmiştir.¹³ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun “Kadının soyadı” kenar başlıklı 187. maddesine göre, “Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir”.¹⁴

187. maddede yer alan düzenlemenin eşitlik ilkesine uygun olmadığı, Anayasa'ya, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ve Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesi'ne aykırı olduğu belirtilerek 06.11.2008 tarihinde verilen 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi'nde maddenin, “Aile Adı” kenar başlığıyla, “Eşler evlendirme memuruna yapacakları yazılı bildirim ile

¹⁰ Türkiye 1985 tarihinde onayladığı Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme'nin 16/1-g maddesinde yer alan “1. Taraf Devletler, kadınlara karşı evlilik ve aile ilişkileri konusunda ayrımı önlemek için gerekli bütün önlemleri alacaklar ve özellikle kadın erkek eşitliği ilkesine dayanarak kadınlara aşağıdaki hakları sağlayacaklardır: ... g- Aile adı, meslek ve iş seçimi dahil karı ve koca için eşit kişisel haklar...” hükmüne çekince koymuş, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 153. maddesinde 14.05.1997 tarihinde 4248 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile yapılan değişiklik sonrası 1999 yılında çekinceyi kaldırmıştır.

¹¹ Serap Helvacı/Gediz Kocabaş, “Fransız, Alman, İsviçre ve Türk Hukuklarında Kadının Soyadı”, Akif Aydın'a Armağan, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-HAD*, C. 21, S.2 (Özel Sayı), 2015, s. 616.

¹² 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun genel gerekçesi için bkz. *TBMM Tutanak Dergisi*, 21. Dönem, 3. Yasama Yılı, Sıra S. 723.

¹³ Turgut Akıntürk, “Türk Medeni Kanunu'nda Kadın-Erkek Eşitsizliği ve Giderilmesi”, *Türk ve Alman Özel Hukukunda Kadın Sempozyumu*, Ankara 2002, s. 77.

¹⁴ <<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.4721.pdf>> Erişim Tarihi: 10.08.2023.

evlendikten sonra ya doğumla kazandıkları soyadlarını, ya eşlerinin soyadlarını, veya doğumla kazandıkları soyadlarını eşlerinin soyadının önünde beraber kullanmayı seçebilirler. Eşler evlendiklerinden sonra herhangi bir tarihte Nüfus Müdürlüklerine başvurarak bu maddedeki soyadını seçme hakkını kullanabilirler” şeklinde değiştirilmesi teklif edilmiştir.¹⁵ 14.12.2011 tarihinde ise maddenin, “Kadın, evlenmekle soyadını muhafaza eder. Ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla soyadının arkasında kocasının soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir” şeklinde değiştirilmesi için teklif verilmiş,¹⁶ ancak bu teklif henüz kabul edilmemiştir. 2008 yılındaki teklife göre, 2011 yılındaki teklif soyadı konusunda kadınlara daha geniş bir hak tanımakta ise de düzenlemede aile isminin belirlenmesinde kadına bir hak tanınmaması nedeniyle eksik olduğu değerlendirilmiştir.¹⁷

II. KADININ SOYADINA İLİŞKİN KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ BAZI YASAL DÜZENLEMELER

Çağdaş toplumlarda hak ve özgürlüklere verilen önemin artmasıyla ve soyadının bir insan hakkı olarak kabul görmesiyle birlikte ülkeler mevzuatlarını bu anlayış doğrultusunda yenilemiştir. Avrupa’daki birçok ülke, aile birliğinin sağlanması ve korunması için ortak bir aile adına gerek olmadığını kabul ederek bu yönde yasal düzenlemeler yapmıştır.¹⁸ Karşılaştırmalı hukuktaki gelişmeleri görmek adına bazı ülkelerdeki evlendikten sonra kadının soyadına ilişkin yasal düzenlemeleri irdelemekte fayda bulunmaktadır.

İsviçre Hukuku

1988 yılı öncesinde İsviçre Medeni Kanunu’nun 161/1. maddesi uyarınca kadın evlendiği takdirde kocasının soyadını almaktaydı.¹⁹

¹⁵ <<https://www2.tbmm.gov.tr/d23/2/2-0332.pdf>> Erişim Tarihi: 10.08.2023.

¹⁶ <<https://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-0216.pdf>> Erişim Tarihi: 10.08.2023.

¹⁷ Seda İrem Çakırca, “Evli Kadının Soyadına İlişkin Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 70, S. 2, s.162.

¹⁸ Haluk Nomer, “Avrupa Birliğine Üye Devletlerde ve Türkiye’de Evlenen Kadının ve Ortak Çocuğun Soyadı”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2002, s. 424.

¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldız Abik, *Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı*, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2005, s. 144.

Eşitlikten uzak olan bu düzenleme yerine, 01.01.1988 tarihinde “Aile Adı” kenar başlıklı 160. madde yürürlüğe girmiştir. Bu maddeye göre, “1-Kocanın adı eşlerin aile adıdır. 2-Ancak kadın nüfus memuruna önceki soyadını aile adının önünde taşımak istediğini bildirebilir. 3-Halen çift soyadı taşımaktaysa, sadece bu iki soyadından ilkinin aile adının önüne koyabilir.” Madde düzenleniş itibarıyla Türk Medeni Kanunu’nun 187. madde hükmü ile benzerlik göstermektedir.²⁰ Bu haliyle kadın evlenmesi halinde kocasının soyadını almak zorunda bırakılmaktadır.²¹

İsviçre Medeni Kanunu’nun adın değiştirilmesini düzenleyen 30. maddesinde, 1998 yılında yürürlüğe giren değişiklik ile nişanlıların haklı sebeplerinin olması halinde kadının soyadının aile soyadı olarak seçilebileceği hüküm altına alınmıştır.²² Kadının soyadının seçilebilmesi ancak haklı sebeplerin olması ve hem kadının hem de erkeğin istemesi halinde mümkün olabileceğinden bu düzenlemenin de eşitliği sağlamaktan uzak olduğu görülmektedir.

30.09.2011 tarihinde yapılan ve 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe giren değişiklik sonrası İsviçre Medeni Kanunu’nun 160. maddesine göre, her eş kendi soyadını korumakta, ancak nişanlılar nüfus memuruna kadının veya erkeğin bekarlık soyadını aile soyadı olarak taşımak/kullanmak istediklerini bildirebilmektedir.²³ “Soyadının değişmezliği”²⁴ ilkesi benimsenerek oluşturulan bu düzenlemeye göre, evlendikten sonra her eş sadece kendi soyadını kullanabilmektedir. Böylelikle İsviçre hukukunda evlendikten sonraki soyadı hususunda kadın ve erkek eşit haklara sahip hale gelmiştir.

²⁰ Erbek Odabaşı, s. 56.

²¹ Helvacı/Kocabaş, s. 626.

²² Bu hüküm nedeniyle erkeğin evlendikten sonra aile soyadının önünde önceki soyadını kullanmasına ilişkin talebin Federal Mahkeme tarafından reddedilmesi üzerine, AİHM 22.02.1994 tarihinde İsviçre’nin AİHS’nin 8. ve 14. maddelerini ihlal ettiğine karar vermiş, bu karar sonrası yapılan yasal düzenleme ile nişanlıların aile soyadı olarak kadının soyadını seçmesi halinde erkeğin aile soyadının önünde kendi soyadını kullanabilme imkânı tanınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Erbek Odabaşı, s.56 vd./Serkan Ayan, “Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar ile Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi, Kendiliğinden Değişmesi ve Değiştirilmesi”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVI, S. 4, 2012, s.44.

²³ Erbek Odabaşı, s. 56.

²⁴ Helvacı/Kocabaş, s. 627.

160. maddenin son halinde eşlerden birinin soyadının ortak aile adı olarak seçilmesi durumunda diğer eşin bekarlık soyadını aile soyadı ile birlikte taşımasına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır.²⁵

Alman Hukuku

Alman hukukunda aile adının belirlenmesi Alman Medeni Kanunu'nun 1355. maddesinde düzenlenmektedir. Maddenin önceki hallerinde kocanın soyadı aile adı olarak kabul edilmekte iken, 1958 yılında yapılan değişiklik ile kadının kendi soyadını aile soyadı ile birlikte kullanmasına imkân tanınmıştır. Aile adına ilişkin maddede yapılan 1976 ve 1993 tarihli değişikliklerin, aile adının belirlenmesine getirdikleri sınırlamalar nedeniyle, Alman Anayasa Mahkemesi tarafından Alman Anayasası'na aykırı bulunması sonrasında 2005 yılında yapılan değişiklik ile madde günümüzdeki haliyle düzenlenmiştir.²⁶

Alman Medeni Kanunu'nun 1355. maddesine göre, kural olarak eşlerin ortak bir aile adı belirlemeleri gerekmektedir. Eşler, nüfus memuruna yapacakları bildirim ile her birinin doğumla aldıkları soyadını ya da bildirim yaptıkları tarihteki soyadını aile adı olarak seçebilmektedirler. Bu seçim, tescil edilmek koşuluyla evlenmeden sonra da yapılabilmektedir. Eşlerden birinin soyadının aile soyadı olarak belirlenmesi halinde diğer eşin, doğumla aldığı soyadını veya aile soyadının bildiri tarihindeki soyadını aile adının önünde veya arkasında kullanması nüfus memuruna yapılacak bildirim ile süreye bağlı olmaksızın mümkün kılınmaktadır. Soyadı birden çok isimden oluşuyorsa yalnızca biri eklenebilmektedir. Aile soyadının birden çok isimden oluşması halinde bu hakkın kullanılması mümkün olmamaktadır. Eşler ortak bir aile adı belirlememişler ise, evlendikleri sırada kendilerine ait olan soyadını kullanmaya devam etmektedirler.

Alman Medeni Kanunu'nun 1355. maddesinin son hali kadın ve erkeğin evlendikten sonraki soyadlarının belirlenmesinde eşit haklara sahip olmalarını sağlamaktadır. Her ne kadar kural olarak bir aile adı belirlenmesi gerekmekte ise de eşler bu hususta zorunlu tutulmamış

²⁵ Saibe Oktay Özdemir, "Aile Hukukunda Eşitliğe Aykırı Hükümler", Prof. Dr. Zahir İmre'ye Armağan, İstanbul, 2009, s.2022.

²⁶ Değişiklikler ve Alman Anayasa Mahkemesi kararlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Helvacı/Kocabaş, s. 620./Erbek Odabaşı, s. 59.

ve madde eşlerin soyadı seçiminde özgürlükçü bir yaklaşım benimsemiştir.

Avusturya Hukuku

Avusturya hukukunda eşlerin soyadına ilişkin düzenlemeler Avusturya Medeni Kanunu'nun 93. maddesinde yer almaktadır. Maddeye göre, nişanlılar evlenme öncesinde veya evlenme sırasında ikisinden birine ait soyadını aile soyadı olarak seçebilmektedirler. Eşlerden birinin soyadının aile soyadı olarak belirlenmesi halinde diğer eş, evlenme öncesinde veya sonrasında, kendi soyadını aile adının önünde veya arkasında kullanabilmektedir. Nişanlıların aile adını seçmemesi halinde erkeğin soyadı aile soyadı olmaktadır. Bu halde kadın evlenme öncesinde veya evlenme sırasında bildirimde bulunarak kendi soyadını kullanmaya devam edebilmektedir.²⁷

Görüldüğü üzere, İsviçre ve Alman hukuklarına nazaran Avusturya hukukunda soyadının belirlenmesinde kadına tanınan hak sadece aile soyadının seçimi ile sınırlı olmaktadır. Bu halde de eşlerin ortak kararı ile kadının soyadı aile soyadı olarak kullanılabilir. Aile adının seçilmemesi halinde erkeğin soyadı aile soyadı olarak kabul edilmekte ve eşlerin kendi soyadlarını kullanmalarına imkân tanıyan bir düzenleme bulunmamaktadır. Ayrıca aile soyadının seçimi evlenme öncesi ve evlenme sırasında yapılabileceğinden evlendikten sonra eşlerin bu konudaki iradelerine önem verilmemektedir.

İspanya Hukuku

İspanya hukukunda eşlerin evlendikten sonra kullanacakları soyadına ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşın evlendikten sonra eşler ortak bir soyadı belirleyebilmekte veya kendi soyadlarını kullanmaya devam edebilmektedirler. Ortak bir soyadı belirlenmesi halinde, kadın kendi soyadını aile soyadına ekleyebilmektedir.²⁸

²⁷ Ayan, s.47.

²⁸ Kübra Kamelya Efedayioğlu, "Evli Kadının Soyadı Problemi", *Ankara Barosu Dergisi*, C. 77, S. 4, 2019, s. 18./ Ece Göztepe, "Anayasal Eşitlik Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 1999, 54-2, s. 122.

Fransız Hukuku

Fransız hukukunda eşlerin soyadına ilişkin düzenlemeler Fransız Medeni Kanunu'nun 225-1. maddesinde yer almaktadır. Önceleri kadının evlendikten sonra kocasının soyadını alacağı benimsenmişken kadın-erkek eşitliğine yönelik gelişmeler neticesinde erkeği yansıttığı düşünülen "soyadı" kelimesi yerine "aile adı" ifadesi kullanılmaya başlanmış ve kanuni değişiklikler de bu bakış açısından etkilenmiştir.²⁹

2013-404 numaralı 17 Mayıs 2013 tarihli Kanun ile aynı cinsten kişilerin evlenmesi mümkün hale gelmiştir. Bu nedenle aile adı düzenlenirken de bu özgürlükçü yaklaşım benimsenmiştir. Fransız hukukuna göre, eşler evlendikten sonra kendi soyadlarını taşımaya devam edebilecekleri gibi, birbirlerinin soyadını da alabilmektedirler. Bir eş evlendikten sonra diğer eşin soyadını kullanmak isterse kimlik belgelerinde diğer eşin soyadının yer alması gerekmektedir. Ayrıca eşler diğer eşin soyadının önünde veya arkasında kendi soyadlarını kullanabilmektedir. "Diğer eşin soyadını alma hakkı Fransız hukukunda basit bir kullanma hakkıdır".³⁰

İskandinav Hukuku

"Danimarka, Norveç, İsveç ve Finlandiya'nın dahil olduğu bu hukuk çevresinde evlilikte ortak soyadı yükümlülüğü kaldırılmıştır. Bu ülkelerde eşler isterlerse ortak bir soyadı kullanabilirler.; isterlerse kendi soyadlarını kullanmayı sürdürebilirler."³¹

III. KADININ EVLENDİKTEN SONRA ÖNCEKİ SOYADINI KULLANMASINA İLİŞKİN AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN DEĞERLENDİRMESİ

İnsan hak ve özgürlükleri yüzyıllardır müdahalelere açık bir konumda olmuş, bu müdahalelerin önlenmesi ve insan hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınabilmesi adına ulusal ve uluslararası alanda birçok adım atılmıştır. Bu adımlardan biri de Türkiye'nin kurucu üyelerinden olduğu Avrupa Konseyi tarafından hazırlanıp, 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanan ve 3 Eylül 1953'te yürürlüğe gi-

²⁹ Helvacı/Kocabaş, s. 617.

³⁰ Helvacı/Kocabaş, s. 618.

³¹ Göztepe, s. 122.

ren “İnsan Hakları ve Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi’dir (AİHS)”. Sözleşme Türkiye tarafından 4 Kasım 1950 tarihinde imzalanmış, 10 Mart 1954 tarihinde onaylanıp 18 Mayıs 1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir.³² Sözleşme’de kişilerin soyadına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında kadının evlendikten sonra önceki soyadını kullanması hususu Sözleşme’nin “Özel ve Aile Hayatına Saygı” kenar başlıklı 8. maddesi³³ ve “Ayrımcılık Yasağı” kenar başlıklı 14. maddesi³⁴ kapsamında ele alınmaktadır.

AİHS kapsamında kadının evlenmeden önceki soyadını kullanması talebiyle yapılan ilk başvuru,³⁵ parlamento seçimlerine sadece evlenmeden önceki soyadıyla katılmak isteyen, toplumda önceki soyadıyla bilindiğini ve önceki soyadını kullanmadığı takdirde seçimleri kaybedebileceğini ileri süren Lucie Hagmann-Hüsler’in başvurusudur. Evlenmeden önceki soyadının kullanılmasını talebinin İsviçre idari makamları tarafından reddedilmesinin Sözleşme’nin 8. maddesine aykırılık teşkil ettiğinden bahisle Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’na yapılan başvuru neticesinde Komisyon, seçimlerin madde kapsamında ele alınmasının geniş bir yorum olacağını, ancak kadının seçim çalışmalarında şimdiki soyadı ile önceki soyadını birlikte kullanabileceğini, toplumsal hayatta kendisini tanıtabilmesi için bunun yeterli olduğunu, ailenin tamamının aynı soyadını kullanmasının tanınabilirliği sağladığını, soyadına ilişkin ayırımın objektif ve makul olması nedeniyle ayrımcılık yasağını ihlal etmediğini belirtmiştir.³⁶

³² Deniz Ergene, “İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadı Meselesi ve Medenî Kanun’da Değişiklik Önerisi”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, S. 31, 2011, s.148.

³³ “Madde 8- 1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir”.

³⁴ “Madde 14- Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır”.

³⁵ Hagmann-Hüsler/İsviçre, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Başvuru No. 8042/77, K.T. 15.12.1977.

³⁶ Ergene, s.150.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan ilk başvuru³⁷ ise Alman Medeni Kanunu'nun 1355. maddesine göre aile adı olarak kadının soyadının seçilmesi halinde erkeğin aile soyadı ile birlikte kendi soyadını kullanma talebinin İsviçre idari ve adli mercilerince reddedilmesinin Sözleşme'nin 8. ve 14. maddelerine aykırılık teşkil ettiğinden bahisle yapılmıştır. İsviçre savunmasında aile birliğinin korunması amacıyla aile adının seçiminde eşlere eşit haklar tanınmadığını belirtmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararında, İsviçre Medeni Kanunu ile aile adı olarak erkeğin soyadının belirlenmesi halinde kadının kendi soyadını bu aile adının önünde kullanabilmesine imkân verildiğini, kadının soyadının aile adı olarak belirlenmesi halinde erkeğin önceki soyadını bu aile adının önünde kullanabilmesine imkan verilmediğini, bu imkanın verilmesinin aile birliğinin korunmasına etki etmeyeceğini, kadın-erkek eşitliğinin sağlanması gerektiğini belirtmektedir. Mahkeme kararında ayrıca, soyadının kişinin ait olduğu ailenin belirlenmesine dair klasik işlevi yanında kişinin sosyalleşebilmesi, kendini tanıtabilmesi için de önemli olduğunu belirtmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu kararı soyadı konusunda kadın-erkek eşitliğinin sağlanması bakımından önemli bir adımdır. Bu karar sonrası İsviçre Medeni Kanunu'nda yapılan değişiklik ile aile soyadı olarak kadının soyadını seçmesi halinde erkeğin aile soyadının önünde kendi soyadını kullanabilme imkânı tanınmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi soyadına ilişkin vermiş olduğu başkaca kararlarında³⁸ da soyadının önemini vurgulamaktadır. Mahkeme kararlarında, soyadının kişilerin mesleki hayatlarıyla birlikte özel ve aile hayatlarında diğer insanlarla sosyal, kültürel vb. ilişkiler kurabilmesi için, kendisini dış dünyaya tanıtabilmesi için, kişinin kimliği ve aile bağlarının belirlenmesi için gerekli ve önemli olduğunu belirtmiştir.³⁹

³⁷ Burghatz/İsviçre, AİHM, Başvuru No. 16213/90, K.T. 22 Şubat 1994. < <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22languageisocode%22:%5B%22ENG%22%5D,%22appno%22:%5B%2216213/90%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-57865%22%5D%7D> > Erişim Tarihi:10.08.2023.

³⁸ Stjerna/Finlandiya, AİHM, Başvuru No. 18131/91, K.T. 25/11/1994; Ntemletz/Almanya, Başvuru No. 13710/88, K.T. 16.12.1992.

³⁹ Ayşe Havutçu/Yasemin Kalkancı, "Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Işığında Kadının Soyadı", *Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2, Aralık 2020, s. 137.

Kadının evlenmeden önceki soyadını kullanması bakımından birçok ülkeyi olumlu yönde etkileyen ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Türkiye aleyhine yapılan Ayten Ünal Tekeli başvurusudur.⁴⁰ Evlendikten sonra eşinin soyadını alan başvuran iş hayatında kızlık soyadıyla tanındığından, bu soyadını eşinin soyadının önünde kullanmaya devam etmiş, ancak resmi işlemlerde her iki soyadını da kullanamamıştır. Yalnızca kızlık soyadını kullanmak için yerel mahkemeye yaptığı başvuru Türk Medeni Kanunu'nun 153. maddesine göre evli kadınların evlilikleri süresince kocalarının ismini taşımaları gerektiğinden bahisle reddedilmiş, kararın temyiz edilmesi üzerine Yargıtay da istemi reddetmiştir. Yargıtay kararı sonrasında, 14 Mayıs 1997 tarihinde Türk Medeni Kanunu'nun 153. maddesinde yapılan değişiklik ile kadınlara evlendikten sonra kızlık soyadlarını eşlerinin soyadlarının önüne ekleyebilme hakkı tanınmıştır. 2002 tarihli yeni Medeni Kanun'un 187. maddesi ise, eski 153. maddeyle aynı hükümleri içermektedir. Başvuran kadınların evlendikten sonra sadece kızlık soyadlarını kullanamamalarına karşın, erkeklerin evlenmeden önceki soyadlarını kullanabilmelerinin "cinsiyete dayalı ayrımcılık olduğunu ve AİHS'nin 8. ve 14. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür."⁴¹

Türkiye, Ünal Tekeli davasındaki savunmasında, başvuranın evlendiği tarihte stajyer avukat olduğunu, avukatlık mesleğini yapmaya başladığında kocasının soyadını almış olduğunu, evlendikten sonraki soyadı değişikliğinin iş hayatında bir sorun yaratmasının mümkün olmadığını belirtmiştir. Bunun yanı sıra "aile birliği ile soyadı arasında bir ilişki olduğunu ve Türk mevzuatının ailelerin kocanın ismini almasını sağlayarak ortak bir isim kullanımı yoluyla aile birliğini vurgulayan bir düzenlemeyi benimsediğini";⁴² aile birliğinin bir kamu düzeni meselesi olduğunu ve birey kamu düzeniyle temasa geçtiği an özel yaşam sona erdiğini, bu sebeplerle durumun cinsiyetler arasında farklı muamele teşkil etmesine rağmen, nesnel ve makul temelleri olması nedeniyle ayrımcılık oluşturmadığını, "14 Mayıs 1997'de Medeni Kanun'un 153. maddesinin değiştirilmesinden sonra evli kadınların kızlık soyadlarını evlilikten sonraki soyadlarının önünde

⁴⁰ Ünal Tekeli/Türkiye, AİHM, Başvuru No. 29865/96, K.T. 16.11.2004.

⁴¹ Paragraf 43.

⁴² Paragraf 45.

kullanabildiklerini”,⁴³ “doğum, evlilik ve ölüm kütüğünde yapılacak bir sistem değişikliğinin büyük zorluklar”⁴⁴ yaratacağını, “kadınların %68,8’inin çok kısıtlı ekonomik özgürlüğe sahip olduğunu”⁴⁵ ve “kocanın soyadına dayalı ortak bir soyadının kadının ailedeki konumunu güçlendirmeye yönelik olduğunu”⁴⁶ ifade etmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise “soyadının mesleki yaşamın yanı sıra, insanlarla sosyal, kültürel ve diğer türden ilişkiler kurma ve geliştirme becerisi açısından özel ve aile yaşamlarında da kişiyi tanımladığını”⁴⁷ belirterek, “söz konusu davada başvuranın, özel çevrelerde ve kültürel ya da siyasi etkinliklerde tanındığı kendi soyadı olan Ünal’ı kullanmasına izin verilmemesinin, mesleki olmayan etkinliklerini büyük ölçüde etkilemiş olabileceğini”,⁴⁸ bu nedenle başvuranın, aleyhinde verilen kararlar nedeniyle mağdur olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme tarafından, bir kimlik belirleme ve aile bağı aracı olan ve başkalarıyla ilişki kurma hakkını kapsayan insanın isminin özel ve aile yaşamını etkilemesi nedeniyle AIHS’nin 8.maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca evli kadınların evlendikten sonra yalnızca kızlık soyadlarını yasal olarak kullanamamalarına karşın evli erkeklerin evlenmeden önceki soyadlarını kullanabilmelerinin benzer konumdaki kişiler arasında “cinsiyete dayalı farklı muamele”⁴⁹ teşkil ettiği ve Türkiye’nin konuya ilişkin savunmasının ayrımcılık için makul ve nesnel bir gerekçe içermediği ifade edilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Ünal Tekeli/Türkiye kararında Avrupa Konseyi’nin ve Birleşmiş Milletler’in soyadı ve kadın-erkek eşitliği hususundaki çalışmalarına da değinmektedir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin tavsiye kararlarında ülkelerin soyadı seçimi konusundaki kadın ve erkek arasındaki ayrımcılıkların ortadan kaldırılması ve kadınlarla erkeklerin bu alandaki eşitliğinin tam olarak sağlanması için gerekli tüm önlemleri almalarını ya da alınan

⁴³ Paragraf 47.

⁴⁴ Paragraf 48.

⁴⁵ Paragraf 46.

⁴⁶ Paragraf 46.

⁴⁷ Paragraf 35.

⁴⁸ Paragraf 35.

⁴⁹ Paragraf 55.

önlemleri güçlendirmelerini önermektedir.⁵⁰ Birleşmiş Milletler de konuya ilişkin uluslararası metinlerinde kadın-erkek eşitliğine vurgu yapmakta ve taraf Devletlerin eşitliği sağlama konusunda gerekli önlemleri almalarını belirtmektedir. Birleşmiş Milletler Genel Meclisi tarafından 19 Aralık 1966'da kabul edilen ve Türkiye bakımından 23 Aralık 2003 tarihinden itibaren hüküm doğurmaya başlayan Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 3. maddesinde "Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, bu Sözleşmede yer alan bütün kişisel ve siyasal hakların kullanılmasında eşit haklar sağlamayı taahhüt eder" hükmü yer almaktadır. Sözleşme'nin 23. maddesinin 4. fıkrasında "Bu Sözleşmeye taraf Devletler, eşlerin evlilik konusunda, evliliğin devam ettiği sürece ve boşanmada eşit hak ve yükümlülükler sahip olmaları için gerekli önlemleri alır. Boşanma halinde çocukların korunması için gerekli hükümler konur" hükmü yer almaktadır. Bu hüküm, AİHS'nin 7 No.'lu Protokolü'nün⁵¹ 5. maddesine temel teşkil etmektedir. Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin (CEDAW)⁵² 16. maddesinin 1.fıkrasının g bendinde "Taraf Devletler kadınlara karşı evlilik ve aile ilişkileri

⁵⁰ Bakanlar Komitesi'nin medeni hukukta eşlerin eşitliğine dair (söz konusu Protokol'den önce kabul edilen) 27 Ekim 1978 tarihli, (78) 37 sayılı Kararının 6. Paragrafı soyadına ilişkin eşitsizliklerin giderilmesi adına "6. ...eşlerden birinin kendi soyadını değiştirerek diğerinin soyadını almasını yasal bir zorunluluk olmaktan çıkartmak üzere bir düzenlemeye gidilmesi ve bu yapılırken aşağıdaki örnek sistemlerden birine bağlı kalınması:

i. eşlerin ortak bir soyadı, özellikle de eşlerden birinin soyadı, her iki eşin soyadlarının birleştirilmesiyle oluşan bir soyadı ya da her iki eşe de ait olmayan bir soyadı üzerinde anlaşması;

ii. her iki eşin de evlilikten önceki soyadlarını değiştirmemesi

iii. yasalar uyarınca ortak soyadının her iki eşin soyadlarının birleştirilmesi suretiyle oluşturulması" şeklinde bir kısım çözümler önermektedir.

⁵¹ Protokol 22 Kasım 1984 tarihinde imzaya açılmış ve 1 Kasım 1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Protokol'ü 14 Mart 1985 tarihinde imzalamış ise de onaylanması 2016 yılında olmuş ve Protokol, Türkiye bakımından 1 Ağustos 2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁵² 11.6.1985 tarih, 3222 sayılı "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesinin Uygun Bulunduğuna Dair Kanun", 01.07.1985 T., 85/9722 s. Bakanlara Kurulu kararı ile onaylanmıştır. Sözleşme, (RG.14.11.1985 tarih, 18898 s.) Türkiye bakımından 19.01.1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir. "Türkiye, 19 Ocak 1986'da sözleşmeyi onaylarken Medeni Kanun'un aile ilişkilerini düzenleyen bazı hükümlerinin, Sözleşme'nin 15. ve 16. maddeleriyle uyumlu olmayabileceğine yönelik bir çekince koymuştur. 30 Eylül 1999 tarihinde bu çekincesini kaldırmıştır". Ünal Tekeli/Türkiye, AİHM, Başvuru No. 29865/96, K.T. 16.11.2004, Paragraf 48.

konusunda ayrımı önlemek için gerekli bütün önlemleri alacaklar ve özellikle kadın-erkek eşitliği ilkesine dayanarak kadınlara aşağıdaki hakları sağlayacaklardır: ... (g) Aile adı, meslek ve iş seçimi dahil her iki eş (kadın-erkek) için geçerli, eşit kişisel haklar;" şeklinde belirtilmektedir. Türkiye'de bu metinler doğrultusunda 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile kadın-erkek eşitliğinin sağlanmasına yönelik önemli değişiklikler yapılmış ise de Avrupa Konseyi'nin üye ülkeleri arasında sadece Türkiye'de kocanın soyadı aile soyadı olarak kabul edilmekte ve kadının evlendikten sonra kendi soyadını kaybetmesi söz konusu olmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararında, geleneksel bir yaklaşım olan aile birliğinin erkeğin soyadı ile temsil edilmesi yerine, erkek-kadın eşitliğine ve ayrımcılık yasağına verilen önem doğrultusunda aile birliğinin kadının ya da erkeğin soyadıyla veya eşlerin birlikte seçecekleri soyadıyla temsil edilebileceğini belirtmektedir. Ayrıca Mahkeme'ye göre, Avrupa'daki uygulamalar nazara alındığında eşlerin ortak bir aile adı kullanmak istememeleri halinde de aile birliğinin sağlanabildiği görülmekte olup, Türkiye ortak bir aile ismi bulunmadığında karşılaşılabilecek somut ya da önemli bir sorun gösterememekte, bu nedenle evlendikten sonra kadının kızlık soyadıyla birlikte bile olsa, erkeğin soyadını almak zorunda bırakılmasının nesnel ve makul bir nedeni bulunmamaktadır. Tüm bu değerlendirmeler dikkate alındığında Mahkeme, evlendikten sonra eşlerin soyadı seçiminde özgür olmaları gerektiğini, kişilerin seçtikleri soyadıyla saygınlık ve itibarla yaşamalarını sağlamak adına bu durumun nüfus kayıtlarının tutulmasında yaratacağı sıkıntıların katlanılabilir olduğunu belirterek, söz konusu farklı muamelenin AİHS'nin 8. maddesiyle beraber düşünüldüğünde 14. maddesini ihlal ettiği sonucuna varmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Ünal Tekeli/Türkiye davası sonrasında soyadına ilişkin yapılan başvurularda⁵³ da aynı gerekçelere dayanarak eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı yönünden ihlal kararı vermeye devam etmektedir. Mahkeme'nin kararlarından da anlaşılacağı üzere, soyadı, kişinin kimliğinin bir parçası olarak kişilik hakkı

⁵³ Losonci Rose ve Rose/İsviçre, AİHM, Başvuru No. 664/06, K.T. 09.11.2010; Leventoğlu Abdülkadiroğlu/Türkiye, AİHM, Başvuru No.7971/07, K.T. 28.05.2013; Tuncer Güneş/Türkiye, AİHM, Başvuru No. 26268/08, K.T. 03.10.2013; Tanbay Tüten/Türkiye, AİHM, Başvuru No. 38249/09, K.T. 10.12.2013

kapsamında değerlendirilmekte⁵⁴ ve bir insan hakkı olarak korunmaya değer görülmektedir. Kişilerin sosyal varoluşlarına katkı sunan soyadları üzerindeki haklarının korunması, aile birliğinin temsilinden daha önemli kabul edilmekte ve bu hakkın kadın ya da erkek olduğuna bakılmaksızın tüm kişiler yönünden eşit olarak kullanılmasına imkân sağlanması gerekmektedir. Türkiye'nin de tarafı olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. ve 14.maddeleri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek Protokol No.7'nin 5. maddesi, Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin (CEDAW) 16. maddesinin 1.fıkrası nazara alındığında tüm taraf Devletler tarafından evlendikten sonra kullanılacak soyadı konusunda eşler arasında eşitliği sağlayacak ve kişilerin soyadı üzerindeki haklarını koruyacak yasal düzenlemeler yapılmalıdır.

IV. KADININ EVLENDİKTEN SONRA ÖNCEKİ SOYADINI KULLANMASINA İLİŞKİN ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI VE YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARI

Anayasa Mahkemesi, kadının evlendikten sonra münhasıran kendi soyadını kullanması hususunu 1998, 2011 ve 2013 yıllarında vermiş olduğu kararlarıyla ele almıştır. Ancak kararlarında genel anlamda Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesine (eski Medeni Kanun'un 153. maddesine) hâkim olan ataerkil yaklaşımdan⁵⁵ uzaklaşmadığını söylemek mümkündür.

Anayasa Mahkemesi'nin 1997/61 E. ve 1998/59 K. Sayılı, 29.09.1998 Tarihli Kararı

Evlendikten sonra kadının önceki soyadını kullanması hususu Anayasa Mahkemesi önüne ilk kez somut norm denetimi yoluyla gelmiştir. Açılan davada itiraz yoluna başvuran ilk derece mahkemesi, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 14.5.1997 tarih ve 4248 sayılı Kanun ile değiştirilen 153. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'nın 12.

⁵⁴ Abik, s. 40.

⁵⁵ Gülmelek Doğanay, "Eril Yargıya Karşı Kadının Soyadı Mücadelesi Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi", *Sosyoloji Araştırmaları Dergisi*, C. 18, S. 2, 2015, s. 48.

ve 17. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.⁵⁶ Anayasa Mahkemesi, başvuran Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada davacı kadının kendi soyadının aile soyadı olmasını istediğini belirterek, 743 sayılı Kanun'un 153. maddesinin 4248 sayılı Kanun ile değiştirilen birinci fıkrası yönünden incelemesini "Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır" sözcükleriyle sınırlı olarak yapmıştır. Anayasa Mahkemesi, "İtiraz konusu '*Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır*' kuralı kimi sosyal gerçeklerin doğurduğu zorunluluklardan ve yasakoyucunun yıllar boyu kökleşmiş bir geleneği kurumsallaştırmasından kaynaklanmaktadır. 'Aile hukuku' öğretisinde de kadının erkeğe göre farklı yaratıldığı, zorunluluklar ve toplumsal gerçekler karşısında kadının korunması, aile bağlarının güçlendirilmesi, evlilik birliğinde düzen ve uyum sağlanması, aile içinde iki başlılığın önlenmesi gerektiği gibi hususlarda görüşler bulunmaktadır. Kullanılan aile isminin kuşaktan kuşağa doğumla geçmesiyle aile birliği ve bütünlüğü devam etmiş olacaktır. Aile birliğinin sağlanması için yasakoyucu eşlerden birisine öncelik tanımıştır. Kamu yararı, kamu düzeni ve kimi zorunluluklar soyadının kocadan geçmesinin tercih nedeni olduğunu göstermektedir. Kaldı ki itiraz konusu kural da aile isminin sadece erkeğin soyadına bağlanacağı öngörülmemekte, kadının başvurusu durumunda kocanın soyadıyla birlikte kızlık soyadını da kullanma olanağı bulunmaktadır. Kadının evlenmekle kocasının soyadını almasının cinsiyet ayırımına dayanan bir farklılaş-

⁵⁶ Mahkeme başvurusunda "herkesin kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere, yaşama, maddi ve manevî varlığını koruma ve geliştirme haklarına sahip olduğunu, kişiye özgü bütün bu hak ve özgürlüklerin kullanılması, sınırlanması ve devredilmesinin bizzat kendi iradesine dayandığını, kimsenin kimseye zarar vermeden ve hakkını zedelemeyen sosyal birey olmasının gerektirdiği hak ve özgürlükleri de olabildiğince kullanarak ve geliştirerek yaşamayı gerektiğini belirterek devlet ağırlıklı toplumlarda örf, ahlâk ve benzeri gerekçelerle bireylerin özgür iç dünyalarının baskı altına alındığını, sindirilen özgürlük özlemlerinin kişilerin iç ve dış dünyalarını kararttığını, böyle bir toplum yapısında baskın çıkan erkeğin elindeki erki kadına ve çocuğa karşı kullandığını, buna karşılık, Avrupa'dan da esinlenen Türk kadınının kendi kimlik arayışına başladığını, bu onur mücadelesinin amacının erkeği dışlamak ve önüne geçmek olmayıp yan yana ve eşit şartlarda yürümek olduğunu, bundan böyle cinsiyet ayırımına son verilmesi ve dava konusu olayda olduğu gibi, kadın ve erkeğin uzlaşması halinde kadının soyadının aile soyadı olarak kayda geçilmesinin gerektiğini, ne var ki, Medenî Kanun'un 153. maddesinin birinci fıkrasının bunu engellediğini, bu nedenle kuralın Anayasa'nın 12. ve 17. maddelerine aykırılık oluşturduğunu ileri sürmektedir." Anayasa Mahkemesi'nin 1997/61 E. ve 1998/59 K. sayılı, 29.09.1998 tarihli kararında paragraf numarası yer almadığından belirtilememiştir.

ma yarattığı savı da yerinde değildir. Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Kişilerin haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkelerine aykırılık oluşturmaz. Durum ve konumlarındaki özellikler kimi kişilerin ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerekli kılabilir. Yasakoyucunun aile soyadı olarak kocanın soyadına öncelik vermesi belirtilen haklı nedenler karşısında eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır".⁵⁷ gerekçesiyle itiraza konu hükmün Anayasa'nın 12. ve 17. maddelerine aykırı olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesinde aile birliğinin korunması için yasakoyucunun erkeğin soyadının aile soyadı olarak kullanılması yönünde bilinçli bir tercih yaptığını belirtmiş, bu tercihin gerekçesi olarak "kamu yararı, kamu düzeni ve kimi zorunluluklar"⁵⁸ nedenlerini ifade etmiştir. Her ne kadar kararda haklı bir nedenle eşitlik ilkesine aykırı yasal düzenleme yapılabileceği belirtilmiş ise de itiraza konu hükmün düzenlenişine ilişkin ifade edilen nedenlerin somut ve haklı olmadığı ortadadır. Ayrıca kadının evlendikten sonra eşinin soyadının önünde kızlık soyadını kullanabilme olanağının da bulunduğu belirtilmiş ise de karar bu yönüyle de tartışmaya açıktır. Kadına böyle bir hak tanınsa da kadının evlendikten sonra soyadının değişmesi zorunlu tutulmaktadır. Erkeğin doğumla kazandığı soyadı evlendikten sonra aynı kalırken, kadının soyadının değişmesi ya da doğumla kazandığı soyadını eşinin soyadıyla birlikte kullanmasının zorunlu tutulması eşitlik ilkesine aykırıdır. Anayasa Mahkemesi kararında bu durumu göz ardı ederek toplumdaki ataerkil bakış açısını kararına taşımıştır.

Kararda Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'ne değinilmemektedir.⁵⁹ Türkiye Sözleşme'nin konuyla ilgili olan 16. maddesinin 1. fıkrasının g bendine koymuş olduğu çekinceyi Anayasa Mahkemesi'nin kararından sonraki bir tarihte, 30 Eylül 1999'da kaldırmıştır.

⁵⁷ Anayasa Mahkemesi, 1997/61 E. ve 1998/59 K. sayılı, 29.09.1998 < <https://norm-kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1998-59-nrm.pdf> > Erişim Tarihi: 10.08.2023.

⁵⁸ Kararda paragraf numarası bulunmadığından ilgili paragraf gösterilememiştir.

⁵⁹ Ünal Özkorkut, s. 28.

Oy çokluğu ile alınan karara ilişkin karşı oy gerekçesinde ise, itiraza konu hüküm doğrultusunda evlendikten sonra kadının kocasının soyadını almasına rağmen, kocanın soyadında bir değişiklik olmamasının Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan ve kadın-erkek eşitliğini de içinde barındıran eşitlik ilkesine aykırı olduğu, cinsiyeti ne olursa olsun kişilerin aynı hukuksal statüye bağlı tutulmasını gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'ne değinilerek Sözleşme gereği kadın ve erkeğin eşit haklara sahip olmasının yasal düzenlemelere yansıtılması gerektiği ifade edilmiştir. Karşıoy gerekçesinde *"Anayasa'nın Başlangıcı ile 174. maddesinde dile getirilen çağdaş uygarlık düzeyine ulaşma amacı bu uygarlığın hukuk alanına yansımaları olan hak ve özgürlüklerle ilgili uluslararası belgelerin, Anayasa kurallarıyla birlikte değerlendirilmesini gerektirmektedir. Bu anlayış içinde bakıldığında, yalnız kadın yönünden zorlama getirdiği anlaşılan 'Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır.' biçimindeki itiraz konusu kural, evlilik birliği içinde hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumda bulunan taraflardan kocayı kadın karşısında üstün duruma getirmektedir. Bu eşitsizliği kamu düzeni kamu yararı gibi soyut kavramlarla açıklamak da olanaklı değildir. Çünkü bu tür gerekçelerin, ancak kamu düzenini bozan ya da kamusal yararı zedeleyen somut olayların varlığı halinde geçerli olabileceği açıktır. Evlenen kadının soyadı üzerindeki kişilik hakkının kimi olasılıklara veya varsayımlara dayanılarak sınırlandırılmasının demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaştığı ileri sürülemez. Bu nedenle itiraz konusu kural Anayasa'nın 13. maddesi ile de uyum içinde değildir"*.⁶⁰ şeklinde belirtilmiş ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu konuda vermiş olduğu 22 Şubat 1994 tarihli Burghatz/İsviçre kararına atıf yapılarak itiraza konu düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırı olduğu ifade edilmiştir. Karşıoya göre, eşlere soyadı seçiminde özgürlük tanınmaması *"kadının soyadı üzerindeki kişilik haklarını sınırlaması, bu yolla onun maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına bir müdahale niteliği taşıması nedeniyle"* Anayasa'nın 17. maddesine de aykırılık teşkil etmektedir.

Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi kararının dayandığı gerekçe yetersiz ve soyut kalmakta, karşı oy gerekçesi ise konuya ilişkin tüm noktaları ele alarak somut ve güncel değerlendirmeler içermek-

⁶⁰ Anayasa Mahkemesi, 1997/61 E. ve 1998/59 K. sayılı, 29.09.1998 tarihli Kararına ilişkin Mustafa Bumin, Yalçın Acargün, Fulya Kantarcıoğlu'nun karşı oy gerekçesi.

tedir. Bunun yanı sıra, karşı oy gerekçesi, soyadını bir kişilik hakkı olarak ele alan, bu hakka müdahalenin kişinin maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlali olarak değerlendiren ve evlendikten sonra eşlerin soyadının belirlenmesi hususunda kadın ve erkeğin eşit haklara sahip olması gerektiğini vurgulayan uluslararası metinlerle de örtüşmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin 2009/85 E. ve 2011/49 K. Sayılı, 10/03/2011 Tarihli Kararı

Anayasa Mahkemesi, 1998 yılında vermiş olduğu karar sonrası, kadının evlendikten sonra sadece önceki soyadını kullanması konusunu 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 187. maddesine ilişkin olarak somut norm denetimi yoluyla ele almıştır. Kadının evlendikten sonra sadece önceki soyadını kullanması istemiyle açılan davalarda ilk derece mahkemeleri, 22.11.2001 tarihli, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 187. maddesinin Anayasa'nın 2., 10., 12., 17., 41. ve 90.⁶¹ maddelerine aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir.

Anayasa Mahkemesi kararında, "Soyadı, belli bir ailenin bireylerini diğer ailenin bireylerinden ayırmaya yarayan ve kuşaktan kuşağa geçen addır. Bir kimsenin kimliğinin belirlenmesinde en önemli unsur olan soyadı, vazgeçilemez, devredilemez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkıdır. Ayrıca 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 1. maddesinde yer alan "*Her Türk öz adından başka soy adını da taşımağa mecburdur*" hükmü gereğince, soyadı kullanmak kişilere yüklenmiş bir yükümlülüktür. Türk hukukunda aile ismi ile eş anlamda kullanılan soyadının, kişinin kimliğini belirleme işlevi yanında, ailesini ve soyunu belirleme, kişiyi başka ailelerin bireylerinden ayırt etme işlevleri de bulunmaktadır. Bu işlevleri nedeniyle yasakoyucu, nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi, soyun belirlenmesi, ailenin korunması gibi sebeplerle soyadı kullanımını yasal düzenlemelerle kural altına almaktadır. İtiraz konusu "*Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır*" kuralının da aile birliğinin korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, nüfus kayıtlarının dü-

⁶¹ Anayasa Mahkemesi'nin 1998 yılında vermiş olduğu karardan sonra Anayasa'nın 10, 41 ve 90. maddelerinde yapılan önemli değişikliklere rağmen Mahkeme 1998 yılındaki kararından dönmemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünal Özkorkut, s. 28.

zenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi ve soyun belirlenmesi gibi kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri nedeniyle kabul edildiği anlaşılmaktadır”.⁶² şeklinde belirtmiş, bir yandan soyadının kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğunu belirtirken, bir yandan da itiraz konusu kuralın getirilişini öncelikle aile birliğinin korunması ve güçlendirilmesi olmak üzere kamu yararı ve kamu düzeni gereklerine bağlamıştır.

Kararda Anayasa'nın 41. maddesi, “İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 16. Maddesi,”⁶³ “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 10. maddesi”⁶⁴ ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesine değinilerek, ailenin birliği ve bütünlüğünün korunması gerektiği, itiraza konu düzenlemenin de bu amaca hizmet ettiği, kişilik hakkı olan soyadına kamu yararı ve kamu düzeni gereği Anayasa'ya uygun olarak müdahale edilebileceği belirtilmiştir. Ve hatta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının da bu doğrultuda olduğunu ifade ederek itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2., 10., 12., 17. ve 41. maddelerine aykırı olmadığına ve Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi bulunmadığına oyçokluğuyla karar vermiştir. Ana-

⁶² AYM, 2009/85 E. ve 2011/49 K. sayılı, 10.03.2011 tarihli kararında paragraf numarası bulunmadığından ilgili paragraf gösterilememiştir.

⁶³ “Madde 16- 1. Evlilik çağına varan her erkek ve kadın, ırk, uyrukluk veya din bakımından hiçbir kısıtlamaya tabi olmaksızın evlenmek ve aile kurmak hakkına haizdir. Her erkek ve kadın evlenme konusunda, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesinde eşit hakları haizdir.

2. Evlenme akdi ancak müstakbel eşlerin serbest ve tam rızasıyla yapılır.

3. Aile, cemiyetin tabii ve temel unsurudur, cemiyet ve devlet tarafından korunmak hakkını haizdir”.

⁶⁴ “Madde 10- Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler aşağıdaki hususları kabul ederler: 1. Toplumun doğal ve temel birimi olan aileye, özellikle ailenin kurulması için ve aileye bağımlı çocukların bakım ve eğitiminden sorumlu oldukları sürece, en geniş koruma ve yardımın yapılması gerektiğini kabul ederler. Evlenme, buna istekli olan eşlerin hür rızası ile olmalıdır.

2. Annelere, doğumdan önce ve sonra makul bir süreyle özel bir koruma sağlanmalıdır. Bu dönem içinde, çalışan anneler ücretli izinden ya da yeterli sosyal güvenlik tedbirlerini kapsayan izinden yararlanmalıdırlar.

3. Bütün çocuklar ve gençler yararına, ebeveynlikten ya da başka koşullardan dolayı hiçbir ayırım gözetilmeksizin, özel koruma ve yardım tedbirleri alınmalıdır. Çocuklar ve gençler ekonomik ve sosyal sömürden korunmalıdır. Onların ahlaki değerlerine ya da sağlıklarına zararlı olabilecek, hayatlarını tehlikeye sokabilecek ya da normal gelişmelerini engelleyebilecek işlerde çalıştırılmaları yasalarla cezalandırılmalıdır. Devletler, ayrıca, yaş sınırları koyarak, çocukların bu yaş sınırları altında ücretli olarak çalıştırılmasını yasalarla yasaklamalı ve cezalandırmalıdır”.

yasa Mahkemesi'nin kararında, "kadının soyadı üzerindeki hakkının hukuki niteliğine değil, soyadının aileyi ve soyu belirleme işlevine öncelik"⁶⁵ verdiği söylenebilmektedir.

Karara ilişkin olarak üç ayrı karşı oy gerekçesi yazılmıştır. Karşı oy gerekçelerinden ilkinde,⁶⁶ itiraza konu kuralın kadın ve erkek arasında eşit bir düzenleme olmadığı, "soyadı kullanımına kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri uyarınca müdahale"⁶⁷ edilmesinin mümkün olmadığı, aile bağları bakımından erkeğin soyadına üstünlük tanınmasının Anayasa'ya aykırı olduğu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ünal Tekeli/Türkiye kararına da değinilerek, itiraza konu kuralın Anayasa'nın 10. ve 17. maddelerine aykırı olduğu belirtilmektedir.

Diğer karşı oy gerekçesinde⁶⁸, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ünal Tekeli/Türkiye kararına değinilmekte, Anayasa'nın 10. maddesinin kadın-erkek eşitliğini düzenlediği ve buna aykırı olan yasal düzenlemelerin gözden geçirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Ayrıca "Bu bağlamda, kimi çekinceler içermekle birlikte Türkiye tarafından da imzalanıp 1985'de onaylanan Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi; 1954 de onaylanan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve imzalanan ancak henüz onaylanmayan Ek 7. No'lu Protokol; 2003 de onaylanan BM Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi gibi belgelerde cinsiyete dayalı ayrımcılık reddedilirken, aile içinde eşlerin aynı haklara eşit biçimde sahip olmaları gereği açık biçimde kabul edilmiştir. Ayrıca Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 27.9.1978 tarihli, 37 sayılı ve 5.2.1985 günlü, 2 sayılı Tavsiye Kararlarında da konuya ilişkin tespitler ve eşler arasında cinsiyet ayrımcılığına neden olan kuralların kaldırılması konusunda çağrılar bulunmaktadır"⁶⁹ denilmek suretiyle konuya ilişkin uluslararası metinler ele alınmaktadır. Karşı oy gerekçesinde ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin 1998 yılında verdiği karara ilişkin karşı oy gerekçesine de değinilerek itiraz konusu kuralın "Anayasa'nın herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma

⁶⁵ Ünal Özkorkut, s. 29.

⁶⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 2009/85 E. ve 2011/49 K. sayılı, 10.03.2011 tarihli Kararına ilişkin Osman Alifeyyaz Paksüt'ün karşıoy gerekçesi.

⁶⁷ Karşıoy gerekçesinde paragraf numarası yer almadığından belirtilememiştir.

⁶⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 2009/85 E. ve 2011/49 K. sayılı, 10.03.2011 tarihli Kararına ilişkin Fulya Kantarcıoğlu, Fettah Oto, Serdar Özgüldür, Serruh Kaleli, Zehra Ayla Perktas, Recep Kömürcü'nün karşı oy gerekçesi.

⁶⁹ Karşı oy gerekçesinde paragraf numarası yer almadığından belirtilememiştir.

ve geliştirme hakkına sahip olduğunu ifade eden 17. maddesine, herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı bulunduğunu belirten 20. maddesine⁷⁰ ve eşitlik ilkesini düzenleyen Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu belirtilmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin kararına ilişkin son karşı oy gerekçesi⁷¹ ise içeriği bakımından büyük önem arz etmektedir. Karşıoy gerekçesi, Lucy Stone'a⁷² ait *"Nasıl ki bir koca, karısının soyadını almıyorsa, bir kadın da kocasının (soy)adını almamalıdır. (Soy)adım kimliğimdir ve kaybolmamalıdır"* sözleriyle başlamaktadır. Sırf bu sözler bile, karşı oy gerekçesinin temelini özetler niteliktedir. Karşı oy gerekçesinde belirtildiği üzere, kadının yüzyıllardır ötekileştirilmesi ve erkeğe bağlı olarak değerlendirilmesi, soyadı konusundaki yasal düzenlemelerin de cinsiyet temelli olmasına neden olmuştur. Çağdaş toplumlarda kişi hak ve özgürlüklerine verilen önemin artmasıyla bu anlayıştan vazgeçilmeye çalışılarak, cinsiyet eşitliğini de içeren eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasası bağlamında yasal düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır. Gerekçede *"Kadınların karşılaştıkları aile içi şiddet, töre cinayetleri gibi çok daha ciddi, yaşamsal öneme sahip durumlarla karşılaştırıldığında, soyadı, ilk bakışta, küçük, önemsiz bir konu gibi görülse de, dilediği soyadını kullanabilme hakkı kadın bireyin kendisini ve hayatını biçimlendirmede tercih hakkına sahip olup, olmadığına önemli bir göstergesidir. Günümüzde soyadı, kişinin kimliğinin belirtilmesini, onun hangi aileye, soya ait olduğunun gösterilmesini ve başka ailelerin bireylerinden ayırt edilmesini sağlayan bir işleve sahiptir. Soyadı, kişiyi diğer kişilerden ayırmaya yarayan hukuki bir araç olarak onun kimliğinin ayrılmaz bir parçasıdır ve kişi bununla toplumsal hayatın içinde yer alır"* ifadelerine yer verilmiş, kadının soyadı üzerindeki hakkının önemine vurgu yapılarak bu hakka yapılan müdahale insan haklarının ihlali olarak nitelendirilmiştir. Ayrıca konuya ilişkin olarak uluslararası hukukta yer alan metinlerin⁷³ eşler arasında eşitlik ve soyadı konusunda

⁷⁰ Karşı oy gerekçesinde paragraf numarası yer almadığından belirtilememiştir.

⁷¹ Anayasa Mahkemesi'nin 2009/85 E. ve 2011/49 K. sayılı, 10.03.2011 Tarihli Kararına ilişkin Engin Yıldırım'ın karşı oy gerekçesi.

⁷² "Bir kadın hakları savunucusu olan Lucy Stone, 1855 yılında, evlendikten sonra önceki soyadını kullanmak isteyerek, bunu ABD'de kabul ettiren ilk kadındır". Anayasa Mahkemesi'nin 2009/85 E. ve 2011/49 K. sayılı, 10.03.2011 tarihli Kararına ilişkin Engin Yıldırım'ın karşı oy gerekçesi.

⁷³ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. ve 14. maddesi, 22.11.1984 tarihli 7 No.lu Protokol'un 5. maddesi, BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 23/4. maddesi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin

eşlere eşit haklar tanınmasına ilişkin düzenlemeleri ele alınmıştır. Gereğede mesele karşılaştırmalı hukuk bakımından değerlendirilerek, ülkelerin konuya ilişkin farklı farklı düzenlemeleri bulunduğu, ancak Avrupa Konseyi'ne üye olan devletler arasında sadece Türkiye'de kadının evlendikten sonra kendi soyadını kaybetmesinin yasa ile düzenlendiği belirtilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ünal Tekeli/Türkiye ve Burghartz/İsviçre kararlarına da gereğede yer verilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 1998 yılında vermiş olduğu karara ilişkin olarak ise, *"Evlendikten sonra kadının kocasının soyadını almasının aile birliğini sağladığı ispat edilmesi gereken bir iddiadır. Bir an için bu iddianın doğru olduğunu varsaydığımızda bir soru ortaya çıkmaktadır. Neden kadının kocasının soyadını alması aile birliğinin teminatı olarak görülüyor da, bunun tersi, yani erkeğin karısının soyadını alması aile birliğinin göstergesi olarak görülüyor? Bu sorunun cevabı, elbette, erkek egemen anlayışın tarihsel ve toplumsal olarak hâkim bakış açısı olmasında yatmaktadır. Ortak bir soyadının olması aile birliğinin bir sembolü olarak görülebilir. Ancak bu zorlamayla değil, aile birliğini kuran bireylerin özgür iradeleriyle gerçekleşmelidir"*⁷⁴ ifadeleri ile kararın dayandığı gerekçenin özünde temelsiz olduğu ve ataerkil düşüncenin etkisiyle oluşturulduğu açık bir şekilde ortaya konmuştur. Buna karşılık, Anayasa Mahkemesi'nin kadın-erkek eşitliğine ilişkin verdiği olumlu kararların⁷⁵ bulunduğu da belirtilmiştir. Ayrıca toplumsal geleneklerle anayasal hakların çatışması halinde anayasal haklara üstünlük tanınması, zamana ayak uyduramayan toplumsal geleneklerin bir kenara bırakılması ve kadına dair toplumsal geleneklerin değişen koşullara ilişkin olarak yeniden şekillenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Karşı oy gerekçesinde, erkeklerin doğumla kazandıkları soyadını ömür boyu taşıma imkânı varken kadınların medeni hallerindeki değişikliğe göre soyadlarının değişmesinin kadınlar için yarattığı mağduriyet dile getirilmiştir. Kaldı ki 4721 sayılı Medeni Kanun'un eşler arasındaki hususları düzenleyen tüm hükümleri eşitlik ilkesine dayanmakta, sadece soyadına ilişkin hüküm bu ilkeye aykırılık teşkil

Sözleşme'nin (CEDAW) 1/g bendi, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 05 Şubat 1985 tarihli 2 sayılı ve Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 28 Nisan 1995 tarihli 1271 sayılı Tavsiye Kararları ile Avrupa Konseyi'nin, Medeni Hukukta Eşlerin Eşitliği Konusundaki 37 sayılı İlke Kararının 11/6. bendi.

⁷⁴ Karşı oy gerekçesinde paragraf numarası yer almadığından belirtilememiştir.

⁷⁵ Anayasa Mahkemesi, 1963/148 E., 1963/256 K. sayılı karar; 1990/30 E., 1990/31 K.

etmektedir. Sonuç olarak gerekçede, “Zorunlu soyadı kullanımı kadının kişiliğinin zedelenmesi ve evlilik bağı içinde devlet zoruyla tabi konumda tutulması anlamına gelmektedir. Kadınların toplumsal yaşamda tanındığı soyadını kullanmaya devam etmesi en doğal hakkıdır. Evli kadının evlenmeden önceki soyadını kullanması kadının kimlik ve kişiliğinin gelişmesine yol açarak, aile kurumunun eşitlikçi bir yapıya sahip olmasına katkı yapacaktır. Kadının evlilik öncesi sahip olduğu soyadının kullanılmasına izin verilmesiyle evlilikte taraflar arasında eşitliği sağlamada küçük ama önemli bir adım atılmış olacaktır. Yeryüzünde var olan toplumların neredeyse tamamında erkeğin kadına üstünlüğü yerleşik bir değer yargısı olmuş ve bunun temelinde, kadının aciz, erkek tarafından korunmaya muhtaç bir varlık (inbeccillitas sexus) olduğu varsayımı yer almıştır. Aile kurumunun, toplumun kalbinde en küçük demokrasinin inşasına imkân verecek bir şekilde, cinsiyetler arası eşitliğe dayalı olarak yapılabilmesi, toplumsal düzeyde demokrasinin ve demokratik değerlerin yerleşmesine imkân tanıyacaktır”⁷⁶ ifadelerine yer verilmiş, “evli kadınların aile birliği adına kocalarının soyadını taşımak”⁷⁷ ve kişilik hakkı olan soyadından vazgeçmek zorunda bırakılmalarının Anayasa’nın 10., 12., 17. ve 41. maddelerine aykırı olduğu belirtilmiştir.

Karara ilişkin son karşı oy gerekçesi kadınlara ilişkin toplumsal bakış açısını ulusal ve uluslararası tutumları ele alarak ayrıntılı bir biçimde irdelemektedir. Soyadının kadınlara ait değişmez ve devredilemez bir kişilik hakkı olarak ele alınması gerektiğini ve aile birliğinin sağlanması amacıyla bu hakka müdahale edilmesinin insan haklarının ihlali anlamına geleceğini vurgulaması bakımından da önem taşımaktadır. Kadının evlendikten sonra kendi soyadını kullanabilmesi, bu yönde iradesini ortaya koyabilmesi kadının varlığının bir göstergesidir. Uluslararası düzeyde kabul gören eşitlik ilkesi, kadın-erkek eşitliğini ve dolayısıyla soyadının kullanılması bakımından da eşitliği içermektedir. Oysa 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’ndaki soyadına ilişkin yasal düzenleme ne eşitlik ilkesine, ne de kadının soyadı üzerindeki hakkının korunmasına hizmet etmemektedir. Bu husus karşı oy gerekçesinde açık bir şekilde ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin vermiş olduğu karar sonrasında, bazı ilk derece mahkemelerinin evlendikten sonra kadının önceki soyadını

⁷⁶ Karşı oy gerekçesinde paragraf numarası yer almadığından belirtilememiştir.

⁷⁷ Karşı oy gerekçesinde paragraf numarası yer almadığından belirtilememiştir.

kullanmasına ilişkin kararlarına yönelik Yargıtay tarafından Anayasa Mahkemesi kararı gerekçe gösterilerek bozma kararları⁷⁸ verilmiştir.⁷⁹

Anayasa Mahkemesi'nin Sevim AKAT EŞKİ Başvurusuna İlişkin Vermiş Olduğu 19.12.2013 Tarihli Kararı (Başvuru No. 2013/2187)

07.05.2010 tarihli 5928 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Anayasa'nın 148. maddesinin 3. fıkrasında yapılan değişiklik sonrası Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvuru yapılabilme imkânı getirilmiştir. Avukat olan ve evlendikten sonra sadece kendi soyadını kullanmak isteyen Sevim AKAT EŞKİ tarafından Aile Mahkemesi'nde açılan davada, Aile Mahkemesi, Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinin Anayasa'nın 2., 10. ve 41. maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla somut norm denetimi yoluna başvurmuş ancak Anayasa Mahkemesi Anayasa'ya aykırılık olmadığını belirterek talebi reddetmiştir.⁸⁰ Bu kararın akabinde Aile Mahkemesi de davayı reddetmiş, karara ilişkin yapılan temyiz başvurusu da reddedilmiştir.⁸¹ Bunun üzerine Sevim AKAT EŞKİ, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuş, "*İstanbul Barosuna bağlı avukat olarak çalıştığımı, 2005 yılında evlendiğimi, ancak evlendikten sonra uzunca bir süre evlilik öncesindeki soyadını kullanmaya devam ettiğimi, yurt dışına çıkış işlemleri nedeniyle nüfus müdürlüğüne başvurarak evlilik öncesi soyadı ve evlilik soyadını beraber içeren kimlik belgesi aldığımı, fakat diğer resmi işlemlerini evlilik öncesi soyadı ile yapmaya devam ettiğimi, bu duruma bağlı olarak yaşadığı zorluklar nedeniyle evlilik öncesi soyadının kullanılmasına izin verilmesi talebiyle açtığı davanın reddedildiğini, belirtilen durum nedeniyle cinsel olarak ayrımcılığa tabi tutularak özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmediğini belirterek, Anayasa'nın 2., 10., 12., 17., 20., 41. ve 90. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini*"⁸² ileri sürmüştür.

⁷⁸ Yargıtay 2.HD, 18/06/2012 tarih, 2011/7737 E., 2012/16695 K.

⁷⁹ Havutçu/Kalkancı, s. 150.

⁸⁰ Anayasa Mahkemesi, 2009/85 E. ve 2011/49 K. sayılı, 10.03.2011.

⁸¹ Yargıtay 2.HD, 24. 11.2012 tarih, 2011/22361 E., 2012/31270 K.

⁸² Paragraf 16.

Başvuruya ilişkin olarak Adalet Bakanlığının görüş yazısında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin benzer başvurulardaki kararlarına değinilerek, evlendikten sonra erkeğin kendi soyadını kullanabilmesine rağmen, kadının sadece önceki soyadını kullanamamasının cinsiyete dayalı farklı bir muamele oluşturması nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi ile birlikte düşünüldüğünde 14. maddesini ihlal ettiğine karar verildiği belirtilmiştir. Daha önce ele alınan Anayasa Mahkemesi kararları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararında ortaya konulan *aile birliğinin korunması* savunması bu kez ileri sürülmemiş, Aile Mahkemesi tarafından "4721 sayılı Kanun'da kadının evlendikten sonra evlilik öncesi soyadını tek başına kullanabileceğine ilişkin bir hüküm bulunmaması nedeniyle"⁸³ davanın reddedilmesinin göz önüne alınması gerektiği belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi başvuruyu Anayasa'nın 17. maddesi açısından değerlendirmiş, başvurucunun ihlal iddiasına konu isim hakkının, Anayasa'nın 17. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde düzenlendiğini ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararlarında soyadının özel hayat ve aile hayatı kavramlarıyla birlikte değerlendirilmesi gerektiğinden Sözleşme'nin 8. maddesinin koruma alanında kabul edildiğini, Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında yer alan herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının da Sözleşme'nin 8. maddesindeki özel ve aile hayatına saygı hakkı ile aynı doğrultuda olduğunu, bir kişilik hakkı olan soyadının da kişinin manevi varlığı kapsamında olduğunu belirtmiştir. Kararda "*Başvuruya konu yargılama kapsamında başvurucunun sadece evlenmeden önceki soyadını kullanmasına yetkili idari ve yargısal merciler tarafından izin verilmemesi şeklindeki uygulamanın, kişinin kimliğinin belirlenmesinde en önemli unsurlardan biri olan soyadının vazgeçilemezlik, devredilemezlik ve kişiye sıkı surette bağlı olma niteliklerinin kadının soyadı bakımından geçerliliğini etkilediği görülmekle, belirtilen uygulamanın Anayasa'nın 17. maddesinde tanımlanan manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkına yönelik bir müdahale oluşturduğu açıktır*" denilmiştir. Anayasa Mahkemesi daha önce somut norm denetimi kararlarında konuya ilişkin yaptığı değerlendirmelerden farklı olarak ilk kez Anayasa'ya aykırılığı dile

⁸³ Paragraf 19.

getirmiştir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi konuyu ilk kez Anayasa'nın 13.maddesi⁸⁴ kapsamında değerlendirmiş, temel hak ve özgürlüklerin ancak Anayasa'nın 13.maddesine uygun olarak sınırlandırılabilceği, "Anayasa'nın 17. maddesinde manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı açısından herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmediği"⁸⁵ ifade edilmiştir. Bunun yanı sıra konu Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası bakımından ele alınarak, 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesinin Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme hükümleri ile çatıştığı, "bu durumda, uyumsuzluğu karara bağlayan derece Mahkemelerinin, AİHS ve diğer uluslararası insan hakları andlaşmaları ile çatışan 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesini kararlarına esas almayarak, başvuru konusu uyumsuzluk açısından Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca uygulanması gereken uluslararası sözleşme hükümlerini dikkate alması"⁸⁶ gerektiği ortaya konmuştur.

Son olarak kararda "Uluslararası sözleşmelerin, evli erkek ve kadının evlilik sonrasında soyadları bakımından eşit haklara sahip olmasını öngören hükümleri ile evli kadının kocasının soyadını kullanması zorunluluğunu öngören iç hukuk düzenlemelerinin aynı konu hakkında farklı hükümler içermesi nedeniyle, ilgili sözleşmenin hükümlerinin somut uyumsuzluk açısından esas alınması gereken hukuk kuralı olduğu sonucuna varılmakla, başvurucunun manevi varlığı kapsamında güvence altına alınan isim hakkına yönelik müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı" belirtilerek, başvurucunun Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine oybirliğiyle karar verilmiştir.⁸⁷

⁸⁴ "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması

Madde - 13- Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz".

⁸⁵ Paragraf 33.

⁸⁶ Paragraf 45.

⁸⁷ Anayasa Mahkemesi bu karardan sonra önüne gelen başkaca bireysel başvurularda da benzer şekilde karar vermiştir. "AYM, Gülsüm Genç Başvurusu, Başvuru No. 2013/4439, K.T. 06.03.2014, 25/04/2014 tarih ve 28982 sayılı Resmî Gazete; AYM, Neşe Aslanbay Akbıyık Başvurusu, Başvuru No. 2014/5836, K.T. 16.04.2015, 11/07/2015 tarih ve 29413 sayılı Resmî Gazete". Havutçu/Kalkancı, s. 153.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2014/889 E. ve 2015/2011 K. Sayılı, 30.09.2015 Tarihli Kararı

Evlendikten sonra eşinin soyadıyla birlikte önceki soyadını kullanan davacının yalnızca kızlık soyadını kullanma talebiyle açmış olduğu davada ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kabul kararı davalı Nüfus Müdürlüğü Temsilcisi tarafından temyiz edilmiştir. Bunun üzerine Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, Anayasa Mahkemesi'nin Türk Medeni Kanununun 187. maddesinde yer alan düzenlemenin iptali için yapılan itiraz başvurusunu 10.03.2011 tarihli 2009/85 esas, 2011/49 karar sayılı kararıyla reddettiğini ve Anayasa Mahkemesi kararlarının, bağlayıcı olduğunu, Yasa hükmü yürürlükte buldukça mahkemenin yasal düzenlemeye aykırı karar veremeyeceğini, Anayasa'nın 90/5. maddesinin uygulanabilmesi için aynı konuda farklı hükümler bulunması gerektiği, ancak Yasa hükmü ve Türkiye'nin taraf olduğu temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmelerde aynı konuda farklı hüküm bulunmadığı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Tekeli/Türkiye davasında vermiş olduğu ihlal kararında ihlale yol açanın yasal düzenlemenin kendisi olduğu, bu düzenleme yürürlükte oldukça mahkemelerin buna uygun karar vermesi gerektiği, aksi durumun Türk Medeni Kanununun benimsediği aile birliğinin ve bütünlüğünün kocanın soyadı üzerinden devamına ilişkin genel prensibi ve kamu düzenini bozacağı gerekçesiyle bozma kararı vermiş, ilk derece mahkemesinin kararda direnmesi nedeniyle Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önüne gelmiştir.

Hukuk Genel Kurulu uyuşmazlığın, AİHS karşısında Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcı olup olmadığını; varılacak sonuca göre TMK 187 madde hükmüne rağmen kadının evlilik birliği içinde sadece kendi soyadını kullanıp kullanamayacağı noktasında toplandığını belirtmiş, kararda evlendikten sonra kadının yalnızca kızlık soyadını kullanması hususunda Avrupa Birliği ile Birleşmiş Milletler'deki gelişmeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin değerlendirmeleri ele alınmış ve hatta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ünal Tekeli/Türkiye kararındaki gerekçeleri benimsenmiştir.

Hukuk Genel Kurulu kararında Anayasa Mahkemesi'nin itiraz yoluyla inceleyerek Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verdiği Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinin yürürlükte olduğunu, yürürlükte olan bu maddenin Anayasa'nın 90/5.maddesi gereği Avrupa İnsan

Hakları Sözleşmesi'nin 8. ve 14. maddeleri ile çatıştığı, bu halde temel hak ve özgürlüklere ilişkin Sözleşme hükümlerinin esas alınması gerektiği belirtilmiştir. Hukuk Genel Kurulu temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırması nedeniyle Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasını bir zımni ilga kuralı olarak nitelendirmiştir.

Sonuç olarak Hukuk Genel Kurumu evlendikten sonra kadının kızlık soyadını kullanmasının hiçbir neden ileri sürülmeksizin kullanılabilir bir insan hakkı olduğunu ve kadın-erkek arasında eşit uygulanması gerektiğini belirterek ilk derece mahkemesinin direnme kararının onanmasına karar vermiştir.

V. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN KADININ EVLENDİKTEN SONRA ÖNCEKİ SOYADINI KULLANMASINA YÖNELİK BİREYSEL BAŞVURULARA İLİŞKİN KARARLARININ NİTELİĞİ VE ZİMNİ İLGA HUSUSUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kadının evlendikten sonra münhasıran önceki soyadını kullanmasını kişiye sıkı sıkıya bağlı, vazgeçilemez, devredilemez bir insan hakkı olarak ele alan ve cinsiyet farklılıklarına göre uygulama belirlenmesinin ayrımcılık yasağı kapsamına gireceğini belirten kararlara rağmen Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Ancak, Hukuk Genel Kurulu kararı sonrasında, evlendikten sonra yalnızca önceki soyadını kullanmak isteyen kadınların dava açması halinde ilk derece mahkemeleri olumlu yönde kararlar vermektedir. Bu taleple idari mercilere yapılan başvurular ise, Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinin yürürlükte⁸⁸ olması gerekçesiyle reddedilmektedir.⁸⁹ Soyadı üzerindeki haklarını ancak dava yoluyla

⁸⁸ Anayasa Mahkemesi 28.04.2023 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanmış olan 22.02.2023 tarih, 2022/155 Esas sayılı ve 2023/38 Karar sayılı kararı ile ilgili maddenin iptaline karar vermiş ise de bu karar Resmî Gazete'de yayımı tarihinden 9 ay sonra yürürlüğe gireceğinden ilgili madde halen yürürlükte bulunmaktadır.

⁸⁹ Evlendikten sonra soyadı hanesine yalnızca bekarlık soyadının yazılmasına dair idareye yaptığı başvurusu TMK 187 hükmü gereği reddedilen ve buna ilişkin Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapan başvurucunun başvurusu Anayasa Mahkemesi tarafından konuya ilişkin hukuk davası açma imkanının bulunduğu belirtilerek tüm başvuru yolları tüketilmeden yapıldığından bahisle reddedilmiştir. (AYM, Ayşe Sena Sezgin Arslan Başvurusu, Başvuru No.

talep edebilmeleri kadınlar bakımından süregelen hak ihlalinin devam ettiğinin bir göstergesidir. Kadın dilediği zaman idari mercilere yapacağı başvuruyla kendi soyadını kullanamamakta, bunun için hukuk davası açmak zorunda bırakılmaktadır. Bu noktada tartışma konusu olan husus, Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin bireysel başvurulara yönelik vermiş olduğu kararların niteliği ve Hukuk Genel Kurulu kararında da bahsi geçen zımni ilga bağlamında, kadınların hukuk davası açmasına gerek olmadan idari mercilere yapacakları başvuruyla evlendikten sonra münhasıran önceki soyadlarını kullanmayı talep edebilme imkanlarının olup olmadığıdır.

Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında "Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar" hükmü yer almaktadır. Kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla açılan iptal davası (soyut norm denetimi) ile bir davaya bakmakta olan mahkemenin uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasaya aykırı görmesi veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması halinde başvuru itiraz yolu (somut norm denetimi) sonucunda Anayasa Mahkemesi bir normun Anayasa'ya aykırı olup olmadığını denetlemektedir. Bu hallerde Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrası gereği kararlarının herkes için bağlayıcı olduğu açıktır. Burada önemli olan Anayasa Mahkemesi'nin evlendikten sonra kadının sadece kendi soyadını kullanabilmesi hususundaki bireysel başvuru kararlarının etkisinin ne olduğudur.

Bireysel başvuru sonucunda verilecek kararlara ilişkin düzenleme, 30.03.2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu Ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinde yer almaktadır. Maddenin 1. ve 2. fıkralarında "Esas inceleme sonunda, başvuru-cunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması

2014/13367, K.T. 15.04.2015)- Burcu Bahar Çataloğlu/Seldağ Güneş Peschke, "30.09.2015 tarihli HGK Kararı ve Sonrası Evli Kadının Soyadına İlişkin Bir Değerlendirme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 69, S. 2, 2020, s. 412.

gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez. Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapma üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir” denilmektedir. Bu hükümden anlaşılacağı üzere, Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararlarında başvuran kişinin hakkının ihlal edilip edilmediğine karar vermektedir. Bir görüşe⁹⁰ göre, bireysel başvuru sonucunda verilen karar sadece başvuru yönünden sonuç doğurmaktadır. Bireysel başvuru neticesinde bir normun Anayasa’ya aykırı olduğundan bahisle iptaline karar verilmesi söz konusu olamamaktadır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuruya ilişkin verdiği kararların herkes için bağlayıcı olması mümkün olmamaktadır. Türk Medeni Kanunu’nun 187. maddesi nedeniyle yapılan ilk başvuru olan Sevim AKAT EŞKİ başvurusuna ve konuya ilişkin yapılan diğer bireysel başvurulara ilişkin Anayasa Mahkemesi’nin vermiş olduğu kararlar da ancak başvuru sahipleri yönünden sonuç doğurmakta ve evlendikten sonra sadece önceki soyadını kullanmak isteyen kadınların ayrıca bireysel başvuru yoluna gitmeleri gerekmektedir. Bireysel başvuru kararları neticesinde Türk Medeni Kanunu’nun 187.maddesi iptal edilememekte, yürürlükte kalmaya devam etmektedir.

Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe⁹¹ göre ise, Anayasa’nın 153. maddesinin son fıkrasında yer alan bağlayıcı etkinin, bireysel başvuru kararları bakımından da geçerli olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi, teknik bir uyuşmazlığın söz konusu olduğu norm denetimi yoluyla bir normun Anayasa’ya aykırı olup olmadığını denetlerken, teknik bir uyuşmazlık konusu olmayan bireysel başvuru yolunda bireylerin kamu gücü işlemleri⁹² nedeniyle hak

⁹⁰ Erbek Odabaşı, s. 83.

⁹¹ Didem Yılmaz, “Anayasa Mahkemesi’nin Zımnî İlga Gereçesine Dayanarak Verdiği İhlal Kararları Örneği Çerçevesinde Bireysel Başvuru Kararlarının Etkisi”, s. 1 vd. < <https://anayasatakip.ku.edu.tr/> > Erişim Tarihi: 10.08.2023.

⁹² 6216 sayılı Kanun’un 45/3. maddesinde yer alan “Yasama işlemleri ile düzenleyici

ihlali mağduru olup olmadığını belirlemektedir. Bu nedenle bireysel başvuru hak temelli bir uyuşmazlık olarak tanımlanabilmektedir. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi'nin norm denetimi ve bireysel başvuru yetkileri birbirinden farklı ise de neticelerinde verilecek kararların, bu konuda Anayasa'da veya 6216 sayılı Kanun'da ayrıca bir hüküm bulunmaması nazara alındığında, Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrası kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. "Anayasa Mahkemesi'nin somut olay temelinde yürüyen değerlendirmelerinde yer verdiği anayasal hakların özlerine, niteliklerine, müdahalenin varlığı ve bunun anayasal sınırlarına ilişkin tespitleri somut olayın taraflarını aşarak anayasanın anlamını ve uygulanma biçimini gösteren değere sahiptir."⁹³ Bu nedenle de bireysel başvurulara ilişkin verilen kararların herkes için bağlayıcı olduğu söylenebilmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesine ilişkin yapılan bireysel başvuru kararlarında, Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasına göre, 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesinin Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme hükümleri ile çatıştığı, "bu durumda, uyuşmazlığı karara bağlayan derece Mahkemelerinin, AİHS ve diğer uluslararası insan hakları andlaşmaları ile çatışan 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesini kararlarına esas almayarak, başvuru konusu uyuşmazlık açısından Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca uygulanması gereken uluslararası sözleşme hükümlerini dikkate alması gerektiği"⁹⁴ ortaya konmuştur. Anayasa Mahkemesi bu değerlendirmesi ile

idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz" hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuruda, Anayasa Mahkemesi, "başvurucuya somut bir olayda henüz uygulanmamış kanun veya düzenleyici idari işlemin sadece hukuk düzeninde var olması, kural olarak bireysel bir hakkın ihlaline neden olmayacağı, dolayısıyla da bu işlemlerin doğrudan bireysel başvuru konusu yapılamayacağı açıktır" demek suretiyle hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. (Anayasa Mahkemesi, 2011/59 E., 2012/34 K., K.T. 0./03.2012). Anayasa Mahkemesi bu kararında yapmış olduğu değerlendirme ile "bireysel başvuru davasını sadece yargı kararıyla somutlaşan hak ihlallerine özgüleyen oldukça dar bir karar vermiştir" Yılmaz, s. 3.

⁹³ Yılmaz, s. 1.

⁹⁴ Anayasa Mahkemesi'nin Sevim Akat Eşki Başvurusuna İlişkin Vermiş Olduğu 19.12.2013 tarihli Kararı (Başvuru No. 2013/2187), Paragraf 45.

Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinin zımnen ilga edildiğini ifade etmektedir.

Maddenin zımnen ilga edildiği hususuna dair öğretilerde bazı eleştiriler yapılmaktadır. Bir görüşe⁹⁵ göre zımnen ilga halinde idari mercilerin farklı uygulamalar yapabilecekleri, bu uygulamaların önüne geçilmesi gerektiği ve kadınların dava açmaksızın haklarını talep edebilmeleri için zımnen ilga yerine, maddenin Anayasal ilkeler doğrultusunda yapılacak yorum ile korunması gerektiği belirtilmektedir. Diğer bir görüş,⁹⁶ maddenin zımnen ilga edildiğinin kabulü halinde bu maddeye dayanan tüm kayıtların dayanaksız kalacağını, nüfus kayıtlarının gerçeğe aykırı olması nedeniyle eşinin soyadını taşıyan kadınların nüfus kayıtlarının düzeltilmesi davası açmalarının gerekeceğini ifade etmektedir. Bizim de katıldığımız bir başka görüşe⁹⁷ göre ise, Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinin zımnen ilgasının söz konusu olmadığı, Anayasa'nın 90/5. maddesi uyarınca çıkan çatışmada kanun hükmü ihmal edilerek uluslararası andlaşma hükümlerinin uygulanması gerektiği savunulmaktadır. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin gereği olarak kanunları koymak, değiştirmek veya kaldırmak Anayasa'nın 87. maddesinde yasama organının görevleri arasında sayılmaktadır. Bunun dışında Anayasa Mahkemesi tarafından norm denetimi yoluyla Anayasa'ya aykırılık halinde iptal kararı verilebilmektedir. "İptal kararı olmamasına rağmen, emredici nitelikteki Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinin içtihatlar aracılığıyla aşılması, kuvvetler ayrılığı ilkesini zedelemektedir."⁹⁸ Ayrıca Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasının lafzından kanun hükmünün ilgasının değil, ihmalinin anlaşılması gerekmektedir.⁹⁹

⁹⁵ Başak Başoğlu, "Adın Ne Değeri Var? -Evliliğin Kadının Soyadına Etkisi", *Legal Hukuk Dergisi*, C. 15, S. 176, 2017, s. 3901-3905.

⁹⁶ Burak Özen, "Evli Kadının Soyadı", *Evrensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu (10-11 Haziran 2016)*, (Editör: Emel Badur/Gamze Turan Başara), 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016, s.163 vd.

⁹⁷ Serap Helvacı, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ve Anayasa Mahkemesi'nin Kararları Işığında Evli Kadının Soyadı", 35 (1) *Public and Private International Law Bulletin* 157-169 < [> Erişim Tarihi 10/08/2023; Ozan Ergül, *Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir, Yıldırım Uler Armağanı*, \(Editör: Muhammed Erdal\), \(1st edn, Yakınoğu Üniversitesi Yayınları 2014\) 80 vd.](https://cdn.istanbul.edu.tr/file/1CD58DF90A/D1CBBE8D36484155983ADDF1D39DACE3?doi=)

⁹⁸ Murat Oruç, "Evli Kadının Münhasıran Bekârlık Soyadını Kullanabilmesi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2016, s. 459.

⁹⁹ Ali Karagülmez, "5170 sayılı Yasa'yla Anayasa'nın 90. maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 54, 2004, s. 174.

Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin 1. fıkrası¹⁰⁰ uyarınca ihlal kararı vermesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere de hükmedebilmektedir. Soyadına ilişkin yapılan bireysel başvurularda ihlale karar veren Mahkeme, yasama organının konuyla ilgili yeni bir düzenleme yapmasına dair bir karar verebilecekken kararlarında bu yönde herhangi bir değerlendirme yer almamaktadır. Anayasa Mahkemesi kararlarında bu husus olsun ya da olmasın, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcı niteliği, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve bu sözleşmelere üstünlük tanıyan Anayasa'nın 90/5. maddesi nazara alındığında yasama organının kendiliğinden Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesine ilişkin yeni bir yasal düzenleme yapması ve bu hükme bağlı diğer tüm mevzuatı değiştirmesi gerekmektedir.¹⁰¹

VI. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 2022/155 E. VE 2023/38 K. SAYILI, 22.02.2023 TARİHLİ KARARI

Anayasa Mahkemesi'nin Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesine ilişkin bireysel başvurulara yönelik vermiş olduğu kararlara rağmen yasama organı tarafından yeni bir yasal düzenleme yapılmaması ve maddenin fiili varlığını koruyor olmasının sadece kadınlar yönünden değil, evlendikten sonra eşinin soyadını (ya da farklı bir aile soyadı) kullanmak isteyen erkekler bakımından da hak ihlaline neden olması nazara alınarak çalışmamızın genelinde yer alan gerekçelerle tarafımızca somut norm denetimi yoluna başvurulmuş ve Anayasa Mahkemesi'nin 2022/155 E. ve 2023/38 K. sayılı, 22.02.2023 tarihli kararı ile Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinin iptaline karar verilmiş, karar 28.04.2023 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Kararda "tarihsel süreç içinde kadın-erkek eşitliğini hayata geçirmeye yönelik hukuki gelişmelerin yaşandığı, bu kapsamda eşitlik ilkesine aykırı olduğu değerlendirilen bazı hükümlerin iptal edildiği, ayrıca mülga 743. sayılı Kanun'un eşitlik ilkesine aykırı olduğu değerlendirilen hükümlerine 4721 sayılı Kanun'da yer verilmediği ve evlilik

¹⁰⁰ "Madde 50/1- Esas inceleme sonunda, başvuruçunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez".

¹⁰¹ Yılmaz, s. 2.

hukukunun eşitlik ilkesi bağlamında büyük ölçüde yeniden düzenlendiği anlaşılmıştır. Buna karşılık 4721 sayılı Kanun'da kadının soyadı konusu yeniden düzenlenmemiş, mülga 743 sayılı Kanun'un 153. maddesinin birinci fıkrasındaki hükme 4721 sayılı Kanun'un itiraz konusu kuralın da yer aldığı 187. maddesinde aynen yer verilmiştir¹⁰² şeklinde yer bulan ifadelerden anlaşılacağı üzere, eşitlik ilkesi doğrultusunda evlilik hukukunda yapılan değişikliklerde evlenen kadının soyadı bakımından bu ilke göz ardı edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararında soyadının sadece bir yükümlülük değil, hak olduğunu da ifade etmiştir.¹⁰³ Ayrıca kararda Anayasa'da düzenleme bulan eşitlik ilkesi nazara alınarak güncel ihtiyaçlar ve gelişmeler doğrultusunda gerekli yasal düzenleme ve değişikliklerin yapılması gerekliliğine değinilmiştir.¹⁰⁴ "Erkek evlenmeden önceki soyadını evlendikten sonra da tek başına kullanabildiği hâlde kuralla kadının evlenmeden önceki soyadını evlendikten sonra ancak kocasının soyadının önünde kullanabileceği öngörüldüğünden karşılaştırmaya müsait şekilde benzer durumda olan eşler arasında cinsiyet temelinde farklı muamelenin yapıldığı açıktır"¹⁰⁵ ifadeleriyle Anayasa Mahkemesi 187. maddenin eşitlik ilkesine aykırı olduğunu ortaya koymuş ve devamında Anayasa'nın 90/5. maddesi doğrultusunda verilen Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay kararlarının eşitlik ilkesinin sağlanması bakımından tek başına yeterli olmadığını, tüm devlet organlarının bu doğrultuda gerekli çalışmaları ve düzenlemeleri yapmaları gerektiğini belirtmiştir.¹⁰⁶

Anayasa Mahkemesi kararında nüfus kayıtlarındaki düzenin sağlanmasındaki kamu yararının salt kadının soyadına ilişkin düzenleme ile sağlanamayacağını belirtmiş ve daha önce somut norm denetimine ilişkin vermiş olduğu kararlarda yer alan kamu yararına dayalı gerekçesinden vazgeçerek, bireysel başvurulara yönelik kararlarında yer alan gerekçesi doğrultusunda eşitlik ilkesine üstünlük tanımıştır.¹⁰⁷

¹⁰² Paragraf 29.

¹⁰³ Paragraf 31.

¹⁰⁴ Paragraf 32,33,34.

¹⁰⁵ Paragraf 36.

¹⁰⁶ Paragraf 37 vd.

¹⁰⁷ Paragraf 44.

Anayasa Mahkemesi maddeyi Anayasa'nın 10. Maddesine aykırı bularak iptal etmiş, ayrıca Anayasa'nın 2., 17., 20., 90. ve 153. maddeleri yönünden incelememiştir.¹⁰⁸

Kararın yürürlük tarihine ilişkin olarak ise, "4721 sayılı Kanun'un 187. maddesinin birinci ve ikinci cümlelerinin iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edecek nitelikte görüldüğünden Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince anılan cümlelerin iptallerine ilişkin hükümlerin kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür."¹⁰⁹ şeklinde belirtilmek suretiyle yasama organına bu konuda gerekli düzenlemelerin yapılabilmesi için süre tanınmıştır. Bu süre içerisinde yasama organı tarafından gerekli düzenlemeler yapılmaya kadar iptale konu 187. madde yürürlükte kalmaya devam edecek ve bu nedenle hak ihlalleri de varlığını sürdürecektir. Bu durumda hak ihlallerinin önüne geçilmesi adına yasama organınca en kısa sürede güncel gelişmelere ve eşitlik ilkesine uygun bir yasal düzenleme yapılması gerekmektedir. Yasama organının bu süre içerisinde düzenleme yapmaması halinde ise, hukuksal boşluk doğacaktır.¹¹⁰

Anayasa Mahkemesi kararına yönelik iki ayrı karşı oy gerekçesi yazılmıştır. İlk karşı oy gerekçesinde¹¹¹ "İtiraz konusu 'Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır' kuralının da aile birliğinin korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi ve soyun belirlenmesi gibi kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri nedeniyle kabul edildiği anlaşılmaktadır."¹¹² şeklinde belirtilmiş ve Anayasa Mahkemesi'nin

¹⁰⁸ Paragraf 49.

¹⁰⁹ Paragraf 53.

¹¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Adem Bayraktutar, "Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararlarının Yürürlüğe Girişi ve Bağlayıcılığı", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2013, <<https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/31087/Binder1.pdf?sequence=1>> Erişim Tarihi: 10/08/2023.

¹¹¹ Anayasa Mahkemesi, 2022/155 E. ve 2023/38 K. sayılı, 22.02.2023 tarihli Kararına ilişkin Kadir Özkaya, Yıldız Seferinoğlu, Selahaddin Mentеш, İrfan Fidan ve Muhterem İnce'nin karşı oy gerekçesi.

¹¹² Anayasa Mahkemesi, 2022/155 E. ve 2023/38 K. sayılı, 22.02.2023 tarihli Kararına ilişkin Kadir Özkaya, Yıldız Seferinoğlu, Selahaddin Mentеш, İrfan Fidan ve Muhterem İnce'nin karşı oy gerekçesi, paragraf 12.

2009/85 Esas, 2011/49 Karar sayılı, 21.10.2011 tarihli kararında benimsemediği aile birliği ve bütünlüğünün korunması, nüfus kayıtlarının düzenli tutulması ile kamu yararı ve kamu düzenininin gereklerine değinilmek suretiyle itiraza konu kuralın eşitlik ilkesine ve dolayısıyla Anayasa'ya aykırı olmadığı belirtilmiştir. Diğer karşı oy gerekçesinde¹¹³ ise ilk karşı oy gerekçesine benzer hususlar üzerinde durulmuş ve ayrıca "Sonuç itibarıyla kadın ve erkeğin anatomik, fizyolojik, psikolojik ve cinsiyet farklılıkları sosyal anlamda da eşitliği imkânsız kalan bir özelliğe sahiptir. Kısacası kadın-erkek arasında yaratılış gerçekliği olarak yapısal eşitsizlik vardır. Bu durum, genel olarak toplumda konumları itibarıyla kadın ve erkeğin eşitliğine engel olarak görülmektedir. Dolayısıyla üzerinde söz söylemeye fırsat bile verilmeden kabullenilmesi gereken dogmatik bir değer olarak öne sürülse de ailede kadın/erkek eşitliği, modern hurafelerden birisidir ve ne ailede ne de toplumda huzuru, adaleti ve mutluluğu sağlayabilecek bir özelliğe sahiptir"¹¹⁴ ifadelerine yer verilmiş, toplumsal talepler doğrultusunda yasama organının iradesine üstünlük tanınması gerektiği belirtilmiştir.

VII. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 2022/155 E. VE 2023/38 K. SAYILI, 22.02.2023 TARİHLİ KARARI SONRASINDA ÇOCUĞUN SOYADI

Çalışmamızda evlenen kadının soyadı bakımından değerlendirmelere yer verilmiş ise de asıl sorun aile içinde eşitliğin sağlanması olduğundan Anayasa Mahkemesi'nin Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinin iptaline ilişkin 2022/155 E. VE 2023/38 K. sayılı, 22.02.2023 tarihli kararı sonrasında aile birliği içerisinde çocuğun soyadının nasıl belirleneceği hususunun da ele alınması gerekmektedir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 321. maddesinde "Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin soyadını taşır. Ancak, ana önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa çocuk onun bekârlık soyadını taşır"¹¹⁵ hük-

¹¹³ Anayasa Mahkemesi, 2022/155 E. ve 2023/38 K. sayılı, 22.02.2023 tarihli Kararına ilişkin Muammer Topal'ın karşı oy gerekçesi.

¹¹⁴ Anayasa Mahkemesi, 2022/155 E. ve 2023/38 K. sayılı, 22.02.2023 tarihli Kararına ilişkin Muammer Topal'ın karşı oy gerekçesi, paragraf numarası belirtilmemiştir.

¹¹⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 2/7/2009 tarihli ve E. 2005/114, K. 2009/105 sayılı Kararı ile; bu maddenin birinci cümlesinde yer alan "... evli değilse ananın ..." ibaresi iptal edilmiştir.

mü yer almaktadır. Bu hükme göre, kanun koyucu anne ve baba evli ise çocuğun ailenin soyadını taşıyacağını açıkça belirtmektedir. Ancak bu hüküm, iptal edilen 187.madde ile birlikte değerlendirildiğinde, kanun koyucunun “aile soyadı” ibaresini kullanmasında asıl iradesinin kocanın soyadı olduğu aşıkardır. Bu halde dahi maddede çocuğun aile soyadını kullanacağı belirtildiğinden Anayasa Mahkemesi'nin 2022/155 E. VE 2023/38 K. sayılı, 22.02.2023 tarihli kararı sonrasında yasama organının yapacağı yeni düzenlemeye göre belirlenecek aile soyadı çocuğun soyadı olacaktır.

Halihazırda evlenen kadınların yalnızca evlilik öncesinde sahip oldukları soyadını kullanabilmek için dava açmaları halinde verilecek kararın çocuğun soyadı bakımından bir etkisi bulunmamaktadır. Çocuk doğumla kazandığı soyadını kullanmaya devam etmektedir. Ancak evlilik birliği içerisinde yalnızca önceki soyadını kullanan kadının aile mahkemelerinde açacağı bir dava ile çocuğun soyadının anne ve babanın her ikisinin de soyadından oluşması talep edilebilmektedir. Bu durumda mahkeme çocuğun üstün yararı doğrultusunda haklı sebepler mevcut ise çocuğun soyadının anne ve babanın soyadlarının birlikte kullanılması yoluyla belirleneceğine hükmedebilmektedir.¹¹⁶

Evliliğin feshi ya da boşanma halinde çocuğun soyadının nasıl belirleneceği ise, bir başka değerlendirilmesi gereken husustur. 2525 sayılı Soyadı Kanununun 4. maddesinin 2. fıkrasında yer alan; “Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği soyadı alır” şeklindeki birinci cümle Anayasa Mahkemesi'nin 8.12.2011 tarihli ve E. 2010/119, K. 2011/165 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Bu karar, boşanma sonrasında çocuğun velayetinin anneye verilmesi halinde, annenin kendi soyadının çocuğa verilmesi talebiyle aile mahkemelerinde dava açabilmesine imkân tanımaktadır. Anayasa Mahkemesi de velayet hakkı kendisinde bulunan annenin çocuğuna kendi soyadını vermek istemesine ilişkin talebinin reddedilmesinin hak ihlali olduğuna dair yapılan bireysel başvuruda¹¹⁷, “boşanma sonrası velayeti anneye verilen çocuğun soyadının ne olacağı konusunda açık bir düzenlemenin bulunmaması

¹¹⁶ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesi, 2020/413 E. ve 2021/1393 K. sayılı, 27.09.2021 tarihli kararı.

¹¹⁷ Anayasa Mahkemesi, Hayriye Özdemir Başvurusu, Başvuru No: 2013/3434, 25.6.2015 tarihli Kararı, (R.G. Tarih- Sayı: 2/10/2015-29490).

ve farklı yargısal kararların verildiği dikkate alındığında başvuruya konu müdahalenin kanuni dayanağı olarak gösterilen Kanun hükmünün, başvurucunun velayeti altındaki çocuğun soyadının değiştirilmesi talebinin reddedilmesi şeklindeki müdahale bağlamında, belirlilik şartını sağlamadığı anlaşılmaktadır. Müdahalenin kanunilik unsurunu taşımadığı sonucuna ulaşılmakla, söz konusu müdahale açısından diğer güvence ölçütlerine riayet edilip edilmediğinin ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmemiştir. Açıklanan nedenlerle, başvurucunun Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir."¹¹⁸ şeklinde karar vermiştir. Bu doğrultuda velayet hakkına sahip olan kadının çocuğun soyadı için açılan davada mahkeme, çocuğun üstün yararı doğrultusunda haklı sebeplerin mevcut olup olmadığını değerlendirerek bir karar vermektedir.

Yasama organı tarafından evlilik sonrası soyadına ilişkin yapılacak yasal düzenlemeyle birlikte çocuğun soyadına ilişkin bu hususların da ayrıca düzenlenmesi, kadının soyadı konusunda karşılaşılan ve çalışmamızda değinilen bir takım sorunların çocuğun soyadı konusunda da ortaya çıkmasının önüne geçecektir.

Bu kapsamda yasama organının yapacağı yasal düzenlemede "Çocuğun soyadı, varsa ortak soyadı, yoksa eşlerden birinin soyadı ya da eşlerin soyadından oluşan ikili bir soyadı olabilmelidir. Bu soyadının sırasının değiştirilmesi ya da tek soyadının seçilmesi, 18 yaşını doldurduktan sonra çocuğun iradesine tabi olmalıdır".¹¹⁹

SONUÇ

Geçmişten günümüze kadar olan süreçte hak eksenli tartışmalar soyadı konusunda da etkilerini göstermiştir. Bu tartışmalar ışığında soyadı, kişilerin mesleki hayatlarıyla birlikte özel ve aile hayatlarında diğer insanlarla sosyal, kültürel vb. ilişkiler kurabilmesi için, kendisini dış dünyaya tanıtabilmesi için, kişinin kimliği ve aile bağlarının belirlenmesi için gerekli ve önemli görülmüş¹²⁰, kişinin manevi varlığı

¹¹⁸ Anayasa Mahkemesi, Hayriye Özdemir Başvurusu, Başvuru No: 2013/3434, 25.06.2015 tarihli Kararı, (R.G. Tarih- Sayı: 2.10.2015-29490), paragraf 67,68,69.

¹¹⁹ Göztepe, s. 129.

¹²⁰ Havutçu/Kalkancı, s. 137.

ğının bir unsuru olarak devredilemez, vazgeçilemez ve kişiye sıkı sıkıya bağlı mutlak bir hak olarak kabul edilmiştir.¹²¹

Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Sözleşme'ye Ek Protokol No.7, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi ile Avrupa Birliği Bakanlar Komitesi'nin konuyla ilgili tavsiye kararlarında bu hakkın cinsiyet ayrımı gözetmeksizin herkese eşit olarak sağlanması gerektiği vurgulanmaktadır. "Ataerkil anlayıştan eşitlikçi anlayışa doğru yaşanan süreçte"¹²² birçok ülke evlendikten sonra eşlerin kullanacakları soyadı konusundaki yasal düzenlemelerini eşitlik ilkesi doğrultusunda değiştirmiş¹²³ ise de ataerkil bir toplum anlayışına sahip olan ve aile birliğinin sağlanması ve devamı için erkeğin soyadını aile soyadı olarak kabul eden anlayışı terk edemeyen ülkeler yasal mevzuatlarında değişiklik yapmaktan kaçınmaktadırlar.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ünal Tekeli/Türkiye kararında da belirttiği üzere, Avrupa Konseyi'nin üye ülkeleri arasında sadece Türkiye'de kocanın soyadı aile soyadı olarak kabul edilmekte ve kadının evlendikten sonra kendi soyadını kaybetmesi söz konusu olmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, evlendikten sonra kadının münhasıran önceki soyadını kullanabilmesi talebine ilişkin Ünal Tekeli davasında ihlal kararı vermiştir. Bu karar sonrasında Anayasa Mahkemesi'ne evlendikten sonra kadının münhasıran önceki soyadını kullanabilmesi talebiyle yapılan bireysel başvurularda da ihlal kararları verilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararları herkes için bağlayıcıdır. Türk Medeni Kanunu'nun 187. madde hükmünün, Türkiye'nin taraf olduğu ve usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşme hükümleriyle çatıştığı ve Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası uyarınca uluslararası sözleşme hükümlerinin esas alınması gerektiği Anayasa Mahkemesi kararlarında ortaya konmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da konuya ilişkin kararında bu hususa değinerek Türk Medeni Kanunu'nun 187. madde hükmünün zımnen ilga

¹²¹ Efedayıoğlu, s. 32./Göztepe, s. 114.

¹²² Nazan Moroğlu, "Kadının Kimlik Sorunu 'Kadının Soyadı'", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 99, Mart-Nisan 2012, s. 2.

¹²³ Karşılaştırmalı hukuktaki yasal düzenlemeler için bkz. II. Bölüm.

edildiğini ve bir insan hakkı olarak soyadının kullanılmasında kadın ve erkek arasında ayırım yapılmaması gerektiğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 2022/155 E. ve 2023/38 K. sayılı, 22.02.2023 tarihli kararı ile de Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinin iptaline karar verilmiş, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

Tüm bu gelişmelere rağmen Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı yürürlüğe girene kadar Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesi varlığını korumaya devam etmektedir. Yasama organı maddenin değiştirilmesine ilişkin bir adım atmamaktadır. Bu tercih bilinçli olsun ya da olmasın, kadınların evlendikten sonra münhasıran önceki soyadlarını kullanabilme haklarını ihlal etmeye devam etmektedir. Erkeğin bir soyadı karmaşası bulunmazken, kadınlar evlenme veya boşanma nedeniyle soyadlarını içeren belgeleri her hukuki statü değişikliğinde¹²⁴ değiştirmek zorunda kalmakta, medeni hallerindeki değişiklikleri kamuya paylaşmak zorunda bırakılmaktadırlar.¹²⁵ 187. madde evlendikten sonra kullanılacak soyadına ilişkin olarak kadın ve erkek arasında eşitliği sağlamaktan çok uzaktır. Madde, "evli kadının soyadını isteği dışında değiştirmekte ve haklı neden olarak kabul edilebilecek hiçbir gerekçe ortaya koymamaktadır".¹²⁶ Kadınlar evlendikten sonra münhasıran önceki soyadlarını kullanma taleplerini doğrudan nüfus müdürlüğüne ilettiklerinde nüfus müdürlükleri, Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 35/1. maddesini¹²⁷ ileri sürerek talepleri reddetmektedir.¹²⁸ Bu halde kadınlar dava açmak zorunda kalmaktadırlar.¹²⁹

Görüldüğü üzere, kadınlar, bir kişilik hakkı olan soyadı üzerindeki haklarını kullanabilmek için yoğun bir çaba sarfetmektedirler. Bu-

¹²⁴ Göztepe, s. 115.

¹²⁵ Nurten İnce, "Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı", *Uluslararası Politik Araştırmalar Dergisi*, C. 3, S. 2, Ağustos 2017, s. 52.

¹²⁶ Hakan Atasoy, "Evli Kadının Soyadı Sorunu Anayasal mı?", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 5, 2015, s.160.

¹²⁷ "Madde 35 - 1 - Kesinleşmiş mahkeme hükmü olmadıkça nüfus kütüklerinin hiçbir kaydı düzeltilemez ve kayıtların anlamını ve taşıdığı bilgileri değiştirecek şerhler konulamaz. Ancak olayların aile kütüklerine tescili esnasında yapılan maddî hatalar nüfus müdürlüğüne dayanak belgesine uygun olarak düzeltilir".

¹²⁸ Oruç, s. 459.

¹²⁹ "Söz konusu uygulama dahi toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin bir göstergesidir". Doğanay, s. 96.

nun hiçbir gerekçeyle açıklanması mümkün değildir.¹³⁰ Anayasa'nın 90/5. maddesi ve Anayasa Mahkemesi kararları ile Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı doğrultusunda, Türk yargı oranları, kadınların önceki soyadlarını kullanma talebiyle yaptıkları başvurularda kabul kararı vererek maddenin yol açtığı ihlali bir nebze olsun gidermektedir.¹³¹ Ancak bu durumda da ilk derece mahkemeleri tarafından, Anayasa'nın 90/5. maddesi gereği uluslararası sözleşme hükümleri dikkate alınırken her somut olaya göre farklı bir uygulama benimselebileceğinden hukuki güvenlik ilkesine aykırı şekilde farklı kararlar verilmesi söz konusu olabilecektir.¹³²

Kadının evlendikten sonra münhasıran önceki soyadını kullanabilmesi için yasama organının kanun değişikliği yapma yönünde bir çalışması olmamıştır. Sorunun çözülebilmesi için yasama organının yapacağı yeni hukuk kuralının uluslararası sözleşmeler doğrultusunda, hâkim olan cinsiyet eşitliği anlayışı benimsenerek, eşlerin iradesini üstün kılacak,¹³³ eşlere seçim hakkı tanıyacak¹³⁴ ve özgürlüklerini koruyacak şekilde olması gerekmektedir. Kanımızca evlendikten sonra kullanılacak soyadı konusunda eşlerin tercihleri ön planda tutularak, özgürlükçü bir düzenleme yapılması halinde kadın soyadı üzerindeki hakkını tam anlamıyla kullanabilecek ve soyadıyla varlığını ortaya koyabilecektir. Bu bağlamda yapılabilecek yasal düzenleme “*Evlilik Soyadı*” kenar başlığıyla,

¹³⁰ İnce, s. 52.

¹³¹ “Yasa koyucu tarafından bir değişiklik yapılmamasına rağmen, yargının farklı kararlar vermesinin erkler ayrılığını zedelediği ileri sürülmüştür”. İnce, s. 54; Oruç, s. 459.

Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda AY m.90/5 gereği ilk derece mahkemelerinin uluslararası sözleşme hükümlerini uygulanması halinde “HMK m. 46 gereğince açık kanun hükmüne aykırı karar vermek suretiyle sorumluluğu doğmayacağına ilişkin bkz. Bahar Öcal Apayadın, “Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözümü Kavuşturulmuş Mudur?”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 2, 2015, s. 449.

¹³² Ergene, s. 163.

¹³³ Eşlere tercih hakkı tanınırken “çocuğun soyadı konusunda bir aile soyadının belirlenmesi gerekir”. Süleyman Mortaş, “Evlenen Kadın ile Velayeti Kadına Bırakılan Çocuğun Soyadının Belirlenmesinde ‘Kocanın Soyadı’ Parametresi”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XX, S. 2, 2016, s.359.

¹³⁴ Çakırca, s. 164.

"1-Eşler evlendikten sonra evlilik tarihindeki soyadlarını kullanmaya devam ederler.

2-Eşler, nikah başvurusu esnasında evlendirme memuruna yapacakları yazılı bildirim ile ortak bir soyadı seçebilir. Bu halde, nikah başvurusu esnasında evlendirme memuruna ya da evlendikten sonra her zaman nüfus müdürlüğüne yapacakları yazılı bildirim ile eşler kendi soyadlarını ortak belirlenen soyadının önünde kullanabilir. Eşler her ikisinin soyadının birlikte kullanılması suretiyle de ortak bir soyadı belirleyebilir. Bildirim tarihinde bulunanın soyadı birden çok isimden oluşuyorsa yalnızca birini diğer eşin soyadı ile birlikte kullanılabilir. Eşler tarafından belirlenen ortak soyadı, 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 3. maddesine aykırı olamaz.

3-Eşlerden biri, nikah başvurusu esnasında evlendirme memuruna ya da evlendikten sonra her zaman nüfus müdürlüğüne yapacağı yazılı bildirim ile diğer eşin soyadını kullanmak istediğini ya da bildirim tarihinde kendisine ait olan soyadını diğer eşin soyadı ile birlikte kullanmak istediğini bildirebilir. Bildirim tarihinde bildirimde bulunanın soyadı birden çok isimden oluşuyorsa yalnızca birini diğer eşin soyadı ile birlikte kullanılabilir" şeklinde olabilecektir.

Kaynakça

Kitaplar

- Abik Yıldız, Kadının Soyadı Ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2005.
- Gençan Ömer Uğur, 6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre Medeni Hukuk Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Özdamar Demet, Türk Hukukunda Özellikle Medeni Kanun Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2002.

Makaleler

- Atasoy Hakan, "Evli Kadının Soyadı Sorunu Anayasal mı?", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 5, 2015, s.131-170.
- Ayan Serkan, "Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar ile Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi, Kendiliğinden Değişmesi ve Değiştirilmesi", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVI, S. 4, 2012, s. 19-90.
- Başoğlu Başak, "Adın Ne Değeri Var? -Evliliğin Kadının Soyadına Etkisi", *Legal Hukuk Dergisi*, C. 15, S. 176, 2017, s. 3881-3918.
- Bayraktutar Adem, "Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararlarının Yürürlüğe Girişi Ve Bağlayıcılığı", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2013, Erişim: <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/31087/Binder1.pdf?sequence=1> (E. T. 10/08/2023).

- Çakırca Seda İrem, "Evli Kadının Soyadına İlişkin Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 70, S. 2, s. 145-164.
- Çataloğlu Burcu Bahar/ Güneş Peschke Seldağ, "30.09.2015 tarihli HGK Kararı ve Sonrası Evli Kadının Soyadına İlişkin Bir Değerlendirme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 69, S. 2, 2020, s.399-417.
- Doğanay Gülmelek, "Eril Yargıya Karşı Kadının Soyadı Mücadelesi Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi", *Sosyoloji Araştırmaları Dergisi*, C. 18, S. 2, 2015, s.46-107.
- Efedayıoğlu Kübra Kamelya, "Evli Kadının Soyadı Problemi", *Ankara Barosu Dergisi*, C. 77, S. 4, 2019, s. 1-36.
- Erbek Odabaşı Özge, "Anayasa Mahkemesi Ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Evli Kadının Soyadı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, s.43-108.
- Ergene, Deniz, "İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadı Meselesi ve Medeni Kanun'da Değişiklik Önerisi", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, S. 31, 2011, s.123-176.
- Ergül Ozan, "Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir", Yıldırım Uler Armağanı, (Editör: Muhammed Erdal), Yakındoğu Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, Lefkoşa 2014. s.65-87.
- Göztepe Ece, "Anayasal Eşitlik Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 1999, 54-2, s. 101-129.
- Güngör Ayşegül, "Kadın Haklarına İlişkin Uluslararası Hukuk Düzenlemeleri", Ankara Barosu Yayınları, 2012.
- Havutçu Ayşe/ Kalkancı Yasemin, "Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Işığında Kadının Soyadı", *Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2, Aralık 2020, s. 135-180.
- Helvacı Serap, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ve Anayasa Mahkemesi'nin Kararları Işığında Evli Kadının Soyadı", *Public and Private International Law Bulletin*, C. 35, S. 1, s. 157-169. Erişim: [https://cdn.istanbul.edu.tr/file/1CD58DF90A/DICBBE8D36484155983ADDF1D39DACE3?doi=\(E.T.10/08/2023\)](https://cdn.istanbul.edu.tr/file/1CD58DF90A/DICBBE8D36484155983ADDF1D39DACE3?doi=(E.T.10/08/2023))
- Helvacı Serap/ Kocabaş Gediz, "Fransız, Alman, İsviçre ve Türk Hukuklarında Kadının Soyadı", Akif Aydın'a Armağan, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-HAD*, C. 21, S.2 (özel sayı), 2015, s. 615-641.
- İnce Nurten, "Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı", *Uluslararası Politik Araştırmalar Dergisi*, C. 3, S. 2, Ağustos 2017, s. 37-58.
- Karagülmez Ali, "5170 Sayılı Yasa'yla Anayasa'nın 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 54, 2004, s. 163-177.
- Kılıçoğlu Ahmet, "Medeni Kanun Açısından Kadın-Erkek Eşitliği", *Ankara Barosu Dergisi*, 1991/1, s. 9-17.
- Moroğlu Nazan, "Kadının Kimlik Sorunu 'Kadının Soyadı' ", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 99, Mart-Nisan 2012, s. 1-22.
- Mortaş Süleyman, "Evlene Kadın İle Velayeti Kadına Bırakılan Çocuğun Soyadının Belirlenmesinde 'Kocanın Soyadı' Parametresi", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XX, S. 2, 2016, s.311-369.

- Nomer Haluk, "Avrupa Birliğine Üye Devletlerde ve Türkiye'de Evlenen Kadının ve Ortak Çocuğun Soyadı", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2002, s. 421-450.
- Oktay Özdemir Saibe, "Aile Hukukunda Eşitliğe Aykırı Hükümler", Prof. Dr. Zahit İmre'ye Armağan, İstanbul, 2009, s.2018-2032.
- Oruç Murat, "Evli Kadının Münhasıran Bekârlık Soyadını Kullanabilmesi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2016, s. 451-465.
- Öcal Apayadın Bahar, "Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözümüne Kavuşturulmuş Mudur? ", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 2, 2015, s. 425-458.
- Özen Burak, "Evli Kadının Soyadı", *Evrensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu (10-11 Haziran 2016)*, (Editör: Emel Badur/Gamze Turan Başara), 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016, s.163-173.
- Ünal Özkorkut Nevin, "Kadının Vazgeçilebilir Kişilik Hakkı: Soyadı-Kadının Soyadı Üzerindeki Hakkının Türkiye'deki Tarihsel Gelişimi", I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, s. 23-30, Erişim: https://cdn.istanbul.edu.tr/File-Handler2.ashx?f=kadinin-vazgecilebilir-kisilik-hakki-soyadi-kadinin-soyadi-uzerindeki-hakkinin-turkiye%27deki-tarihsel-gelisimi_nevin-unal-ozkorkut_636903128806518207.pdf (E.T. 10/08/2023).
- Yılmaz Didem, "Anayasa Mahkemesi'nin Zımnî İlga Gerekçesine Dayanarak Verdiği İhlal Kararları Örneği Çerçevesinde Bireysel Başvuru Kararlarının Etkisi", s. 1-5, Erişim: <https://anayasatakip.ku.edu.tr/> (E.T. 10/08/2023).
- Yüksel Sera Reyhani, "Türk Medeni Kanunu Bakımından Kadın-Erkek Eşitliği", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, 2014, S. 2, s. 175-200.

İnternet Kaynakları

<https://www.mevzuat.gov.tr>

<https://www.tbmm.gov.tr>

TOPLUMSAL CİNSİYETE DUYARLI ANAYASA: İÇERİĞİ VE İNŞA SÜRECİ*

GENDER-SENSITIVE CONSTITUTION: ITS CONTENT AND MAKING PROCESS

Elif GÖZLER ÇAMUR**

Özet: Devletin işleyişini, yurttaşlık haklarını ve ödevlerini düzenleyen en temel yasa anayasadır. Anayasaların arka planında devletlerin geçirdiği tarihsel süreçler ve deneyimler vardır ve bu yönüyle anayasalar toplumsal ve siyasal metinlerdir. Geleneksel olarak anayasalarda özellikle yurttaşlık hakları düzenlenirken kapsayıcı bir dil tercih edilse de anayasa yapımındaki yeni uygulamalarda belirli grupların dezavantajlı durumlarını gözeten bir bakış açısı yaygınlaşmaktadır. Kadınların özel alanda yaşadıkları birtakım eşitsizlikler dolayısıyla kamusal hayatta eksik olarak katılmaları onların eksik bir yurttaşlık yaşamalarına sebep olmaktadır ve dezavantajlı bir durum yaratmaktadır. Bu bağlamda, toplumsal cinsiyete duyarlı anayasa kavramı, var olan dezavantajlı konumun iyileştirilmesine temel olarak anayasalardan başlanması gerektiğini savunur. Bir anayasanın toplumsal cinsiyete duyarlı olabilmesi için öncelikle hazırlık sürecinin toplumsal cinsiyete duyarlı tasarlanması gerekir. Kadınların taleplerinin en uygun şekilde değerlendirilebilmesi için katılım sürecinin ve sonrasında yazım aşamasının kadınları içerecek şekilde planlanması esastır. Nihai metinde, her hükmün toplumsal cinsiyete olan etkisinin göz önünde bulundurulmasına ve eşit yurttaşlığın sağlanmasına yönelik özel hükümlerin konulmasına dikkat edilir.

Bu çalışmayla Türkçe literatürde tartışılma alanı bulamamış bir konu olan toplumsal cinsiyete duyarlı anayasa kavramının inşaa ve içerik boyutuyla incelenmesi amaçlanmıştır. Bu kapsamda toplumsal cinsiyete duyarlı anayasa konusunda yazılmış raporlar, rehberler ve literatür araştırılmış; anayasa yapımına katılım ve içeriği düzenleyen uluslararası metinler ile ilgili anayasa örnekleri incelenmiştir. Çalışmanın ilk bölümünde toplumsal cinsiyete duyarlı anayasa kavramı açıklanacak ve sonrasında anayasa inşasında katılımcı süreçlere değinilecektir. Son bölümde ise toplumsal cinsiyete duyarlı anayasanın yazım sürecinde dikkate alınması gereken noktalar ve içerik üzerine bir anlatı yapılacaktır.

* Bu yazı araştırma ve yayın etiğine uygundur.

** Dr. Öğr. Üyesi, İzmir Demokrasi Üniversitesi, elifgozler1@gmail.com, ORCID: 0000-0003-2394-1447, Makalenin Gönderim Tarihi: 06.08.2023, Kabul Tarihi: 28.08.2023

Anahtar Kelimeler: Anayasa, Toplumsal Cinsiyet Eşitliği, Toplumsal Cinsiyete Duyarlı Anayasa, Kadın Yurttaşlığı

Abstract: Constitutions are the most fundamental law texts which regulate the functioning of the state, civil rights and duties. Constitutions are social and political texts because of their historical and political backgrounds. Generally an inclusive approach is preferred in constitutions, especially while regulating civil rights. However, considering the disadvantageous groups, it is common to use various remedial expressions within the perspective of new constitution-making approaches. Women experience a limited participation in public life due to the inequalities they encounter in the private sphere. This prevents them to enjoy full citizenship experience and creates a disadvantageous situation. In this context, the concept of gender sensitive constitution argues that the elimination of existing inequalities should be started from the constitutions. In order to achieve a gender sensitive constitution, the preparation process must be first designed as gender sensitive. Accordingly, women's meaningful participation must be provided in both public consultation and writing process. The demands of women should be carefully evaluated. Final text should pay regard the gender impact of each provision and should include specific provisions to ensure equal citizenship.

This study aims to examine the concept of gender-sensitive constitution, which is an unstudied area in Turkish literature, through its making process and content. In this context, reports, guides and literature on a gender sensitive constitution were searched; Constitutional examples related to participation in constitution making and international texts regulating the content were examined. In the first part of the study, the concept of a gender-sensitive constitution will be introduced and then the participatory processes in the construction of the constitution will be discussed. In the last part, a narrative will be made on the points that should be taken into account in the writing process of a gender-sensitive constitution and on the content.

Keywords: Constitution, gender equality, gender-sensitive constitution, women citizenship

GİRİŞ

Cinsiyetler arasındaki farklılıkların kültürel ve toplumsal olarak inşa edilmesini anlatan bir kavram olarak toplumsal cinsiyet pek çok farklı boyutuyla incelenmiştir. Anayasaların toplumsal cinsiyet üzerindeki etkisi ise son yıllarda çalışılmaya başlanan bir tartışma konusudur. Devletin şeklinin, ödevlerin, yurttaşların hak ve özgürlüklerinin düzenlendiği en temel metinler olarak anayasaların toplumsal cinsiyet rejimi üzerinde farklı birtakım etkileri vardır. Özel alanda yaşanan eşitsizlikler sonucu kadınların kamusal alana eksik temsili

şeklinde yansıyan dezavantajlı konumunun düzeltilmesi için anayasaların bir araç olarak kullanılmasının gündeme gelmesi toplumsal cinsiyete duyarlı anayasa kavramının ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Anayasa yapım süreçlerinin kadın katılımını da içerecek şekilde planlanması, anayasanın içeriğinin toplumsal cinsiyete etkisi göz önünde bulundurularak tasarlanması ve anayasanın yasal eşitliğin ötesinde maddi eşitliğin de sağlanmasına yönelik hükümleri içermesi bir anayasayı toplumsal cinsiyete duyarlı kılacak en temel özelliklerdir. Özellikle üreme hakları, cinsiyet eşitliği, ayrımcılığın önlenmesi, siyasi temsilin sağlanması gibi anayasal düzeyde düzenlemeye ihtiyaç duyulan konuların yazımında kadın katılımının referans alınması cinsiyete duyarlı anayasayı gerçekleştirmenin en temel çıkış noktasıdır. Çünkü kadınların sorunlarının temsili ve sözcülüğü en iyi bu sorunları deneyimleyen kadınlar tarafından yapılır. Bu nedenle anayasa yapım süreçlerinde katılım eşit yurttaşlığı sağlamada önemli bir pratik olarak karşımıza çıkar. Bu katılımın hem anayasayı yapan organ düzeyinde hem de sivil toplum örgütleri yoluyla sağlanması önemlidir.

Toplumsal cinsiyete duyarlı anayasa yapımı literatürü hem yapım süreçlerinde etkin kadın katılımının sağlanması hem de duyarlı bir içeriğin oluşturulmasına yönelik konuları kapsar. Literatürün bir bölümü sürecin teknik boyutuyla ilgili pratik strateji ve önerilere odaklanırken, bir bölümü de ülke örneklerine odaklanmaktadır. Bu çalışmanın amacı Türkçe yazında yer bulamamış bu kavramın katılım ve içerik boyutuyla tartışılmasıdır. Bu kapsamda toplumsal cinsiyete duyarlı anayasa konusunda yazılmış raporlar, rehberler ve literatür araştırılmış; anayasa yapımına katılım ve içeriği düzenleyen uluslararası metinler ile ilgili anayasa örnekleri incelenmiştir. Çalışmada ilk olarak toplumsal cinsiyete duyarlı anayasa kavramı açıklanacaktır, sonrasında toplumsal cinsiyete duyarlı anayasa inşasının en önemli adımı olan katılımcı süreçlerin rolüne değinilecektir. Son olarak, cinsiyete duyarlı anayasanın yazım sürecinde dikkate alınması gereken noktalar ve içerik üzerine bir tartışma olacaktır.

I. TOPLUMSAL CİNSİYETE DUYARLI ANAYASA

Anayasalar, bireysel hak ve özgürlükleri tanırlar, yetkinin kötüye kullanılmasına ve hak ihlallerine karşı yargısal korumanın teme-

lini oluştururlar. Dolayısıyla kadına özgülenen hakların, toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlamaya ve cinsiyete dayalı ayrımcılığı önlemeye yönelik düzenlemelerin anayasalarda yer alması, kadınların statüsünü iyileştirmeyi ele alan mevzuat değişikliklerine olanak sağlar. Bu nedenle, cinsiyet eşitliğini devletin temel bir özelliği olarak tanımlayarak, anayasal eşitliğin sağlanması, kadın ve erkeğin eşit vatandaş olmaları için temel bir gerekliliktir. Ayrıca, anayasal hükümlerin ve mevzuatın kadının insan haklarına ilişkin uluslararası hukuk ve standartlarla uyumlu hale getirilmesi, bu hakların evrenselliğine dayalı olarak demokratik değerlerin de güçlendirilmesi için de önemli bir adımdır.

Kadınların toplumsal cinsiyete duyarlı anayasa talebinin temelinde eşit yurttaşlık idealinin sağlanması vardır. Özel alanda yaşanan eşitsiz durumun kamusal hayata yansması kadınların eksik bir yurttaşlık deneyimi yaşamasına sebep olmuştur. Toplumsal cinsiyeti dikkate almayan bir bakış açısıyla tasarlanan Marshall'ın yurttaşlık hakları sınıflandırması düşünüldüğünde kadınların medeni, siyasal ve sosyal hakları kullanmadaki dezavantajlı konumu bugün hala sürmektedir.¹ Bu bağlamda anayasanın toplumsal cinsiyete duyarlı içeriği bu hakların garanti altına alınmasını sağlayarak eşit yurttaşlığı sağlamaya katkıda bulunacaktır. Toplumsal cinsiyete duyarlı anayasa inşası katılımcı süreçleri de içereceğinden kadınlar siyasal haklar bağlamında bir yurttaşlık pratiği gerçekleştirmiş olacaklardır.

Anayasa inşası, katılım, taslak hazırlama ve onaylama boyunca süren, sonrasında uygulama aşamasında da devam eden bir mücadele alanıdır. Bu mücadele, tüm yurttaşları eşit değerinde, kanun önünde eşit olarak tanıyan, her türlü baskıyı, şiddeti ve ayrımcılığı yasaklayan bir anayasanın kabul edilmesi ve uygulanması ile sonuçlanıyorsa, değerlidir. Toplumsal cinsiyete duyarlı bir anayasa, genel olarak hukukun üstünlüğünün kurulmasını, kadın ve erkek eşitliğini ve hem kadınların hem de erkeklerin insan haklarına ve onuruna saygı gösterilmesini içerir. Anayasada toplumsal cinsiyet perspektifi benimsenir ve toplumsal cinsiyet konularının nasıl ele alındığına ve anayasa hükümlerinin toplumsal cinsiyeti nasıl etkilediğine dikkat edilir. Cinsiyete duyarlı bir dil kullanılır ve cinsiyet eşitliğine özel hükümler

¹ Thomas H Marshall, *Citizenship and Social class*. New York, 1950.

benimsenir. Toplumsal, siyasal ve kültürel bağlamlar farklı olsa da toplumsal cinsiyete duyarlı bir anayasa, kadın ve erkeğin insan haklarının evrenselliği ve bölünmezliği üzerine temellenen normlar ve standartlarla çerçevelenir.² Toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması ise bu mücadelenin her aşamasında yer alması gereken bir unsurdur. Toplumsal cinsiyet eşitliğini gözetmeyen bir anayasa inşa süreci ve anayasa metninin demokratik olması beklenemez. Cinsiyete duyarlı anayasanın özündeki en temel iki prensip, anayasanın toplumsal cinsiyete etkilerinin göz önünde bulundurularak tasarlanması ve maddi eşitliği sağlamaya yönelik hükümleri içermesidir.

Aydınlanma dönemi anayasaları, kadının politik yurttaşlık haklarını tanımamasıyla kamusal-özel alan ayırımı yasallaştırmış, derinleştirmiş ve “toplumsal” bir sözleşme olmasının yanında Carole Pateman’ın deyimiyle “cinsel” bir sözleşme olduğunu göstermiştir.³ Siyasi haklar da dahil olmak üzere kadınların erkeklerle birlikte eşit yurttaşlar olarak kabul edilmesi ve cinsiyete dayalı ayrımcılığa uğramama hakkının elde edilmesi için 2. Dünya Savaşı sonrası dönemde yazılan anayasaları beklemek gerekecekti.⁴ Anayasalarda formal olarak cinsiyet eşitliğine savaş sonrası dönemde yer verilmeye başlansa da ancak son yirmi yılda yazılan anayasalarda anlamlı eşitliği tanımak, korumak ve teşvik etmek için toplumsal cinsiyete özel hükümlere yer verilmeye başlanmıştır.⁵ Resmi yasal eşitlik, karar alma süreçlerine erişim ve temsil için gerekli bir ön koşul olmakla birlikte, yeterli değildir. Anlamlı eşitliğe ulaşmak için kadınların, toplumdaki eşit olmayan konumlarının kabul edilmesi ve karşılaştıkları sorunların üstesinden gelebilmeleri için fırsatlara ve kaynaklara eşit erişime sahip olmaları gerekir.

Anayasa yapımını toplumsal cinsiyete duyarlı hale getirmek için uygulanan yöntemler, zaman içinde tabandan gelen taleplerin de etkisiyle yaygın hale gelmiştir. Bu yöntemlerin ilkinde, genel katılımçılık

² Silvia Suteu ve Ibrahim Draji, ABC for a Gender Sensitive Constitution: Handbook for Engendering Constitution-making, Euromed Feminist Initiative (IFE-EFI), 2016, 5,11.

³ Pateman Carole, The Sexual Contract, Standford University Press, 1988.

⁴ Ruth Rubio-Marín, “Women and Participatory Constitutionalism.” *International Journal of Constitutional Law*, 18.1, 2020, 235.

⁵ Laura E Lucas, “Does Gender Specificity in Constitutions Matter”, *Duke J. Comp. & Int'l L*, 20, 2009, 134.

dalgasının etkisiyle, süreç hukuki uzmanların ve üst düzey politikacıların tekelinden kurtarılarak tabana yayılır. Böylece yasama organlarındaki kişileri seçme, siyasi temsilci yollama, halka danışma toplantıları yoluyla kadın katılımının sağlanması amaçlanır. İkincisi ise kadına özgülenen hakların anayasalara dahil edilmesidir. 1980'den beri, yeni anayasalarda standart bir özellik haline gelen eşitlik ve ayrımcılığı yasaklayan hükümlerin yanında, kadınlara özel anayasal maddeler de çoğalmıştır. Bu maddeler, siyasi katılım hakkı veya sağlık hakkı gibi ortak hak hükümleriyle birlikte, kadına özel haklar olan anneliğin korunması ve üreme sağlığı ile ilgili maddeler ve cinsiyet eşitliğinin sağlanmasını hızlandırmayı amaçlayan özel önlemlerden oluşmaktadır.⁶ Anayasa yapımında kadın katılımı neticesinde elde edilen kazanımlardan bazı örnekler Tamaru ve O'Reilly'nin kadınlar için hazırladıkları anayasa yapımı rehberinde yer vermiştir: 1991 Kolombiya Anayasası'nın 40. maddesi: "Yetkililer, kadınların kamu yönetiminin karar alma kademelerine yeterli ve etkin katılımını garanti edeceklerdir."; 43. maddesi: "Hamilelik ve doğum sonrası dönemde kadınlar devletin özel yardım ve korumasından yararlanacaklardır...". 2003 Ruanda Anayasası'nın 9. maddesi: "Ruanda Devleti, karar alma organlarında kadınlara en az yüzde otuz görev verilmesini sağlayarak, tüm Ruandalıların eşitliğini ve kadın ve erkek arasındaki eşitliği taahhüt eder."; 52. madde: "Siyasi örgütler ... kadın ve erkeklerin seçmeli görevlere eşit erişimini sağlayacak şekilde çalışırlar."; 2010 Kenya Anayasası, 27. madde: "Kadınlar ve erkekler, siyasi, ekonomik, kültürel ve sosyal alanlarda eşit fırsatlar da dahil olmak üzere eşit muamele görme hakkına sahiptir".⁷

Kadın katılımını arttırmaya yönelik kota ve olumlu eylem gibi araçların artması ve bu araçların başta Birleşmiş Milletler olmak üzere uluslararası kuruluşların düzenlemelerinde güvence altına alınması, bu yolla yapılan anayasaların sayısını arttırmış ve anayasa yapımında kadın katılımına yönelik literatürün artmasına sebep olmuştur. Birçok örnekte çatışma sonrası dönemlerde yapılan anayasalarda bu düzenlemeler dikkate alınmış, bu da söz konusu örnekleri inceleyen çalışma-

⁶ Melanie Allen, "A Practitioner's Account: the Constitution Assessment for Women's Equality" içinde H. Irwing (Ed.) Constitutions and Gender. Edward Elgar Publishing, 2017. 196.

⁷ Nanako Tamaru ve Marie O'Reilly, A Womens Guide to Constitution-Making, Washington, DC, Inclusive Security, 2018a, 11.

ların artmasını sağlamıştır. Toplumsal cinsiyete duyarlı anayasa literatürünün bir bölümünü anayasa, kadın katılımı ve toplumsal cinsiyet ilişkisi üzerine yapılan çalışmalar oluştururken, bir bölümünü de bu süreçlerde yol gösterici amaçla hazırlanmış rapor ve rehberler oluşturur. Morgan (1992) Kolombiya'da şiddet ortamına son verilmesi ve 1991 Anayasası'nın yapımında kadın hareketinin etkisini incelerken,⁸ benzer şekilde Albertyn iki aşamalı şekilde hazırlanan 1993 Güney Afrika Anayasası yazım aşamasını toplumsal cinsiyete yansımaları bağlamında anlatır.⁹ Bond, post-kolonyal anayasalardaki dışlayıcı ifadelerin toplumsal cinsiyet üzerindeki etkilerini Sahraaltı ülkeleri örneği üzerinden incelerken,¹⁰ Mbamalu (2016) aynı bölgeden Ruanda, Nijerya ve Kenya anayasalarının yapım sürecinde kadın katılımına odaklanmıştır.¹¹ Yine Afrika deneyimleri kapsamında De Alwis vd., Tunus'un geçiş dönemi anayasası inşasına kadın katılımı ve uluslararası kuruluşların etkisi üzerine çalışırken,¹² Women's International Peace Centre raporu Güney Sudan kalıcı anayasası yapımı sürecinde kadın katılımını konu alır.¹³ Geçiş dönemi anayasalarına odaklanan çalışmalardan Brodeala ve Suteu'nun makalesi komünizm sonrası Romanya anayasasında kadın katılımını ele alır.¹⁴ Anayasa yapım süreçlerinde en etkin organ olan anayasa komisyonlarındaki kadın üyelerin etkisini konu alarak Hindistan örneğini inceleyen Kumar, 299 üyesi olan Hindistan anayasa komisyonundaki 15 kadının anayasayı nasıl etkilediğini anlatır.¹⁵ Toplumsal cinsiyet ve anayasa ilişkisini Türkiye

⁸ Martha Morgan, Constitution-Making in a Time of Cholera: Women and the 1991 Colombian Constitution, *Yale Journal of Law and Feminism*, 4, 1992.

⁹ Catherine Albertyn, "Women and Constitution-Making in South Africa" içinde H. Irwing (Ed.) *Constitutions and Gender*, Edward Elgar Publishing, 2017. 47-80.

¹⁰ Johanna E Bond, "Gender and Post-Colonial Constitutions in Sub-Saharan Africa" içinde H. Irwing (Ed.) *Constitutions and Gender*, 2017,

¹¹ Cynthia Mbamalu, Challenges and Prospects for Women in Constitution-Building in Sub-Saharan Africa: A Comparative Study of Rwanda, Kenya and Nigeria, LLM Thesis, 2016.

¹² Rangita de Silva de Alwis, Mnasri Anware, ve Estee Ward, "Women and the Making of the Tunisian Constitution", *Berkeley J. Int'l L.* 35, 2017, 90.

¹³ Women's International Peace Centre, Information Brief: Women's Participation in the Permanent Constitution-making of South Sudan, 2021.

¹⁴ Elena Brodeala ve Suteu Silvia, "Women and Constitution-Making in Post-Communist Romania" içinde R.Rubio-Marin ve H. Irwing (Ed) *Women as Constitution-makers*, Cambridge University Press, 2019.

¹⁵ Rajesh Kumar, "Equality for Women: The Constituent Assembly Debates and the Making of Equality Jurisprudence by and for Women", *Social Change*, 52.3, 2022.

deneyimi bağlamında inceleyen çalışmalar ise çok sınırlıdır. Oder'in çalışması Osmanlı'nın son dönemlerinden günümüze kadar olan anayasal gelişmelerde kadınların rolüne odaklanırken,¹⁶ Gözler Çamur, 2012 yılında nihayete ermeden biten yeni anayasa çalışmalarında kadın katılımı ve anayasa komisyonundaki tartışmalara odaklanır.¹⁷ Tüm bu örnekler hem anayasa yapan organlarda yer alan kadınların hem de katılım sürecinde aktif olan sivil toplumdaki kadın örgütlerinin etkilerini göstermeleri açısından literatüre katkı sağlamışlardır. Toplumsal cinsiyete duyarlı anayasa yapımı hem yazım aşaması hem de içerik olarak teknik bir süreç olduğu için raporlar ve rehberlerin ağırlıkta olduğu pratiğe yönelik bir literatür de gelişmiştir. Farklı ülke deneyimlerine yönelik karşılaştırmalı incelemeler ve raporlar yanında uluslararası sivil toplum kuruluşlarının hazırladığı rehberler ve referans kaynağı sayılabilecek birçok yayın vardır. Tamaru ve O'Reilly'nin Inclusive Security için hazırladıkları çatışma sonrası toplumlara özel rapor¹⁸ ve kadınlara anayasa rehberi,¹⁹ IDEA'nın hazırladığı anayasa için cinsiyet eşitliği rehberi,²⁰ Suteu ve Draji'nin Euromed Feminist Initiative için hazırladığı cinsiyete duyarlı bir anayasa için el kitabı,²¹ Dziedzic ve Samararatne'nin Avustralya Anayasa Yapımında Kadın Kapasite Geliştirme Programı için hazırladığı rapor²² ve Forster'ın BM Kalkınma Programı için hazırladığı Anayasalarda toplumsal cinsiyet eşitliğini ve kadın güçlendirmesini sağlama konulu politika rehberi²³ bu alanda öne çıkan yayınlardır. Bu rapor ve rehberler pratik bilgi içer-

¹⁶ Bertil Emrah Oder, "Women and Constitution-making in Turkey" içinde R. Rubio-Marin ve H. Irving (Ed) *Women as Constitution-makers*, Cambridge University Press, 2019.

¹⁷ Elif Gözler Çamur, "Anayasa Yapımında Kadınlar: Katılım, Talepler ve Yarım Kalmış Bir Süreçten Deneyimler", *Mülkiye Dergisi*, 2023; 47(1): 260-287, 2023

¹⁸ Nanako Tamaru ve Marie O'Reilly, *A Womens Guide to Constitution-Making*, Washington, DC, Inclusive Security, 2018a.

¹⁹ Tamaru, Nanako ve O'Reilly Marie, *How Women Influence Constitution Making After Conflict and Unrest*, Washington, DC: Inclusive Security, 2018b.

²⁰ International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA), *Constitution Assessment for Women's Equality*, 2016.

²¹ Silvia Suteu ve Ibrahim Draji, *ABC for a Gender Sensitive Constitution: Handbook for Engendering Constitution-making*, Euromed Feminist Initiative (IFE-EFI), 2016.

²² Anna Dziedzic ve Dinesha Samararatne, *Women and Constitutions in Action*, Constitution Transformation Network, U of Melbourne Legal Studies Research Paper, 2020.

²³ Christine Forster, *Global Good Practices in Advancing Gender Equality and Women's Empowerment in Constitutions*, New York, PNUD, 2016.

dikleri ve anlaması kolay bir dille yazıldıkları için hem önemli başvuru kaynaklarıdır hem de alanda çalışan aktivistler için yol gösterici niteliktedirler.

Anayasaların yapısal ayrımcılığı, marjinalleşmeyi ve toplumda bir grup olarak kadınların fiili dezavantajlarını düzeltme perspektifinden tasarlanması talebi feminist anayasal siyasetin temel hedefidir. Tüm bunlarla amaçlanan ise esaslı eşitliğin sağlanmasıdır. Esaslı eşitlik, kağıt üzerindeki eşitliğin toplumsal hayata maddi olarak yansması demektir. Bu nedenle, anayasaların değişim için dönüştürücü araçlar olarak hizmet edebileceği fikrinden hareketle kadınlar, sivil toplum ve resmi kanallar yoluyla anayasa yapım süreçlerine katılmaya başlamışlardır. Bununla birlikte, bunu gerçekten dönüştürücü bir deneyim haline getirebilmek için, kadınların anayasa yapım sürecinde mevcut ve aktif olmalarını sağlayacak kanalların da açılmış olması gerekir. Aksi takdirde her politik katılım deneyiminde olduğu gibi kadınların eksik temsili durumu ortaya çıkacak ve eşitliğe yönelik öneriler doğru bir şekilde temsil edilmeyecektir.²⁴ Katılım süreci, nihai ürün ve uygulanma aşaması bir bütün olarak görülmeli ve öncelikle kadınların katılımını sağlamaya yönelik çeşitli mekanizmalar tasarlanmalıdır. Bu tasarımı ortaya çıkarırken, bir dizi temsil biçimleri ve bunların çalışması için gerekli diyalog kanallarının da açılması gerekmektedir.²⁵

II. TOPLUMSAL CİNSİYETE DUYARLI ANAYASA HAZIRLIĞI

Temel olarak anayasalar, devletin yapısını açıklar, ülkelerin vizyonunu yansıtır, uygulanması ve sınırları ile siyasi gücün dağılımını düzenler, hak ve özgürlükleri tanımlar ve günümüz siyasetinde temel bir öneme sahiptir. Hukuki hiyerarşinin en tepesinde olan anayasa, yurttaşlık hakları ve hukukun üstünlüğünün düzenlendiği en temel belgedir.²⁶ Demokratik bir anayasa, meşruiyetini halk egemenliğinin-

²⁴ Rajesh Kumar, "Equality for Women: The Constituent Assembly Debates and the Making of Equality Jurisprudence by and for Women", *Social Change*, 52.3, 2022, 3-4.

²⁵ Susan H Williams, "Dialogic Democracy, Feminist Theory and Women's Participation in Constitution-Making" içinde R. Rubio-Marin ve H. Irving (Ed.) *Women as Constitution-Makers: The Promises and the Challenges of Participation*, Cambridge University Press, 2019, 26.

²⁶ Rajesh Kumar, "Equality for Women: The Constituent Assembly Debates and the Making of Equality Jurisprudence by and for Women", *Social Change*, 52.3, 2022, 2.

den alır ve kadınlar, anayasanın adını andığı halkın eşit üyeleri olarak tanınmalıdır. Dolayısıyla anayasanın demokratik ruhu yurttaşların yarısı olan kadınların yaşadığı dezavantajlı durumun düzeltilmesine yönelik bir içerik de vadetmelidir ki bu vaat hem kadınların anayasanın hazırlanma sürecine katılımının sağlanması hem de eşit hakların anayasa metninde görünür olması ile gerçekleştirilir. Bir anayasanın toplumsal cinsiyete duyarlı sayılabilmesi için, içerik kadar anayasanın nasıl hazırlandığı da önemlidir. Bu nedenle anayasa yapım süreçlerinde hem sivil toplum hem de yasamadan anlamlı kadın katılımının sağlanması toplumsal cinsiyete duyarlı anayasanın ilk adımıdır.

Anayasa yapımında kapsayıcı, katılımcı yöntemlerin yaygınlaşmasıyla birlikte, eskiden kapalı ve seçkinlerin yönlendirdiği bir süreç olan anayasa yapımı, artık çoğunlukla, bir kurucu meclis veya özel olarak yetkilendirilmiş bir parlamento gibi demokratik organların süreci yönlendirdiği ve vatandaşların kritik bir role sahip olduğu bir hale gelmiştir. Yurttaşların anayasa yapımına katılımı, kilit konuların ve sürecin anlaşılmasını teşvik etmek için yurttaşlık eğitimini içerir. Bunun sonucunda halka danışma mekanizmalarının daha etkin kullanılması sağlanır. Yurttaşları ve demokratik olarak seçilmiş organları dahil ederek anayasa yapımını daha demokratik hale getirmeye yönelik bu mekanizmalar, kadınların anayasa yapımına katılmalarının da yolunu açmıştır. Bu katılım, seçilmiş temsilci ya da siyasi parti üyesi olma, sivil toplumda yer alma, uzman danışman olma ve en nihayetinde yurttaş olma yoluyla sağlanabilir.²⁷

Toplumsal cinsiyete duyarlı anayasa gereğinin altında yatan temel neden kadınların kamusal alanda eksik temsil ve erkeklere kıyasla daha eksik bir yurttaşlık yaşamalarında yatar. Toplumun temel yapısı olarak yurttaşlık, anayasalar tarafından düzenlenir. Bu anlamda, siyasal kurumların şekillenmesinde halk katılımı önemli bir yurttaşlık pratiği olarak değerlendirilmelidir. Anayasa inşa süreçlerinin zaman içindeki evrimi hem tepeden inme hem de popüler unsurların bir birleşimini yansıtır. Dolayısıyla devlet ve yurttaşlar arasında bir çeşit etkileşimi de beraberinde getirir. Anayasa yapım dönemleri, devletin siyasi veya ekonomik alanı genişletme isteği ile yurttaşların güvenli

²⁷ International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA), Constitution Assessment for Women's Equality, 2016, 2.

yaşama ve temel haklardan yararlanma talepleri arasındaki bir pazarlık sürecidir.²⁸ Bu nedenle anayasa yapım süreçlerine kadınların katılımı eşit yurttaşlığın sağlamaya yönelik önemli bir yurttaşlık pratiği olarak karşımıza çıkar. Kadınların tarihsel olarak yurttaşlık haklarından eşit biçimde yararlanamadıkları düşünüldüğünde katılımcı anayasacılığın bir anlamda diyalog yollarını açması ve kamuyu eğitici olanaklar yaratması ile yurttaşlığa yeni bir boyut eklediği söylenebilir. Böylelikle seçim dönemlerindeki kısmi katılımın ötesinde bireyler, haklarını ve sorumluluklarını öğrenen, yönetimle ilgilenen ve siyasi katılım için gelecekteki fırsatları arayan yurttaşlar haline gelir. Kadınlar dâhil olmak üzere birçok dezavantajlı grubun katılımcı süreçler yoluyla bir tür “yurttaş olma” deneyimi yaşamaları ile toplumsal eşitliğe katkı sağlanabilir.²⁹ Kadınların kamusal alanda var olan eksik temsili, siyasi karar alma süreçlerine katılımının göreceli olarak geç bir tarihte başlaması, kadın katılımı için özel stratejiler geliştirilmesini gerektirmiştir. Anayasa inşa süreçlerinde de kullanılan yöntemlerden biri olan halk katılımı kimi zaman yüzeysel geçen bir halkla ilişkiler aktivitesi olarak kullanılabilir. Bu durumda halkın sürece dair görüşleri göz ardı edilerek tokenizm (yapmacıklık) tuzağına düşülebilir. Bu nedenle kadınlar gibi dezavantajlı grupların katılım süreçlerine daha dikkatli yaklaşımlarında fayda vardır.

Siyasi hakların yaygın bir şekilde elde edilmesiyle birlikte kadınların siyasete katılımı ikinci dalga feminizmin mücadelesi sonucu artmış fakat tam bir eşit temsil idealine ulaşamamıştır. Dolayısıyla anayasa yapan organlardaki kadın oranı da bununla paralel olarak eksik kalmıştır. Kadınların anayasa yapımına katılarak cinsiyete duyarlı bir anayasa inşasında etkili olmaları birçok bakımdan önem arz eder. Kadın katılımı yalnızca nüfusun yarısını temsil ettikleri için değil aynı zamanda birçok özgün konuda cinsiyetlerini temsilen farklı uzmanlık bakış açılarını taşıdıkları için de değerlidir. Anayasa yapım süreçlerinde sıklıkla kullanılmaya başlayan katılımcı süreçler kadınların siyasi uyanış dalgasından etkilenmiştir. 1980’lerin sonlarında ve özellikle 1990’larda, cinsiyet kotalarının küresel olarak yayılmasıyla birlikte

²⁸ John Ferejohn, Jack N. Rakove ve Jonathan Riley, *Constitutional Culture and Democratic Rule*. Cambridge University Press, 2001, 20.

²⁹ Ruth Rubio-Marín, “Women and Participatory Constitutionalism” *International Journal of Constitutional Law*, 18.1, 2020, 2324.

parlamentolarda kadınların oranı artmış ve böylece kadınlar anayasa yapımında harekete geçmeye ve daha aktif hale gelmeye başlamışlardır. Kadınların oy hakkını elde etmek için mücadele eden süfrajetlerden beri parlamentolarda eşit temsilin tam olarak elde edilememesi, kotalar gibi telafi edici önlemlerin alınmasını gerektirmiştir. Kadın hareketi ve uluslararası toplumun kotalar lehine çağrı yapmalarıyla siyasi partiler kota uygulamasını benimsemişlerdir. CEDAW 4. Madde ve 1995 Pekin Eylem Platformu yoluyla da kota uygulamalarına temel sağlamıştır.³⁰ Kotaların benimsenmesiyle yaşamada kadın oranı artış göstermiş, bu da anayasayı yapan organlardaki kadın oranına yansımıştır. Buna rağmen anayasal süreçlerdeki kadın katılımı resmi olarak atanmış veya seçilmiş organlardaki mevcudiyetlerinden ziyade, sivil toplum ve taban inisiyatifleri aracılığıyla gerçekleşmektedir. Anayasa komisyonları ya da meclisleri gibi esas karar verici merciiler, hala ağırlıklı olarak erkek politikacıların ve teknokratik anayasal uzmanlığa sahip erkeklerin alanı olmaya devam etmektedir.³¹ 1990 ile 2015 yılları arasında anayasa yapım sürecinde rol alan organların üyelerinin ortalama olarak yalnızca yüzde 19'u kadındır. Fakat bu oran, kadınların bahsedilen süreçlerde etkisinin tam ve eşit şekilde sağlandığı anlamına gelmemektedir. Birçok deneyimde kadınlar, siyasi meşruiyetlerini sorgulayan cinsiyetçi önyargılar ve siyasi çıkar peşinde olan güçlü partiler gibi zorluklarla karşı karşıya kalmışlardır.³²

Katılımcılık esaslı artık yeni yapılan anayasalar için en temel unsurdur.³³ Kadınların anayasal topluluğa tam üyelik elde etmek için gösterdikleri çaba da güncel anayasal siyasetin bir parçası olmuştur.³⁴ Anayasa yapmak için tercih edilen temel yöntemler dönemin siyasi konjonktürüne göre değişiklik gösterse de belirli düzeyde bir halk katılımı dönemini de içerecektir. Katılımcılığın anayasa yapımında yaygınlaşmasıyla birlikte, süreçlerde kadın katılımını sağlamanın yolları da

³⁰ Drude Dahlerup, "Electoral Gender Quotas: Between Equality of Opportunity and Equality of Result", *Representation*, 43.2, 2007,

³¹ Ruth Rubio-Marín, "Women and Participatory Constitutionalism" *International Journal of Constitutional Law*, 18.1, 2020, 237.

³² Tamaru, Nanako ve O'Reilly Marie, *How Women Influence Constitution Making After Conflict and Unrest*, Washington, DC: Inclusive Security, 2018b, 1.

³³ Andrew Arato, *Civil Society, Constitution, and Legitimacy*, Rowman & Littlefield Publishers, 2000, 250.

³⁴ Upendra Baxi, "Postcolonial Legality" içinde H. Schwarz ve S. Ray (Ed.) *A Companion to Postcolonial Studies*, Blackwell Publishing, 2000.

yöntemlere göre değişiklik gösterebilir. Tamaru ve O'Reilly'nin yaptığı sınıflandırmaya göre, anayasayı yapan organı belirlerken yaygın olarak kullanılan üç temel yöntem vardır: komisyon, kurucu meclis ve müzakerecilik. Komisyon yönteminde anayasayı yazmak için sınırlı sayıda üyenin (12-25 kişi arası) olduğu bir grup oluşturulur ve bu komisyonun yazdığı taslak anayasa meclise onaylanmak üzere gönderilir. Bu komisyonun oluşturulmasında anayasa uzmanları, parti üyeleri, varsa eğer çatışmalı bir sürecin tarafları ve sivil toplum temsilcileri dahil olabilir. Komisyonlarda kadın katılımı partilerin ve kuruluşların kadın üyelerine öncelik vermesi ve komisyonun oluşturulma esaslarında bir prensip olarak yer alması şeklinde olabilir. Fiji (1997), Uganda (1995), Etiyopya (1994), Ruanda (2003), Papua Yeni Gine- Bougainville (2004), Filipinler (2013) örneklerinde kadın katılımı bu yolla sağlanmıştır. Kurucu meclis yönteminde ise kendine anayasa yapma ve onaylama yetkisi verilmiş yeni ya da var olan bir meclis tarafından süreç yürütülür. Bu yöntemde üyeler genel seçim yoluyla partilerin aday gösterdikleri ve halkın seçtiği temsilcilerden oluşur. Kurucu meclislerde kadın katılımı seçim yasasının, kadınlara ayrılmış koltukları veya seçim sürecinde kadınların adaylıklarını destekleyecek şekilde mekanizmaları içermesiyle sağlanabilir. Bu yöntemle Tunus (2011), Nepal (2008, 2012), Güney Afrika (1996), Kolombiya (1991), Venezuela (1999) anayasalarında kadınların da dahil edilmesi sağlanmıştır. Son olarak müzakereci yöntemde diğer modellere kıyasla çok büyük boyutta (1000 ya da daha fazla üye) bir topluluk genellikle anayasal ilkeleri veya önerileri belirler ancak anayasa bir yasama organı tarafından hazırlanır. Bu topluluğun oluşumunda üyelik çok geniş ve temsilidir. Örneğin, siyasi partiler, işçi sendikaları, insan hakları grupları, mesleki dernekler, geleneksel liderler, dini topluluklardan çeşitli temsilciler katılabilir. Burada kadınların katılımı hem katılımcı grupların kadınları temsilci olarak göndermesiyle hem de kadın örgütlerinin bizzat sürece katılmasıyla gerçekleşir. Bu yolla Benin (1990), Yemen (2011), Kongo (1991), Mali (1991), Nijer (1991) ve Çad (1993) anayasaları yapılmıştır.³⁵

Toplumsal cinsiyete duyarlı anayasa yapımının önemli bir aşaması olarak kadın katılımı birçok uluslararası metin sayesinde görünür-

³⁵ Nanako Tamaru ve Marie O'Reilly, *A Womens Guide to Constitution-Making*, Washington, DC, Inclusive Security, 2018a.

lük kazanmıştır. Bu bağlamda, insan hakkı olarak kadın hakları, aile içi şiddet, siyasi temsil, kürtaj, üreme sağlığı gibi kadınların eşitsizliğine ilişkin bir dizi meseleyi ele alan çok sayıda uluslararası düzenleme yapılmıştır. Bu çerçevede reform yapan birçok ülke bu uluslararası düzenlemelerden yararlanmışır. Bu düzenlemeler ayrıca kadın hakları aktivistleri için de yol gösterici bir referans kaynağı niteliğindedir.³⁶ Bu kapsamda değerlendirilebilecek en önemli belge CEDAW, Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesidir. Bu sözleşmenin 2. maddesi, taraf devletlerin kadın erkek eşitliğini “ulusal anayasalar” yoluyla güvence altına almalarını ve “bu ilkenin pratikte gerçekleştirilmesi” için tüm uygun adımları atmalarını öngörmektedir. Pekin Deklarasyonu ve Eylem Platformu, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi’nin 1325 sayılı Kadın, Barış ve Güvenlik Kararı ve toplumsal cinsiyet eşitliğinin Sürdürülebilir Kalkınma Hedeflerine dahil edilmesi yoluyla geliştirilen uluslararası insan hakları hukuku standartları cinsiyet eşitliğine uluslararası yasal ortamda bir çerçeve çizmiştir.³⁷

Katılım sürecinde resmi kanallar açık olsa bile, anayasa içeriği ve toplumsal cinsiyet konusunda temel eğitimi olmayan kadınlar sürece katılmada çeşitli zorluklar yaşayabilirler. Geleneksel olarak kadının siyaset alanından eksik bırakılması durumu ya da sosyal-ekonomik yetersizlikler kadınların bu türden diyalog toplantılarına katılmalarını engelleyebilir. Bu nedenle hem kadın organizasyonlarının hem de devletin yapacağı toplumsal cinsiyete duyarlı yurttaşlık eğitimleri ve farkındalık aktiviteleri kadınların karar alma süreçlerine katılımını arttırmaya katkı sağlayacaktır.³⁸ Yine de tüm olanaklar sağlansa bile, kadınların anayasa yapım sürecindeki varlıkları, erkekler kadar belirgin olmayabilir. Anayasa yapan organın bir üyesi ya da halka danışma sürecine katılan sıradan biri olarak kadınların katılım süreçlerine olan katkıları, erkek meslektaşlarının yapacağı katkıdan daha az değerli görülebilir. Bu durum kadınların geçmişten gelen yapısal

³⁶ Rangita de Silva de Alwis, Mnasri Anware, ve Estee Ward, “Women and the Making of the Tunisian Constitution”, Berkeley J. Int’l L.35, 2017, 110.

³⁷ Anna Dziedzic ve Dinesha Samararatne, Women and Constitutions in Action, Constitution Transformation Network, U of Melbourne Legal Studies Research Paper, 2020, 2.

³⁸ Ruth Rubio-Marín, “Women and Participatory Constitutionalism.” *International Journal of Constitutional Law*, 18.1, 2020, 84.

dezavantajlarından ötürü, meşru siyasi aktörler olarak görülmemelerinden kaynaklanır. Siyaset erkeklere ait bir alan olarak görüldüğünden, bu süreçlerde kadınlar çeşitli tehdit ve tacizlere maruz kalabilirler. Kadınların yalnızca “kadın sorunları” üzerinde savunuculuk yapabilecekleri varsayımı ve bunların daha sonra çözülebilecek konular olduğu algısı, yine bu süreçlerde sıklıkla rastlanan durumlardandır. Ataerkil sosyal ve kültürel normları içselleştiren kadınlar bu durumda kendi kapasitelerinden ve söylemlerinden şüphe duymaya zorlanırlar; susmaya başlarlar ve marjinalleştirilirler.³⁹ Bu nedenle süreç tasarlanırken, toplumsal cinsiyet eşitliğine yönelik eğitim ve farkındalık artırma faaliyetlerinin sadece kadınlar için değil, erkekler için de yapılması, katılımın niteliği bakımından önemlidir. Toplumsal cinsiyet eşitliğine ilişkin kavramların anayasada olması için mücadele ederken tarafların karşılıklı birbirlerini anlayabilmeleri için kadınlar kadar erkeklerin de temel kavramları anlayıp içselleştirmesi gerekmektedir. Kadınların anayasa yapımı gibi üst düzey bir sürece dahil edilmeleri kadınlar için siyasetin marjinal bir ortam olmadığı mesajını verir. Kadın adayların artması ve seçilmesi onları rol model olarak örnek alacak diğer kadın ve kız çocuklarına kamusal alanın, özellikle de siyasetin erkekler kadar kadınlara da açık olduğunu gösterecektir (Bond, 2017: 100).⁴⁰

Anayasa yapımı ülkelerin siyasi tarihlerinde nadir yaşanan deneyimlerdendir. Yeni bir devlet kurulduğunda, otoriter rejimlerden çıktığında ya da bir çatışma dönemi sonrasında yeni anayasa yapımı sürecine girilebilir. Bu türden geçiş dönemleri, anayasaların yeniden yapılandırıldığı ya da tümünden değiştirildiği süreçler olduğu için toplumun her seviyesinden etkin katılıma açık olması, anayasanın hem meşruiyeti hem de kalıcılığı açısından önemlidir. Bu dönemlerin kadın katılımını sağlayacak şekilde tasarlanması aynı zamanda geçmişten gelen kadının siyasal alandan dışlanması yarattığı dezavantajlı durumun düzeltilmesi için önemli bir araçtır. Ayrıca, bu tür geçişler, toplumun dönüşümü için fırsat sunar ve bu da toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanmasına katkı sağlayabilir. Siyasi geçiş dönemleri, kadınların

³⁹ Nanako Tamaru ve Marie O'Reilly, *A Womens Guide to Constitution-Making*, Washington, DC, Inclusive Security, 2018a, 10.

⁴⁰ Johanna E Bond, “Gender and Post-Colonial Constitutions in Sub-Saharan Africa” içinde H. Irwing (Ed.) *Constitutions and Gender*, 2017, 100.

tarihsel olarak siyasal alandan dışlanmasını düzeltme fırsatı olabilir. Tarih, kadınların toplumsal hareketlerin, ulusal kurtuluş mücadelelerinin ve siyasi geçiş süreçlerinin merkezinde olduğunu göstermiştir. Fakat bu mücadelelerde kadınlar, erkeklerle birlikte ön saflarda yer alsalar bile, değişim gerçekleştiğinde kendilerini ülkelerinin geleceğini belirleyecek karar alma süreçlerinden ve anayasa inşasından dışlanmış bulmuşlardır. Fransız devrimi sonrası Olympe de Gouges'un yurttaşlık hakları mücadelesi ve ölümle cezalandırılması, dışlanma sorununun en temel tarihsel örneklerindedir.⁴¹ İnsan ve Yurttaşlık Hakları bildirgesinin açıkça eril bir dille yazılmasına karşı çıkan Olympe de Gouges, 1791 yılında "Kadının ve Kadın Yurttaşın Haklar Bildirgesini" kaleme almıştır. Metinde geçen "Kadının darağacına çıkma hakkı vardır; aynı şekilde kürsüye çıkma hakkına sahip olmalıdır" (Kadının ve Kadın Yurttaşın Haklar Bildirgesi, Md. 4) ifadesi çarpıcıdır çünkü De Gouges siyasi yazıları sebebiyle giyotinle idam edilmiştir fakat kadınların kürsüye çıkma hakkı elde etmeleri için daha çok zamana ihtiyaç vardır.⁴²

Bir ülkenin anayasa yapım sürecine girmesi genel olarak seçim dönemlerinden sonra yeni bir hükümetin kurulmasıyla başlar. Bu durumda kadın örgütlerinin stratejilerini önceden belirleyerek aktivite hazırlıklarını tamamlamaları gerekebilir. Öncelikli hedef parlamentoda kadın milletvekillerinin sayısını arttırmak olmalıdır. Çünkü anayasayı yapacak esas organ parlamento içinden çıkacaktır. Sonrasında ise, anayasa yapan organda kadınların da temsil edilmesi için lobi yapmak, farkındalık toplantıları yapmak, eğitimler düzenlemek ve raporlar hazırlamak gibi aktiviteler planlanmalıdır. Böylelikle yüzeysel olarak geçme tehlikesi bulunan katılım süreçlerinde kadınların katkısının ciddi bir şekilde değerlendirilme olasılığı da artacaktır. Bu dönemlerde kadınların dışı açılarak stratejik koalisyonlar ve iş birlikleri kurması da ellerini güçlendirecektir. Hem anayasayı yapan organlarla hem de sivil toplumla kurulacak güçlü bağlar katılımın etkisini arttıracaktır. Anayasa yazım sürecine geçildiğinde ise cinsiyet eşitliğine ilişkin yaşanan tartışmalar bir süre sonra çıkmaza girip, ilgisiz bir alana çekilerek bağlamından kopartılabilir. Bu nedenle verimli bir sü-

⁴¹ Serpil Çakır, Erkek Kulübünde Siyaset, Sel Yayıncılık, 2019, 81.

⁴² Olympe de Gouges, Kadının ve Kadın Yurttaşın Haklar Bildirgesi, Çeviren: Ece Göztepe, 1971. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/629497>

reç geçirebilmek adına tartışmaların uzlaşma, barış ve demokrasi gibi kapsayıcı idealler çerçevesinde yürütülmesi durumunda istenen hedeflerin gerçekleştirilmesi daha olasıdır. Son olarak süreci etkilemek ve katılımın önündeki engelleri kaldırmak için yaratıcı yollar bulmak gerekebilir.⁴³ Yazım süreci boyunca aktif olacak izleme komiteleri kurmak, kadın talepleri hakkında farkındalığı yükseltecek eylemler yapmak gibi aktiviteler tasarlanabilir. Örneğin 2019'da Şili'deki "Las Tesis" eylemlerinde kadınlar dans ederek tüm dünyanın dikkatini çekmişler, kadın yurttaşlığına ilişkin taleplerini duyurmuşlar ve sonuç olarak Şili anayasasına parite esasının dahil edilmesini sağlamışlardır.⁴⁴

III. TOPLUMSAL CİNSİYETE DUYARLI ANAYASA YAZIMI

Suteu ve Draji'nin kadınlar için hazırladıkları cinsiyete duyarlı anayasa el kitabına göre, cinsiyete duyarlı anayasa, kadının tarihsel ve ekonomik görünmezliğini düzeltmeye çalışır; demokratiktir; kadının güçlendirilmesi için yasal bir zemin hazırlar; bir toplumsal cinsiyet bakış açısı benimseyerek ilgili anayasal hükümlerin nasıl ele alındığına dikkat eder; kadının çıkarlarını korur; teori ve pratikte eşitliği sağlamaya çalışır; cinsiyet, etnik köken, sınıf, renk, yaş, cinsel yönelime dayalı her türlü ayrımcılığı yasaklar; toplumsal cinsiyete duyarlı bir dil benimser; eşit yurttaşlığı etkinleştirmek ve kadınlara karşı ayrımcı uygulamalara karşı pozitif ayrımcılık önlemleri alma da dâhil olmak üzere kadınların haklarını kullanmalarını sağlayan kurallar ve garantiler içerir.⁴⁵

Kadın hakları, cinsiyet eşitliği ve cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılmaması ilkesinin anayasalarda yer alması, kadınların eşit statüsünün tanınmasına ve mevcut ayrımcılığı ele alan mevzuat değişikliklerine olanak tanır. Bu nedenle, cinsiyet eşitliğini devletin temel bir özelliği olarak tanımlayarak, anayasal eşitliğin onaylanması, kadın ve erkeğin

⁴³ Tamaru, Nanako ve O'Reilly Marie, *How Women Influence Constitution Making After Conflict and Unrest*, Washington, DC: Inclusive Security, 2018b, 2.

⁴⁴ Rudolphy, M. P. (2020). A Feminist Rethinking of the Chilean Constitution? *Int'l J. Const. L. Blog*, Nov. 5, 2020, at: <http://www.iconnectblog.com/2020/11/symposium-on-chilean-referendum-part-iii-afeminist-rethinking-of-the-chilean-constitution/> Son erişim tarihi, 25.09.2022.

⁴⁵ Silvia Suteu ve Ibrahim Draji, *ABC for a Gender Sensitive Constitution: Handbook for Engendering Constitution-Making*, Euromed Feminist Initiative (IFE-EFI), 2016.

eşit yurttaş olmaları için temel bir gerekliliktir. Anayasa kadınların geçmişten gelen dezavantajlı konumlarının iyileştirilmesi, kamusal-özel alanda yaşanan eşitsizliklerin giderilmesi gibi birçok temel sorunun düzenlenmesi için bir araç olabilir. Bu anlamda anayasa kadınların siyasi katılımını destekleyerek ve kotaları teşvik ederek kadınların kamusal alana çıkmasını ve seslerinin duyulmasını sağlayarak bir toplumsal diyalog sürecinin de başlamasına fırsat verir.⁴⁶ Kadın haklarına yönelik anayasal yaklaşımın, anayasal eşitlik ve ayrımcılık yapmama güvencelerinin ötesinde bir anlamı vardır. Hükümet sistemi, devletin biçimi, hukuk sistemi gibi temel anayasal meselelerin tasarımı toplumsal cinsiyetle alakalıdır ve kadınları da etkiler.⁴⁷

Anayasalarda ya da çeşitli ulusal ve uluslararası metinlerde düzenlenen cinsiyet eşitliği hükümlerinin gerçek hayattaki yansıması da tartışmalı bir konudur. Birçok durumda yasal olarak sağlanan eşitliğin maddi olarak uygulanmadığı görülmüştür. Anayasa yapımından sonra bu hakların hayata geçirilmesi için ayrı bir mücadele vermek gerekecektir. Bu mücadelede toplumsal cinsiyete duyarlı olarak hazırlanmış anayasalar yine de kadınların en temel referans araçlarından olacaktır. Cinsiyet eşitliği vaadi ile gerçekliği arasındaki uçurumu kapatmak zaman gerektiren bir süreç olabilir. Ancak, bir kez anayasaya dahil edildiğinde, cinsiyet eşitliği hükümleri, kadın hakları savunuculuğu için yasal bir temel sağlar ve gelecekte yapılacak mevzuatın içeriğine, yasaların ve anayasal hakların yargısal yorumuna ilham verir. Başka bir deyişle, toplumsal cinsiyet eşitliğinin ve ayrımcılık yapılmamasının anayasallaştırılması, toplumsal cinsiyete duyarlı politika oluşturma, yasama ve yargılama için yapılacak mücadelenin yasal zemini olacaktır.⁴⁸

Anayasa taslağı oluşturulurken, metinde gerçek anlamda eşitliği göstermenin çeşitli unsurları vardır. Bu unsurlar kadınların siyasi, ekonomik ve sosyal alanlarda eşitliğini etkin bir şekilde ele alan bir anayasanın aynı zamanda toplumsal cinsiyete duyarlı olarak ha-

⁴⁶ Johanna E Bond, "Gender and Post-Colonial Constitutions in Sub-Saharan Africa" içinde H. Irwing (Ed.) *Constitutions and Gender*, 2017, 101.

⁴⁷ Anna Dziedzic ve Dinesha Samararatne, *Women and Constitutions in Action*, Constitution Transformation Network, *U of Melbourne Legal Studies Research Paper*, 2020, 3.

⁴⁸ Druscilla Scribner ve Priscilla A Lambert, "Constitutionalizing difference: A Case Study Analysis of Gender Provisions in Botswana and South Africa" *Politics & Gender*, 6.1, 2010, 40.

zırlandığını da gösterir. IDEA'nın anayasa yapım sürecinde kadınlar için hazırladığı rehberde üç temel unsura referans verilir. İlk unsur anayasanın dilinin toplumsal cinsiyete duyarlı olmasıdır. Anayasanın dili hem yasal hem de sembolik olarak önemlidir. Daha önce anayasalar toplumsal cinsiyeti dikkate almayan bir tarzda kaleme alınıyordu. Cinsiyeti dikkate almayan anayasalarda dil yalnızca erkeklere atıfta bulunur, isim ve zamirlerin erkek biçimini kullanır. Türkçe'de zamirlerin erkek ve kadın formları olmasa da birçok dilde kadın ve erkek için özel zamirler kullanılır. Örneğin İngilizce he/him/his gibi formların anayasada kullanılması ve kadına atfedilen zamirlerin kullanılmaması anayasanın toplumsal cinsiyeti dikkate almayan bir formda yazıldığını gösterir. Bu kullanımda eril zamirin genellikle hem erkekleri hem de kadınları ifade etmesi amaçlanırken, kadınlar metinden sembolik olarak dışlanırlar. Bunun yanında toplumsal cinsiyeti kapsayıcı dil, özellikle kadınları dahil ederek cinsiyet eşitliğine bağlılığı gösterir ve siyasi aktörlerin erkek olduğu klişelerini yıkmaya yardımcı olur. Örneğin, cinsiyet içeren dil kullanan bir anayasa, cumhurbaşkanı veya başbakanı bahsederken eril zamirler yerine her iki cins de içerecek zamirler kullanacaktır. Eğer söz konusu hükmün cinsiyetle bir ilgisi yoksa cinsiyet nötr bir dil tercih edilebilir. İkinci unsur ise, anayasaya toplumsal cinsiyete özel hükümlerin dahil edilmesidir. Bu hükümler kısaca, cinsiyet eşitliğini sağlama, ayrımcılığı önleme, siyasi haklar, sosyal haklar, ekonomik haklar, özel önlemler (kota-olumlu eylem vb) çerçevesinde değerlendirilebilir. Bu bağlamda kadınların özel-kamusal alandaki eşitsizliklerden dolayı eksik olarak yaşadıkları temel yurttaşlık haklarını telafi edici özellikte olan maddeler aynı zamanda toplumsal cinsiyete duyarlı anayasanın da temel unsurlarını oluşturmaktadır. Üçüncü olarak ise, kurumların ve süreçlerin toplumsal cinsiyete duyarlı tasarımı öne çıkar. Kadın haklarını tanıyan ve koruyan özel hükümlere ek olarak, siyasi kurumların ve süreçlerin tasarımı, esaslı eşitliğin sağlanması için önemlidir. Kurumların ve süreçlerin toplumsal cinsiyete duyarlı tasarımı, yasama, yargı, yürütme ve hükümet süreçlerinin kadınları ve erkekleri nasıl farklı şekilde etkilediğini göz önünde bulundurur.⁴⁹

⁴⁹ International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA), *Constitution Assessment for Women's Equality*, 2016, 3.

Nüfusun yarısı olan kadınların elinde potansiyel olarak önemli bir seçmen gücü vardır. Dolayısıyla kadınlar anayasa yapım süreçlerinde kendilerindeki bu gücü iyi ifade ederek, önerilerinin siyasi olarak güçlü olan kesimler tarafından da sahiplenilmesini sağlayarak daha etkili olabilirler. Aynı zamanda kadın hakları aktivistlerinin, kadın hakları konusunda ortak söylemler ve yaklaşımlar geliştirmek için koordine olması gerekir. Kadınların, anayasa yapımında kadın hakları gündemini doğru bir şekilde belirlemeleri ve değerlendirmeleri ve için eğitim fırsatlarına ve kaynaklara erişimleri bağlamında desteğe ihtiyaçları vardır. Bu şekilde kendinden emin ve somut önerilerle kadın katılımının niteliği artarak süreçte erkekler ile daha eşit bir şekilde var olabilirler. Anayasanın içeriğiyle ilgili sadece kadınları ilgilendiren konuların yanında her bir maddenin toplumsal cinsiyet üzerindeki etkisi tartışarak katılımın sağlanması yapım sürecindeki kadın katılımını daha anlamlı bir noktaya taşıyacaktır. Halkla danışma süreçleri, kadınların seslerinin ve ihtiyaçlarının etkili bir şekilde duyulmasını ve tartışılan konularının “kadın sorunları” ile sınırlı kalmamasını sağlamalıdır.⁵⁰

Kadınların anayasa yapımına katılmada bir siyasi katılım hakkının kullanılmasının ötesinde sonuca etki ederek, nihai ürün olan anayasada gerçek anlamda eşitliği sağlamak gibi bir amaçları vardır. Anayasayı yapan organın üyeleri olarak ya da dışarıdan sürece katkı sağlayan aktörler olarak, kadınların anayasada görmek istediği bir takım özel düzenlemeler mevcuttur. Kadınların savunduğu temel değerler deneyimden deneyime değişiklik gösterebilir ve konjonktüre göre şekillenebilir. Bununla birlikte kadın katılımının etkilediği en önemli konular toplumsal cinsiyet eşitliği ve kadın hakları üzerine olanlardır. Toplumsal yapılara göre farklılaşsa da bu konular genel olarak, kadının çalışma haklarından, şiddetin önlenmesine ve siyasi katılım hakkının geliştirilmesine kadar uzanabilir.⁵¹ Belirtildiği gibi, bir anayasanın toplumsal cinsiyete duyarlı olabilmesi için anayasanın

⁵⁰ Houlihan Erin C, *Women Constitution-Makers: Comparative Experiences with Representation, Participation and Influence*, First Annual Women Constitution-Makers' Dialogue, Edinburgh, International Institute For Democracy and Electoral Assistance, 2019, 16.

⁵¹ Christine Forster, *Global Good Practices in Advancing Gender Equality and Women's Empowerment in Constitutions*, New York, PNUD, 2016.

tasarımında bazı kurallar göz önünde bulundurulmalıdır. Kullanılan dil, komisyonların cinsiyet eşitliğine göre kurulması, seçim sisteminin yeniden düzenlenmesi gibi konular bu bağlamda değerlendirilebilir. Bağımsız kurumlar kadın temsilde önemli roller oynayabilir. Anayasayı yapacak organın çalışmalarına katkı sağlayacak, toplumsal cinsiyet eşitliğine yönelik özel komisyonlar sürecin cinsiyete duyarlı ilerlemesini sağlayacak gerekli katkıyı sunacaktır. Son olarak gerçek anlamda eşitliğin sağlanması için yasama organında eşit temsilin de sağlanması elzemdir. Bu nedenle seçim sistemi de toplumsal cinsiyete duyarlı anayasaya imkân verecek şekilde tasarlanmalıdır. Örneğin nispi temsil sistemleri, artan kadın temsiline sağlamada, çoğunlukçu sistemlerden daha etkili olabilir. Ancak hiçbir seçim sistemi tek başına yeterli değildir. Seçim bölgelerinin büyüklüğü, parti kültürü gibi faktörler de etkilidir. Temsilde eşitliği arttırmaya yönelik kotalar ya da fermuar sistemi gibi araçların kullanılması da göz önünde bulundurulmalıdır (Houlihan, 2019: 19).⁵²

SONUÇ

Geçmişteki birçok deneyim kadınların ve diğer dezavantajlı grupların yeni anayasa inşa süreçlerinden dışlandıkları göstermiştir. Sosyal ve ekonomik şartların kadınların eşit yurttaşlar olarak politik süreçlere katılmasına zarar vermesi anayasa yapım süreçlerinde de kendini göstermiştir. Anayasa inşası sadece anayasa hukukçularının ve üst düzey politikacıların işi değildir. Yurttaşlık haklarını düzenleyen temel bir metin olarak, katılım yoluyla en doğru girdiyi de yine yurttaşlar sağlar. Dolayısıyla, tüm yurttaşların anayasanın nasıl yapıldığına katılma ve içeriğinde söz sahibi olma hakkı vardır. Belirli bir akademik derece, siyasi deneyim veya sosyal konum gerekli değildir. Kadınların eşitsizlikle ilgili yaşadığı sorunları da en iyi kadınlar temsil edebilir. Farklı sosyal ve ekonomik çevrelerden gelen kadınların deneyimleri anayasa yapım sürecinde, özellikle toplumsal cinsiyete ilişkin hükümlerin yazımında veri olarak kullanılabilir. Gerekli uzman yönlendirmesi ve eğitim faaliyetleri yoluyla kadın örgütlerinin sürece

⁵² Houlihan Erin C, Women Constitution-Makers: Comparative Experiences with Representation, Participation and Influence, First Annual Women Constitution-Makers' Dialogue, Edinburgh, International Institute For Democracy and Electoral Assistance, 2019, 19.

katılması kolaylaştırılabilir ve böylece anlamlı katılımı sağlayarak toplumsal cinsiyete duyarlı anayasa inşası yolunda bir adım atılmış olur.

Kadınların siyasi süreçlere katılımlarının gözetilmesi, yalnızca siyasi haklarının gerçekleştirilmesi ve demokratik bir sistemin geliştirilmesi için değil, devletin yasalarının, politikalarının ve idaresinin kadınlar gibi toplumun farklı kesimlerinin ihtiyaçlarına cevap vermesini sağlamak açısından da çok önemlidir. Anayasa yapım süreçlerinde kadın katılımının sağlanması ve bunun nihai ürün üzerinde bir etkisinin olması önemli bir kazanımdır. Bunun yanında kadınların anayasayı şekillendirmeye yönelik aktiviteleri aynı zamanda önemli bir yurttaşlık pratiği olarak kabul edilmelidir. Böylelikle kadınlar kamusal alanda yer alarak çıkarlarını savunma yeteneği kazanacak ve güçleneceklerdir.

Toplumsal cinsiyete duyarlı anayasa yapmak yalnızca bazı uluslararası anlaşmaların gereğini yerine getirmenin ve edilgen bir dahil edilme durumunun yansıması olmamalıdır. Kadınlar anayasa yapımına katılmayı talep ediyorlar ve bunu yaparak aynı zamanda anayasa yapımını erkek teknokratlara ait olarak gören geleneksel bakış açısının da değişmesini sağlıyorlar. Anayasa hazırlığına kadınların katılması hem yapım sürecini meşru hale getiriyor hem de içerik olarak evrensel değerlere bağlılığı garanti altına alıyor. Sonuç olarak kadınlar eşit yurttaşlığa bir adım daha yaklaşarak güçleniyorlar. Bu da yasal zeminde sağlanan eşitliğin maddi hayata geçirilmesi için gereken mücadeleyi destekliyor.

Yeni bir anayasa hazırlığı toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlamak için önemli bir fırsat dönemidir. Kadınların bu süreçte eşit temsil edilmesi için kotalar gibi araçlar kullanarak, halk katılımını kadınları içerecek şekilde tasarlayarak ve yazım sürecini kadın kuruluşlarının izlemesini sağlayarak nihai amaca ulaşılabilir. Ama anayasal olarak cinsiyet eşitliğini sağlamak maddi eşitliğin sağlanmasının garantisini vermez. Bu nedenle eşitliği sağlama mücadelesi anayasa uygulanmaya başladıktan sonra da devam etmelidir. Parlamentolarda temsilde eşitlik ideali gerçekleşmeye yaklaştıkça ve sivil toplumda kadınları güçlendirmeye yönelik eylemler devam ettikçe, yasal eşitliğin de maddi anlamda bir eşitliğe evrilmesi mümkün olacaktır.

Kaynakça

Kitaplar

- Albertyn Catherine, "Women and Constitution-Making in South Africa" içinde H. Irwing (Ed.) *Constitutions and Gender*, Edward Elgar Publishing, 2017. 47-80.
- Allen Melanie, "A Practitioner's Account: the Constitution Assessment for Women's Equality" içinde H. Irwing (Ed.) *Constitutions and Gender*. Edward Elgar Publishing, 2017. 195-218.
- Arato Andrew, *Civil Society, Constitution, and Legitimacy*, Rowman & Littlefield Publishers, 2000.
- Baxi Upendra, "Postcolonial Legality" içinde H. Schwarz ve S. Ray (Ed.) *A Companion to Postcolonial Studies*, Blackwell Publishing, 2000, 540-55.
- Bond Johanna E, "Gender and Post-Colonial Constitutions in Sub-Saharan Africa" içinde H. Irwing (Ed.) *Constitutions and Gender*, 2017, 81-106.
- Brodeala Elena ve Silvia Suteu, "Women and Constitution-Making in Post-Communist Romania" içinde R.Rubio-Marin ve H. Irving (Ed) *Women as Constitution-Makers*, Cambridge University Press, 2019, 81-152.
- Çakır Serpil, *Erkek Kulübünde Siyaset*, Sel Yayıncılık, 2019.
- Dziedzic Anna ve Samararatne Dinesha, *Women and Constitutions in Action*, Constitution Transformation Network, U of Melbourne Legal Studies Research Paper, 2020.
- Ferejohn John, Rakove Jack N. ve Riley Jonathan, *Constitutional Culture and Democratic Rule*. Cambridge University Press, 2001.
- Forster Christine, *Global Good Practices in Advancing Gender Equality and Women's Empowerment in Constitutions*, New York, PNUD, 2016.
- Houlihan Erin C, *Women Constitution-Makers: Comparative Experiences with Representation, Participation and Influence*, First Annual Women Constitution-Makers' Dialogue, Edinburgh, International Institute For Democracy and Electoral Assistance, 2019.
- International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA), *Constitution Assessment for Women's Equality*, 2016.
- Marshall Thomas H, *Citizenship and Social class*. New York, 1950.
- Mbamalu Cynthia, *Challenges and Prospects for Women in Constitution-Building in Sub-Saharan Africa: A Comparative Study of Rwanda, Kenya and Nigeria*, LLM Thesis, 2016.
- OderBertil Emrah, "Women and Constitution-making in Turkey" içinde R. Rubio-Marin ve H. Irving (Ed) *Women as Constitution-makers*, Cambridge University Press, 2019.
- Pateman Carole, *The Sexual Contract*, Stanford University Press, 1988.
- Suteu Silvia ve Draji Ibrahim, *ABC for a Gender Sensitive Constitution: Handbook for Engendering Constitution-making*, Euromed Feminist Initiative (IFE-EFI), 2016.
- Tamaru Nanako ve O'Reilly Marie, *A Womens Guide to Constitution-Making*, Washington, DC, Inclusive Security, 2018a.

Tamaru, Nanako ve O'Reilly Marie, *How Women Influence Constitution Making After Conflict and Unrest*, Washington, DC: Inclusive Security, 2018b.

Williams Susan H, "Dialogic Democracy, Feminist Theory and Women's Participation in Constitution-Making" içinde R. Rubio-Marin ve H. Irving (Ed.) *Women as Constitution-Makers: The Promises and the Challenges of Participation*, Cambridge University Press, 2019, 351-377.

Women's International Peace Centre, *Information Brief: Women's Participation in the Permanent Constitution-making of South Sudan*, 2021.

Makaleler

Dahlerup Drude, "Electoral Gender Quotas: Between Equality of Opportunity and Equality of Result", *Representation*, 43.2, 2007, 73-92.

de Silva de Alwis, Rangita Anware Mnasri ve Ward Estee, "Women and the Making of the Tunisian Constitution", *Berkeley J. Int'l L* 35, 2017, 90.

Gözler Çamur Elif, "Anayasa Yapımında Kadınlar: Katılım, Talepler ve Tamamlanmamış Bir Süreçten Deneyimler", *Mülkiye Dergisi*, 47(1) Feminist Politika Özel Sayısı, 2023, 260-287.

Kumar Rajesh, "Equality for Women: The Constituent Assembly Debates and the Making of Equality Jurisprudence by and for Women", *Social Change*, 52.3, 2022: 350-368.

Lucas Laura E, "Does Gender Specificity in Constitutions Matter", *Duke J. Comp. & Int'l L*, 20, 2009, 133.

Morgan Martha, *Constitution-Making in a Time of Cholera: Women and the 1991 Colombian Constitution*, *Yale Journal of Law and Feminism*, 4, 1992, 353-413.

Rubio-Marín, Ruth, "Women and Participatory Constitutionalism." *International Journal of Constitutional Law*, 18.1, 2020, 233-259.

Scribner Druscilla, ve Lambert Priscilla A, "Constitutionalizing difference: A Case Study Analysis of Gender Provisions in Botswana and South Africa" *Politics & Gender*, 6.1, 2010, 37-61.

İnternet Kaynakları

De Gouges Olympe, *Kadının ve Kadın Yurttaşın Haklar Bildirgesi*, Çeviren: Ece Göztepe, 1971. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/629497>

Rudolphy, M. P. (2020). A Feminist Rethinking of the Chilean Constitution? *Int'l J. Const. L. Blog*, Nov. 5, 2020, at: <http://www.iconnectblog.com/2020/11/symposium-on-chilean-referendum-part-iii-afeminist-rethinking-of-the-chilean-constitution/> Son erişim tarihi, 25.09.2022.

1876 KANUN-I ESASÎ'DE YAPILAN 1914 TARİHLİ İKİNCİ DEĞİŞİKLİK: AMACI, MECLİS GÖRÜŞMELERİ VE FESİH YETKİSİ BAKIMINDAN SONUÇLARI

THE 1914 SECOND AMENDMENT TO THE 1876 KANUN-I ESASÎ:
PURPOSE, ASSEMBLY NEGOTIATIONS AND RESULTS IN TERMS
OF DISSOLUTION POWER

Bezar Eylem EKİNCİ*

Özet: 1876 Kanun-ı Esasî'de yasama organı Meclis-i Umumi, Heyet-i Âyan ve Heyet-i Mebusan olmak üzere iki kanattan oluşmaktaydı. Seçimle gelen ilk Osmanlı Meclisi, Heyet-i Mebusan'dır. 1876 Kanun-ı Esasî'de yapılan 1909 tarihli değişiklik, meşrutî monarşinin tam anlamıyla yerleşmesi bakımından önem taşımaktadır. Ardından 6 Anayasa değişikliği daha yapılmıştır. Çalışmamızda Kanun-ı Esasîde 1909 değişikliği ardından yapılan 1914 tarihli ikinci değişiklik ele alınmaktadır. Bu değişiklik ile Kanun-ı Esasî'nin 7. 35 ve 43. maddeleri değiştirilmiş ve 73. maddesi kaldırılmıştır. Bu maddelere bakıldığında esas olarak Meclisin Padişah tarafından feshedilmesine ilişkin düzenlemeler olduğu görülmektedir. Bu anlamda oldukça tartışmalı değişiklik sürecine neden olmuştur. Hatta bu süreçte hükümet istifa etmiş ve Meclis de feshedilmiştir. Kanun-ı Esasîde yapılan bu değişikliği açıklarken önce fesih konusunda genel bilgilere yer verilerek hükümet tarafından yapılan önerinin Meclise getirilme süreci ele alınacaktır. Meclisteki görüşmelere de yer vermek değiştirilen maddelerin kapsamını açıklayabilmek için yol gösterici olacaktır. Son olarak bu değişikliğin Padişahın fesih yetkisine olan etkisi değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Kanun-ı Esasî, Anayasa Değişikliği, Osmanlı Parlamentosu, Parlamentonun Feshi

* Dr. Öğr. Üyesi, Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, eylem.ekinci@emu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5507-730X, Makalenin Gönderi Tarihi: 10.04.2023, Kabul Tarihi: 18.09.2023

Abstract: According to the 1876 Kanun-ı Esasî (The Ottoman Constitution), the legislature called General Assembly (Meclis-i Umumi) was composed of two chambers: The Senate (Heyet-i Âyan) and the Chamber of Deputies (Heyet-i Mebusan). Chamber of Deputies was the first Ottoman Assembly that was formed by elections. The Amendment dated 1909 following the entry into force of the 1876 Kanun-ı Esasî is important in terms of the full establishment of the constitutional monarchy. Afterwards, 6 more constitutional amendments were made. In this study, the amendment dated 1914 made after the 1909 amendment to the Kanun-ı Esasî is analyzed. With this amendment, articles 7, 35 and 43 of the Kanun-ı Esasî were amended and article 73 was repealed. When these articles are examined, it is seen that these are mainly the regulations regarding the dissolution of the Assembly by the Sultan. In this sense, it has caused quite a controversial change process. Even in this process, the government resigned and the Parliament was dissolved. While explaining this amendment made in the Kanun-ı Esasî, firstly, general information about the annulment will be given and the process of bringing the proposal made by the government to the Parliament will be discussed. Including the debates in the Parliament will be a guide to explain the scope of the amended articles. Finally, the effect of this change on the Sultan's power of dissolution will be evaluated.

Keywords: Kanun-ı Esasî (The Ottoman Constitution), Constitutional Amendment, the Ottoman Parliament, Dissolution of Parliament

GİRİŞ

Osmanlı Devleti'nde meşrutî monarşiye geçiş, 1876 tarihli Kanun-ı Esasî'nin yürürlüğe girmesiyle başlamıştır. Bu bakımdan, (sınırlı bir temsil içerse de) halk tarafından seçilen Heyet-i Mebusan'ın¹ oluşturulmasıyla birlikte halk, kendi seçtiği temsilcileri aracılığıyla kanun yapım sürecine katılmıştır. Bir başka ifadeyle, halkın da kendilerinin yönetileceği kuralların yapımına temsilcileri aracılığıyla katılması egemenlik yetkisinin kullanımında halkın da söz sahibi olması yönünden önemli bir aşamadır. Ancak Anayasa'da Padişahın yasamaya ve yürütmeye ilişkin yetkileri incelendiğinde, oldukça güçlü ve merkezi bir konuma sa-

¹ İki meclislilik esasına göre oluşturulan Osmanlı Parlamentosu, Meclis-i Umumi adıyla, Heyet-i Âyan ve Heyet-i Mebusan olmak üzere iki meclisten oluşmaktaydı. Kanun-ı Esasî'ye göre, Heyet-i Âyan, Heyet-i Mebusan üye sayısının üçte birini geçmeyecek şekilde ve 40 yaşını doldurmuş üyelerden oluşmaktadır. Bu üyeler doğrudan Padişah tarafından atanmaktadır Heyet-i Âyan'a üye seçilecek kişilerin güven kazanmış, devlet hizmetinde başarı göstermiş olmaları da Anayasa'da belirtilen kriterler arasında yer almaktadır. Ayrıca görev süreleri ömür boyu olmaktadır (Ay. m. 60, 61 ve 62). Bu konuda bkz. Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2018, s. 49.

hip olduğu görülmektedir. Örneğin, kanun yapım sürecinde Padişah'tan alınması gereken ön izin şartı ve onay aşamasındaki mutlak veto yetkisinin anlamı; eğer Padişah istemezse bir kanun yapımı sürecinin başlatılmayacağı ve baştan izin vermiş olsa bile daha sonra istemediği kanunların çıkmasına engel olabilirdi. Ayrıca Padişah, Heyet-i Mebusan'ı fesih yetkisini de oldukça kolay bir şekilde kullanma yetkisine sahipti. Bu bakımdan II. Meşrutiyet Dönemi'ne girildiğinde Anayasa'daki bu ve diğer bazı hükümlerin değiştirilmesi yönünde adım atıldığını görmekteyiz. 1876 Kanun-ı Esasî, yürürlüğe girmesinin ardından 7 kez değişiklik yapılmıştır.² Bu değişiklikler arasında özellikle 1909 tarihli birinci anayasa değişikliği³ (1909 değişikliği) oldukça kapsamlıdır ve Osmanlı Devleti'nde meşruti monarşinin gerçek anlamda yerleşmesi bakımından önem taşımaktadır. 1909 tarihli anayasa değişikliğinde, sadece kanun yapım sürecinde bile Padişah'tan ön izin şartının kaldırılması, halkın temsilcilerinin olduğu Meclis tarafından Kanun-ı Esasî'ye aykırı olmayacak her konuda istediği kanunu yapabilmesi anlamına gelmekteydi. Buna ek olarak, mutlak veto yetkisinin kaldırılması ise; eğer parlamento kararlı bir şekilde durur ve Padişahın geri gönderdiği bir kanunu, belli çoğunlukla kabul ederse *padişaha rağmen kanun yapabileceği* yani halkın temsilcilerinin, kendi yönetileceği kanunları çıkarabilmesi anlamına gelmekteydi.⁴ Elbette, Heyet-i Mebusan'ın kendisinden beklenen bu işlevini gerçekleştirebilmesi için en başta, Padişah tarafından kolaylıkla ve keyfi feshedilebileceği endişesini taşımaması gerekirdi.

Bu amaçla Padişahın fesih yetkisi bazı şartlara bağlanarak, sınırlı bir yetki hâline getirilmiş, keyfi ve kötüye kullanım ihtimali engellenmeye çalışılmıştır.⁵ 1909 değişikliğinde 35. maddedeki Heyet-i Mebusan'ın Padişah tarafından feshedilmesi yolunun oldukça zorlaştırılması yürütme organının sınırlandırılması açısından önemlidir. Bi-

² Bkz. "1876 Kanun-ı Esasî Metin ve Değişiklik Bilgileri" <<https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/yetmis-alti-kanuni-esasi-metin-degisiklik>> (Erişim Tarihi: 23.03.2023). Bu değişiklikler için ayrıca bkz. Şeref Gözübüyük, Açıklamalı Türk Anayasaları, 5. Bası, Turhan Kitabevi 2005, s. 25-34.

³ Bkz. "7 Zilhicce Tarihli Kanun-ı Esasî'nin Bazı Mevadd-ı Muaddesine Dair Kanun" <<https://www.tbmm.gov.tr/files/anayasa/docs/1876/1876-1/1876-1-degisiklik.pdf>> (Erişim Tarihi: 23.03.2023).

⁴ Bu konuda bkz. Bülent Tanör, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 36. Bası, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2022, s.192-196; Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 60-61.

⁵ Bu konuda bkz. Cansu Büşra Ölmez, Devlet Başkanlarının Fesih Yetkisi, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 292.

rinci değişiklikle fesih yetkisinin zorlaştırılması, 28 Mayıs 1914 tarihli⁶ ikinci anayasa değişikliğinin⁷ temel sebeplerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir başka ifadeyle, 1909 tarihinde zorlaştırılan fesih yetkisinin tekrar ilk hâline benzer bir şekle getirilmek istenmesi, ikinci anayasa değişikliği tartışmasının merkezinde yer almaktadır.

İkinci anayasa değişikliğinde Heyet-i Mebusan’da uzun ve bazen de oldukça ağır sözlerin sarf edildiği görüşmelerin yaşandığını belirtebiliriz. Örneğin, Anayasa değişikliği görüşmelerinde Rıza Nur Bey şunları ifade etmiştir:⁸ *“Efendim, biliyorsunuz ki, epeyce bir müddettir 35’inci madde üzerine bir mesele koptu ve bu mesele bütün memleketi sarstı, herkesi bir hayli heyecana koydu. (...)”*. Ayrıca bu süreçte, hükümet istifasının gerçekleştiğini ve Heyet-i Mebusan’ın feshedildiğini de eklemek gerekmektedir. Bu bakımdan Osmanlı Dönemi anayasal gelişiminde aslında oldukça önemli bir değişiklik sürecini içerdiğini belirtebiliriz. *Tunçer Karamustafaoğlu*, fesih ile ilgili yapılmak istenen ikinci anayasa değişikliği süreci konusunda şunları ifade etmektedir: *“İkinci Meşrutiyetin siyasi gelişmeleri içinde parlamento fesihlerinin önemi küçümsenemez. Hatta fesih olayları, kimi siyasi çalkantıların, kimi rejim ve anayasa sapmalarının ilk adımı olmuştur”*.⁹ Bu çalışmada da Kanun-ı Esasî’de yapılan, 7, 35. ve 43. maddelerinin değiştirilmesi ile 73. maddenin kaldırılmasını kapsayan ikinci anayasa değişikliğine odaklanılmakta ve Padişahın fesih yetkisini nasıl bir dönüşüme uğrattığı üzerinde durulmaktadır. Yol gösterici olması bakımından Kanun-ı Esasî’de düzenlenen bu maddelere genel olarak bakıldığında;

⁶ Kaynaklarda yer alan tarihler arasında birkaç günlük fark söz konusu olabilmektedir. Bkz. *“Tarih Çevirme Kılavuzu”*, <<https://www.ttk.gov.tr/tarih-cevirme-kilavuzu/>> (Erişim Tarihi: 23.03.2023). Mete Tunçay da kaynaklar arasında yer alan bu farklılığa işaret etmektedir: *“(…) İkinci tâdilın tasdik tarihi olan 15 Mayıs 1330, 28 Mayıs 1914’e denk düşer. Başka birçok kaynaktaki ise, Kanun-u Esasî’nin üçüncü tâdilinin tasdik tarihi (29 Kânunisani 1330) 1914 diye çevrilmektedir; oysa bu, 11 Şubat 1915 demektir”*. Bkz. Mete Tunçay, *“1293 Kanun-u Esasinin Son Tadilleri”*, Armağan, Kanun-u Esasî’nin 100. Yılı, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1978, s. 250, 1 numaralı dipnot.

⁷ Bkz. *“Kanun-ı Esasî’nin 5 Şaban 1327 tarihli 7, 35 ve 43’üncü Mevadd-ı Muaddelesini Muaddil Kanun”* <<https://www.tbmm.gov.tr/files/anayasa/docs/1876/1876-2/1876-2-degisiklik.pdf>> (Erişim Tarihi: 23.03.2023).

⁸ Bkz. Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi, 21 Kânunuevvel 1327 (1911), Otuz Birinci İnikad, Devre 1, Cilt 2, İçtima Senesi 4. s. 329. Bu konuda ayrıca bkz. Recai G. Okandan, *Âmme Hukukumuzun Anahatları – Birinci Kitap*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1968, s. 348-349.

⁹ Tunçer Karamustafaoğlu, *Yasama Meclislerini Fesih Hakkı*, 1. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1982, s. 192.

7. maddede Padişahın takdirine kalmış bir fesih hakkı düzenlenmektedir.

35. maddede ise daha çok parlamenter rejimlerde bir denge olarak başvurulan, hükûmet ve Heyet-i Mebusan arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlığı çözme amacıyla kullanılabilir bir fesih öngörülmektedir.

43. madde ile Meclislerin toplantı tarihleri düzenlenmektedir.

73. madde ise Heyet-i Mebusan'ın feshedilmesi durumunda ne zaman toplanacağına ilişkindir.

Görüldüğü üzere ikinci anayasa değişikliği esas olarak Heyet-i Mebusan'ın feshine ilişkin düzenlemeleri içermektedir. Aşağıda ilk olarak devlet başkanlarının fesih yetkisi açıklanarak 7. ve 35. maddelerdeki fesih yetkisinin farkları üzerinde durulacaktır. Ardından ikinci anayasa değişikliği önerisinin Heyet-i Mebusan ve Heyet-i Âyan'da görüşülme sürecine ve maddeler üzerindeki tartışmalara yer verilecektir.¹⁰ Son olarak Padişahın fesih yetkisindeki değişimin sonuçları değerlendirilecektir.

Devlet Başkanlarının Fesih Yetkisi

Dar ve klasik anlamıyla fesih, yürütmenin, parlamentonun seçim dönemlerini, bu süre dolmadan önce sona erdiren bir işlemi şeklinde tanımlanabilir.¹¹ Bir başka ifadeyle, devlet başkanı tarafından kullanılan ve belli bir süre için seçilmiş meclisin süresi dolmadan varlığına son verilerek yeni seçimlerin yapılması anlamına gelmektedir. Parlamento rejiminde fesih yetkisi, klasik anlamı ile yasama-yürütme organları arasındaki dengeyi sağlayan bir kurumdur ve kaynağı İngiliz anayasa hukuku uygulamalarının bir ürünü olarak karşımıza çıkmaktadır.¹²

¹⁰ Kanun-ı Esasî'nin 116. maddesinde değiştirilme usulü düzenlenmektedir. Bu maddeye göre, Heyet-i Âyan ve Heyet-i Mebusan üye tamsayılarının üçte iki çoğunluğuyla değişiklik teklifinin kabul edilmesi ve yürürlüğe girebilmesi için de Padişahın onayı gerekmektedir. Bkz. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 56.

¹¹ Bkz. Karamustafaoğlu, s. 166; Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku (Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku)*, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2022, s. 89; Elliot Bulmer, *Dissolution of Parliament*, International Institute for Democracy and Electoral Assistance (International IDEA), 2017, <<https://www.idea.int/sites/default/files/publications/dissolution-of-parliament-primer.pdf>>, (Erişim Tarihi: 23.03.2023), s. 5.

¹² Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 19. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2015, s. 517.

Kavramın geçmişte bıraktığı iz nedeniyle günümüzde anayasalarda daha çok *seçimlerin yenilenmesi* teriminin kullanıldığı görülmektedir.¹³ Parlamenter rejimlerde parlamento ve hükûmetin birbirlerine karşı kullandıkları fren ve denge mekanizmaları fesih ve güvenoyu araçlarıdır.¹⁴ Meclisin, hükûmetin programını yeterli bulmadığı için onu göreve başlatmayacağı gibi görev sırasında da uygulamayı onaylamadığı durumlarda güvensizlik oyu ile hükûmeti düşürebilir. Buna karşılık hükûmetin de meclisin feshi için talepte bulunabilmesi ve devlet başkanının fesih yoluyla uyuşmazlığın çözümünde *halkın hakemliğine* gitme imkânı vardır.¹⁵

Devlet başkanlarının fesih yetkisinin, bazen demokrasi ilkeleriyle uzlaştırılmaz türde bir krallık ayrıcalığı olarak nitelendirildiği görülmektedir. Ancak literatürde bunun tam tersine demokratik bir kurum olduğu yönünde görüşler de söz konusudur. Örneğin, *Leon Duguit*, fesih yetkisinin devlet başkanına, ülkede ortaya çıkan büyük sorunlar hakkında seçmenlerin fikrini yoklama imkânını sağladığını ifade

¹³ Anayurt, s. 89. Bu noktada fesih ve seçimlerin yenilenmesi kavramlarının aynı durumu ifade ettiğini belirtebiliriz. Fesih kavramının devlet başkanının seçimleri yenilemesi teriminden farklı olup olmadığı konusunda bkz. Kemal Gözler, “Fesih’ ve ‘Seçimlerin Yenilenmesi’ Farklı Kavramlar mı? ‘Cumhurbaşkanının Meclisi Fesih Yetkisi Yoktur’ İddiası Üzerine Bir İnceleme”, <<http://www.anayasa.gen.tr/fesih-yenileme.html>>, (Konuşma Tarihi: 30.03.2017), (Erişim Tarihi: 23.03.2023). 1924 Anayasası hazırlık sürecinde Meclis görüşmelerine de bu tartışmanın yansımaları görülmektedir. Örneğin, bu konuda Ahmed Süreyya Bey, “seçimlerin yenilenmesi” ve “fesih” kavramları bakımından maddenin ne anlama geldiği yönündeki görüşlerini açıklayarak, her ikisinin de aslında aynı şey olduğunu ifade etmiştir: “Fesih, malûmu irfanınızdır ki: Meclisin feshi icra edildiği andan itibaren salâhiyeti teşriyesini ref’ ederek içtima ve müzakere ve itayı karardan Meclisi meneden bir haldir. Yani neticesi alelfevri bu suretle tahakkuk eden bir hâdisedir. Tecdidi intihabat ise yeni intihabat neticesinde göstereceği yeni vekiller, Nizamnamei Dahilinin nasıba müzakere olmak üzere miktarını tespit ettiği miktarda ve adedde şu Meclisi Âli sakaftı altında maddeten içtima edinceye kadar heyeti haziranın sıfatı icra-iye ve teşriyesini idame ettiren ve fakat fiiliyatta ekseriya, tahakkuku anında yine salâhiyeti teşriyeyi refi ve defeden bir hâdisedir. Fesih ile tecdidi intihap arasında salâhiyeti teşriyeyi refi ve defetmek noktai nazarından bilvasıta ve bilâvasıta ikai tesir etmek gibi iki sıfatı farika vardır. Görülüyor ki tecdidi intihap diye yeni olarak telâffuz ettiğimiz şu cümlelerin ruhu hakikatte fesihtir efendiler ve belki üç ay mühletli bir fesihtir. Tecdidi intihabatın binnetice tesirâtı hukukiye itibariyle fesihten [farklı] ve ayrı bir mânâsı olmadığı bu suretle taayün ettikten sonra muhakematımızı biraz daha ilerletebiliriz. (...)”. Bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, 23.3.1340, Ondokuzuncu İçtima, C. 7/1, Devre 2, İçtima Senesi 2, s. 1002.

¹⁴ Bkz. Hakkı Demirel, “Parlamanter Rejim”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1953, C. 10, S. 1, s. 232-233.

¹⁵ Tarık Zafer Tunaya, *Siyasî Müesseseler ve Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, 1975, s. 193.

etmektedir. Yazar bu noktada, İngiltere’de doğmuş olan fesih yetkisinin başlangıçta bir krallık ayrıcalığı olduğunun kabul edilebileceğini ancak gelişmiş ve demokratik bir kurum olduğunu ve seçmenlerin ülke politikasının yöntemine katılmalarını sağlamak için bulunan en iyi çare özelliğini aldığını eklemektedir.¹⁶ *Tarik Zafer Tunaya* da klasik parlamentarizmde fesih yetkisinin yürütmenin sahibi hükümdarın bir hakkı olduğunu; parlamentonun seçimle oluşan meclisi dağıtabildiği ve yeni seçimlere gidilerek halkın hakemliğine başvurulduğunu belirtmektedir. *T. Z. Tunaya*, devlet başkanlarının sahip olduğu fesih hakkının parlamenter rejimde temel bir unsur ve demokratik bir kurum olduğunu şu şekilde ifade etmektedir:¹⁷

“Fesih, parlamenter rejimin vazgeçilmez bir unsuru olmuştur. Genel kanının aksine fesih demokratik bir müessesedir. Ve Yasama’nın tehdidine karşı, Yürütme’nin elde ettiği dengeleyici bir frenleme tertibatıdır. Feshi kaldırırsak klâsik denge bozulur”.

Fesih yetkisi, mutlak monarşilerden parlamenter demokrasilere doğru yaklaştıkça demokratik meşruiyeti olmayan hükümdarın, bu yetkisini keyfî bir şekilde kullanmaya başlamasının siyasi krizlere neden olduğu görülmektedir. Dolayısıyla, zamanla hükümdarın fesih yetkisinin keyfî kullanımı sınırlandırılmak istenmiş bunun çözümü olarak da bu yetkinin başbakanların talep etmesi üzerine kullanılabilir bir yetki hâline getirilmesi amaçlanmıştır. Ayrıca bu yetki kullanılırken, bazı koşulların, örneğin, hükümetin kurulamaması, mevcut hükümetin güvensizlik oyları ile düşürülmesi ya da hükümetin programına destek verilmemesi gibi bazı anayasal sınırlandırmalar kapsamında verildiği görülmektedir.¹⁸ Kısaca anayasalarda devlet başkanlarına fesih, belli koşullar altında verilmekte ve onların sınırsız, keyfi bir kullanım aracı olmasını önleme; özellikle parlamenter rejimin krizlere yol açtığı durumlardan çıkarma amacını öncelediğini belirtebiliriz. Böylece bir yandan hükümete istikrar ve güç kazandırırken, diğer yandan belirli kısıtlamalara tâbi olarak kullanılması, fesih yetkisinin demokratik bir kurum olarak işlev görmesine hizmet edebilmektedir.

¹⁶ Bkz. Leon Duguit, *Kamu Hukuku Dersleri*, çev. Süheyp Derbil, 1. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1954, s. 103.

¹⁷ Tunaya, s. 193.

¹⁸ Hasan Tunç ve Ahmet Ekinci, “Devlet Başkanının Halk Tarafından Seçildiği Ülkelerde Yürütmenin Fesih Yetkisi” *Anayasa Yargısı*, 2020, C. 37, S. 1, s. 82.

Görüldüğü üzere fesih, siyasi sorumluluğun tedbiri olmaktadır ancak burada tedbirin kendisi fesih değil, fesih hakkını kullanabilme yetkisidir.¹⁹ Devlet başkanının başvurduğu fesih mekanizması parlamento ve hükümet arasındaki bir uyumsuzlukta halkın hakemliğine başvurulması anlamına gelirken, bu konuda halkın devlet başkanının tarafsızlığına güveni ön plana çıkmaktadır.²⁰ Ayrıca en kısa zamanda seçimleri yenileme koşuluyla beraber uygulanması gereğini de ekleyebiliriz.²¹ Bu bakımdan gerek parlamenter monarşilerde gerekse parlamenter cumhuriyetlerde devlet başkanlarının fesih yetkisi, hükümet ve parlamento arasındaki uyumsuzluk çözümünde bir denge aracıdır. Kanun-ı Esasî'de iki ayrı maddede fesih yetkisi düzenlenmektedir. Aşağıda ikinci anayasa değişikliğine konu olan Padişahın Meclisi fesih yetkisi açıklanacaktır. Ancak öncesinde bu maddelerin ilk hâli ve 1909 yılındaki değiştirilmiş şekli karşılaştırılarak incelenecektir.

Kanun-ı Esasî'nin İlk Hâli ve 1909 Değişikliği Kapsamında Padişahın Fesih Yetkisi

Yasama ve yürütme ilişkileri yönünden genel olarak bakıldığında, Heyet-i Vükelâ, yürütme organının diğer kanadını oluşturmaktadır ve bakanlar kuruluna karşılık gelmektedir. Kanun-ı Esasî'nin ilk hâline göre, Heyet-i Vükelâ'nın başkanı, Padişah tarafından atanan Sadrazam'dır. Ayrıca diğer üyeler de doğrudan doğruya Padişah tarafından atanmakta ve görevden alınmaktadırlar. Bunun anlamı ise gerek Sadrazamın gerekse diğer bakanların Meclise karşı değil sadece kendilerini atayan ve görevden almaya yetkili olan Padişaha karşı sorumlu olmalarıdır.²² Dolayısıyla bir güven oylaması da mevcut değildir. Hükümetin bağımsız bir politikası, belli bir programı yoktur. Bakan-

¹⁹ Bkz. Turan Güneş, *Parlamente Rejimin Bugünkü Mânası ve İşleyişi*, 1. Baskı, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 1956, s. 81.

²⁰ Bu konuda bkz. Selçuk Özçelik, *Esas Teşkilât Hukuku Dersleri*, Birinci Cilt, Umumi Esaslar, 1. Baskı, Fakülteler Matbaası 1966, s. 263.

²¹ Tunaya, s. 200.

²² Bkz. Ali Fuad Başgil, *Türkiye Siyasî Rejimi ve Anayasa Prensipleri*, Mukayeseli Türk Esas Teşkilât Hukuku Dersleri- Birinci Cilt, 1. Baskı, Baha Matbaası, 1957, s. 91. 1876 Kanun-ı Esasî'nin 30. maddesine göre "Vükelâyı Devlet memuriyetine müteallik ahval ve icraattan mesuldür". Bu konuda bkz. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 55; Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Ders Notları (Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku)*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2018, s. 99.

lar kendi bakanlıklarına ait işleri, eğer Heyet-i Vükelâ'da görüşülüp karara bağlanacak nitelikte ise oraya götürerek karar vermesini ve gerekirse Padişahın onayını alarak uygulaması söz konusudur.²³ *Recai G. Okandan*, Anayasa'da, bakanlar için meşruti bir yönetimin gereklerine uygun tarzda, kendilerine yasama içinde bir dayanak bulabilme imkânının olmadığını belirtmektedir. Yürütme yetki ve görevlerinin kullanılmasında ve yapılmasında son sözü Padişah söylemektedir. Dolayısıyla bu yetki ve görevlerin tamamen Padişahın isteğine uygun biçimde kullanılması gerekmektedir. Anayasa'da bu yetki ve görevlerin, gerektiğinde yasama organı önünde siyaseten sorumlu tutulabilmeleri mümkün bir hükümet tarafından gerçekleştirilmesinin söz konusu olmadığını ifade etmektedir.²⁴

1909 değişikliği ile yürütme organının sorumlu kanadının parlamenter rejimdeki bakanlar kurulu durumuna geldiğini görmekteyiz.²⁵ Heyet-i Vükelânın kuruluş şekli büyük oranda değiştirilmiştir. 1909 değişikliğine göre, Sadrazam Padişah tarafından atanacak, diğer vekiller yani üyeler ise Sadrazam tarafından seçilecektir (m. 29). Heyet-i Vükelâ, Heyet-i Mebusan karşısında sorumlu olduğu için, Padişah ancak Heyet-i Mebusan'dan güvenoyu alabilecek birini Sadrazam atayabilir. Bu anlamda hükümetin kuruluş tarzının parlamenter rejime uygun olduğunu belirtebiliriz.²⁶ Kanun-ı Esasî değişikliğini hazırlayan Encümenin gerekçesine bakıldığında, hükümetin siyasi sorumluluğuna yönelik önerilen değişiklikte Anayasa'da Heyet-i Vükelânın siyasi sorumluluğunun kime karşı olduğunun belirsizliğine işaret edilmektedir. Bu nedenle konunun açıklığa kavuşturulmak istendiği ve bu sorumluluğun millete yani Heyet-i Mebusan'a karşı olduğu gerekçede ifade edilmektedir.²⁷

²³ Kemal Dal, *Türk Esas Teşkilat Hukuku*, 1. Baskı, Gazi Üniversitesi, Ankara 1984, s. 18-19.

²⁴ Okandan, *Âmme Hukukumuzun Anahatları*, s. 52.

²⁵ Dal, s. 25.

²⁶ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 61.

²⁷ "İşte vükelâ tedabir [tedbir/önlem] ve icraattan dolayı millete, yani Meclisi Mebusana karşı mesuldürler. (...) Kanunu Esaside Vükelânın mesuliyetine karşı bir madde (30) mevcut ise de müphemdir. Bu mesuliyetin kime karşı olduğu tasrih edilmediği gibi, nev' ve haddi mesuliyete de tayin ve izah olunmamış idigünden, madde mezkrüde [söz edilen maddede] cihati müphememin tavzihine [açıklığa kavuşturulmasına] lüzum görülerek ol veçhile tadil olunmuştur." Bkz. Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi, 20 Nisan 1325, Altmışbeşinci İnikat, Devre 1, Cilt 3, İçtima Senesi 1 Ek, s. 10.

Padişahın parlamentoyu fesih yetkisinin düzenlendiği Anayasa'nın 7. ve 35. maddelerini değerlendirirken, hükûmetin siyasal sorumluluğundaki değişimi de dikkate almak gerekmektedir. Aşağıda 1909 değişiklikleri kapsamında her iki maddede yer alan düzenlemeler ayrı ayrı açıklanacaktır.

Kanun-ı Esasî'nin 7. maddesinde Düzenlenen Fesih

Kanun-ı Esasî'nin 7. maddesinde Padişahın görev ve yetkileri sayılırken "(...) Meclisi Umumî'nin akt ve tatili ve ledel iktiza [gerektiği zaman]²⁸ Heyeti Mebusanın âzası yeniden intihap olunmak şart ile feshi hukuku mukaddesei Padişahi cümlesindedir." ifadesine yer verilmektedir.²⁹ Bu görev ve yetkiler arasında Meclis-i Umumî'nin toplantıya çağırılması ve tatil edilmesi ile Heyet-i Mebusan üyelerinin yeniden seçilmesi kaydıyla Heyet-i Mebusan'ı fesih hakkı da bulunmaktadır. 7. maddede düzenlenen bu fesih, Padişahın takdirine kalmış bir fesih hakkıdır.³⁰

Kanun-ı Esasî'nin 7. maddesine göre Padişah, yasama organını serbestçe dağıtabilme yetkisine sahiptir ve bu yetkiyi istediği şekilde ve daimî surette kullanabilmesine engel olacak hiçbir sınırlama söz konusu değildir.³¹ 1909 yılında yapılan değişiklikte 7. maddede³²

²⁸ Çalışmada bazı kavramların çevirisinde şu kaynaktan yararlanılmıştır: Meclis-i Mebusan ve Meclis-i Ayan Tutanak Terimleri Sözlüğü, Haz. Hasan Ferhat Aydın ve Özlem Çakır, 1. Baskı, TBMM Basımevi, Ankara 2015, s. 118.

²⁹ Madde 7 şöyledir: "Vükelânın azil ve nasbı ve rütbe ve menasıp tevcihi ve nişan itası ve eyalâtı mümtazenin şeraiti imtiyaziyelerine tevfikan icrayı tevcihatı ve meskûkat darbı ve hutbelerde namının zikri ve düveli ecnebiye ile muahedat akdi ve harb ve sulh ilânı ve kuvvei berriye ve bahriyenin kumandası ve harekâtı askeriye ve ahkâmı şeriye ve kanuniyenin icrası ve devairi idarenin muamelâtına müteallik nizamnamelerin tanzimi ve mücazaatı kanuniyenin tahfifi veya affı ve Meclisi Umumî'nin akt ve tatili ve ledel iktiza Heyeti Mebusanın âzası yeniden intihap olunmak şartile feshi hukuku mukaddesei Padişahi cümlesindedir."

³⁰ Bkz. Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 53.

³¹ Recai G. Okandan, "Amme Hukukumuzda Osmanlı Devleti'nin İnkırazına Kadar Parlamentarizm ve Hususiyetleri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 1947, C. 13, S. 2, s. 461.

³² 1909 yılında değiştirilen 7. maddenin tümü şöyledir: "Hutbelerde namının zikri ve meskukat darbı, kanun-ı mahsusuna tevfikan rütbe ve menasıp tevcihi, nişan itası sadriazam ve şeyhülislâmın intihap ve tayini sadriazam teşkil ve arz edeceği vükelânın tasdik-i memuriyetleri, icabında vükelânın ale'l-usul azl ve tebdili, kavanin-i umûmiyenin tasdik-i ile ilân-ı mer'iyeti, devair-i hükümetin muamelâtına ve kavaninin suver-i icrayesine müteallik nizamnameler tanzimi, her nevi kavanin teklifi, ahkâm-ı seriye ve kanuniyenin muhafaza ve icrası, eyalât-ı mümtazenin şerait-i imtiyaziyelerine tevfikan icrayı tevcihatı, kuva-yı berriye ve bahriyenin kumandası, harp ilânı, musalâha akdi, mücazat-ı kanuniyenin tahfif veya affı,

Heyet-i Mebusan'ın feshine ilişkin şu düzenlemeye yer verilmiştir:

"(...) otuzbeşinci madde mucibince Meclis-i Meb'usan'ın üç ay zarfında intihap olunup içtima etmek şartı ile ve Heyet-i Ayân'ın muvafakati ile lede'l-iktiza feshi, alelumum muahedat akdi hukuk-ı mukaddese-i padişahîdendir. (...)"

Genel olarak bakıldığında değiştirilen 7. maddede Padişahın sahip olduğu haklar saklı tutulmuş, hatta arttırılmış ancak kendisi bunları doğrudan kullanamaz hâle gelmiştir. Padişah, kendisine verilmiş gibi görünen bu yetkileri ancak Sadrazam ve ilgili bakanın imzasıyla yani karşı-imza kuralıyla kullanabilecektir.³³ Fesih yönünden ise bu madde 35. maddeye bağlı duruma getirilmiştir. Bir başka ifadeyle, 7. maddede sınırlama olmaksızın verilen fesih yetkisi, değişiklik sonrası, 35. maddedeki sürece bağlanarak Heyet-i Âyan'ın onayını alma koşulu da eklenmiştir.

Kanun-ı Esasî'nin 35. maddesinde Düzenlenen Fesih

Bu bilgilerden hareketle 35. maddede yer alan fesih düzenlemesine bakıldığında, 1876 Kanun-ı Esasî'nin ilk hâlinde bu madde şu şekildeydi:³⁴

"Vükela ile Heyeti Mebusan arasında itilaf olunan maddelerden birinin kabulünde vükela tarafından ısrar olunub da mebusan canibinden [tarafından] ekseriyeti ara ile tafsilen esbabı mücibe [gerekçe] beyanile kat'iyen ve mükerreren reddedildiği halde vükelanın tebdili veyahut müddeti kanuniyesinde intihap olunmak üzere Heyeti Mebusanın feshi münhasıran yedi iktidarı hazreti Padişahîdendir."

Kısaca bu maddenin işletilebilmesi için şu koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir:

Meclis-i Umûmî'nin tasvibi ile afv-ı, umûmî ilânı, Meclis-i Umûmînin mi adında küşad ve tatili, Meclis-i Umûmî'nin ahval-i fevkalâdede vektinden evvel içtima daveti, otuzbeşinci madde mucibince Meclis-i Meb'usan'ın üç ay zarfında intihap olunup içtima etmek şartı ile ve Heyet-i Ayân'ın muvafakati ile lede'l-iktiza feshi, alelumum muahedat akdi hukuk-ı mukaddese-i padişahîdendir. Ancak sulhe ve ticarete ve terk ve ilhak-ı araziye ve tebaa-i Osmaniye'nin hukuk-ı asliye ve şahsiyesine taalluk eden ve devletçe masarifi mucip olan muahedatın akdinde, Meclis-i Umûmî'nin tasdiki şarttır. Meclis-i Umûmî'nin münakid olmadığı zamanda heyet-i vükelanın tebeddülü vukuunda keyfiyet-i tebeddülünden mütevellid mesuliyet heyet-i lahikaya ait olacaktır."

³³ Tanör, s. 193.

³⁴ Gözübüyük, s. 14.

- (1) Meclis ve hükûmet arasında bir anlaşmazlığın olması.
- (2) Hükûmetin bu konuda ısrar etmesi.
- (3) Meclisin bunu art arda reddetmesi.

Bu koşulların varlığı hâlinde Padişahın 35. maddeye dayanarak Meclisi feshetmesi mümkündür. 35. maddedeki fesih yetkisi görüldüğü üzere, parlamenter rejimlerdeki hükûmet ile parlamento arasındaki uyumsuzluğu çözmeye yöneliktir. Görevde kalmak isteyen hükûmetin ve feshedilmek istemeyen Meclisin, anlaşmazlığı bırakarak uzlaşmaya çalışmalarının amaçlandığı belirtilebilir. 1909 Anayasa değişikliği ile Padişahın Heyet-i Mebusan'ı feshi oldukça güç koşullara bağlanmıştır.³⁵ Bu düzenlemeyi sırasıyla takip ederek, 1909 Değişikliği sonrası 35. ve bununla bağlantılı diğer maddeler incelendiğinde Padişahın fesih yetkisini kullanılabilmesi için özetle şu aşamaların gerçekleşmesi gerektiğini belirtebiliriz.³⁶

- (1) Hükûmet ile Heyet-i Mebusan arasında bir anlaşmazlık olmalı.
- (2) Hükûmet görüşünde ısrar ederse ve Heyet-i Mebusan tarafından reddedilirse; hükûmet bu durumda Heyet-i Mebusan'ın kararını ya kabul edecektir ya da istifa edecektir. Kabul ederse anlaşmazlık çözülür. Kabul etmezse istifa etmek zorundadır.
- (2) İstifa yolunu seçerse (istifanın ardından oluşan yeni hükûmetin kurulabilmesi 1909 değişikliği sonrası Heyet-i Mebusan'ın güvenine sahip olmasına bağlanmıştır) kurulan yeni hükûmet,

³⁵ 1909 değişikliğindeki şekli ise şöyledir: "Vükelâ ile Heyet-i meb'usan arasında ihtilâf vukuunda vükelâ reyinde ısrar edüp de mebusan canibinden katiyyen ve mükerreren reddedildiği halde vükelâ ya meb'usanın kararını kabule veya istifa ya mecburdur. İstifa takdirinde yeni gelen heyet-i vükelâ heyet-i sabikanın fikrinde ısrar eder ve Meclis esbâb-ı mucibe beyanı ile yine reddederse yedinci madde mucibince intihabata başlanılmak üzere zât-ı hazret-i padişahî meclisi feshedebilir fakat heyet-i cedide-i mebusan evvelki heyetin reyinde sebat ve ısrar ederse Meclis-i Meb'usan'ın rey ve kararının kabulü mecburî olacaktır".

³⁶ Bu konuda bkz. Recai Galip Okandan "7 Zilhicce 1293 Kanunu Esasisine ve Bunun Muaddel Şekillerine Göre Devlet Başkanının Milletvekilleri Meclisini Fesih Salâhiyeti" *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 13, S. 3, s. 829-831; İlhan Arsel, *Türk Anayasa Hukuku, Mars Ticaret ve Sanayi A.Ş. Matbaası*, Ankara 1959, s. 36; Kubalı, s. 120; Dal, s. 25; Tanör, s. 195; Burhan Gürdoğan "İkinci Meşrutiyet Devrinde Anayasa Değişiklikleri" C. 16, S. 1, 1959, s. 95-96; Cem Eroğul "1908 Devrimi'ni İzleyen Anayasa Değişiklikleri", <<https://cemerogul.files.wordpress.com/2012/03/1908-devrimini-izleyen-anayasa-dec49fic59fiklikleri.pdf>> (Erişim Tarihi: 23.03.2023) s. 7; Ölmez, s. 293.

daha önceki hükûmetin anlaşmazlık hâline düştüğü konuyu yeniden gündeme getirirse ve görüşünde ısrar ederse; tekrar Heyet-i Mebusan'ın reddi gerekmektedir.

- (3) Yeni hükûmetin de eski hükûmetin ileri sürdüğü görüşü tekrar gündeme getirip Heyet-i Mebusan tarafından reddedilmesi ardından Padişahın 7. maddeden hareketle Heyet-i Âyanın muvafakatini alması gerekir.
- (4) Heyet-i Âyan'ın muvafakati de gerçekleşirse Heyet-i Mebusan'ı fesih kararı belirsiz süreli değil, üç ay içinde seçim yapılarak toplanması koşuluyla alınabilecektir.
- (5) Maddede fesih sonrasındaki sürece ilişkin de düzenleme yapılmış; eğer seçim sonucunda oluşacak olan yeni Heyet-i Mebusan da eski Meclisin görüşünde ısrar ederse, bu durumda artık Heyet-i Mebusan'ın görüşünü kabul mecburiyeti vardır.

Görüldüğü üzere, Heyet-i Mebusan ile anlaşmazlık hâlinde bulunan hükûmet, Padişahın güvenine sahipse ve böyle bir hükûmetin iktidarda kalması onun tarafından isteniyorsa Kanun-ı Esasî bunu mümkün kılabilecek imkânları Padişaha tanımış değildir. Başka bir ifadeyle Padişah, bu konuda görüşünde haklı olduğunu düşündüğü hükûmeti savunabilecek ve mevcut anlaşmazlığın çözümü için fesih yoluna gidebilecek bir olanağa sahip değildir. Böyle bir durumda kalan hükûmetin, Padişahın güvenine sahip olması durumunda bile istifa etmesi gerekmektedir.³⁷ Padişahın icra organını değiştirme konusunda sahip olduğu takdir yetkisi kaldırılmış, hükûmet ile yasama organı arasındaki anlaşmazlığın kaldırılması Padişahın iradesinden ayrı ve belli bir objektif kritere bağlanmıştır.³⁸ Her ne kadar Meclisin feshi Padişaha bırakılmışsa da bu yetki üç ay içinde yeni Meclis'in toplanması ve Heyet-i Âyan'ın muvafakati ile sınırlanmıştır. Meclis'in toplanma müddeti dört aydan altı aya çıkarılmış ve Padişahın davetine gerek kalmaksızın Kasım başında kendiliğinden toplanması esası kabul edilmiştir.³⁹ Görüldüğü üzere son cümlede, yeni kurulan Meclis'in,

³⁷ Okandan, "7 Zilhicce 1293 Kanunu Esasisine", s. 829-830; Karamustafaoğlu, s. 190.

³⁸ Hüseyin Nail Kubalı, Türk Esas Teşkilât Hukuku Dersleri, 1. Baskı, Tan Matbaası, İstanbul 1960, s. 120.

³⁹ Ali Fuad Başgil, Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri-Mukayeseli Türk Esas Teşkilât Hukuku Dersleri, Birinci Cilt, Fasikül I, 1. Baskı, Baha Matbaası 1957, s. 98.

eski Meclis'in görüşünde ısrar etmesine yönelik düzenleme ile gerçekten de fesih yetkisinin kullanılmasında neden "halkın hakemliği" deyimini verildiği de anlam kazanmaktadır. Bu bilgilerden hareketle ikinci anayasa değişikliğinde ne tür düzenlemeler yapılmak istendiği ve Meclis gündemine getirilme sürecine bakmak gerekmektedir.

İkinci Anayasa Değişikliğinin Heyet-i Mebusan ve Heyet-i Ayan Gündemlerine Getirilme ve Kabul Edilme Süreci

1909 değişikliği ardından Anayasa'nın değiştirilmesi yeniden gündeme getirilmiştir. Anayasa değişikliğine ilişkin, Heyet-i Mebusan görüşmelerindeki konuşma ve tartışmalar genel olarak Heyet-i Mebusan'ın feshinin 1909 değişikliği ile zor şartlara bağlandığı üzerinedir. Ancak belirtmek gerekir ki, monarşinin sınırlı olmasının bir anlamı da parlamentonun seçimle gelen kanadının, parlamenter rejimin denge kurma amacına yönelik, kriz çözücü bir ihtiyacı karşılayacak biçimde, koşulları saptanarak feshedilebilmesidir. Aşağıda ikinci anayasa değişikliğinin Heyet-i Mebusan'a getirilmesinden onaylanana kadar geçen süreç ele alınacaktır.

Sait Paşa Hükûmeti ve İkinci Anayasa Değişikliği Önerisinin Heyet-i Mebusan'da Görüşülmeye Başlanması

16.12.1911 tarihinde, Heyet-i Mebusan'da görüşülen konular arasında "*Kanun-u Esasînin otuz beşinci maddesinin tadili hakkındaki kanun layihasının irsal kılındığına dair Sadaret tezkiresi*" yer almaktadır.⁴⁰ Hükûmet, Meclisin feshedilmesi önündeki zorluğu aşabilmek için öncelikle Kanun-ı Esasînin 35. maddesinin değiştirilmesini önermiştir. Bu öneriyle, maddenin genel olarak eski hâline dönülmesi hükûmetle meclis arasında anlaşmazlık çıktığında, Padişahın ya hükûmeti değiştirmesi ya da Meclisi feshetmesi yolu açılmaktadır. Yenilik olarak ise, fesih yetkisinin aynı toplantı yılı içinde yalnızca bir kez kullanılabilceği hükmünün getirildiğini görmekteyiz. Diğer bir yeni düzenleme ise savaş durumunda Padişah Meclis-i Umumîyi geçici olarak tatil edebilecektir.⁴¹ Sadrazam Sait Paşa, Heyet-i Mebusan'da, 35. madde de-

⁴⁰ Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi, 3 Kânunuevvel 1327 (1911), Yirmi Beşinci İnikad, Devre 1, Cilt 2, İçtima Senesi 4, s. 201.

⁴¹ Eroğul, s. 14.

ğişikliğini açıklarken Lütü Fikri Bey, maddenin değıştirilme amacını Şu Şekilde eleştirmiştir:⁴²

“Sadrazam Paşa bize Şöyle Őöylemiř oluyor (...) ben sizin Meclisinizi feshetmek mecburiyetindeyim. Halbuki, Kanunu Esasinin maddei mevcudesi bu babda Meclisi sühütlele feshetmemi temin etmiyor. Bunu değıştirin ki ben sizi kolayca feshedeyim. İşte mesele bundan ibarettir.”

Bu değışiklik önerisine karşı Heyet-i Mebusan’da ciddi bir muhalefet oluşmuştur. Kanun-ı Esası değışikliğinin Heyet-i Mebusan’da 27.12.1911’de görüşülmesi kararlaştırılmıştır. Ancak Heyet-i Mebusan’ın muhalif kalan üyelerinin katılmaması nedeniyle çoğunluk sağlanamamış, görüşmeler ertelenmiştir. Toplantıya yine İttihat ve Terakki Fırkası dışındaki üyelerin katılmaması nedeniyle çoğunluk sağlanamamıştır.⁴³ *Recai G. Okandan Kanun-ı Esası’nın değışik 7. ve 35. maddelerinin hükümet tarafından yapılan öneri hakkında çoğunluğun sağlanamadığı görüşme gününe ilişkin Şunları ifade etmektedir.*⁴⁴

“(...) gerek Sadr-ı âzam Mehmet Sait Paşa ve gerek Millî Savunma Bakanını Mahmut Őevket Paşa tarafından yapılan açıklamalara rağmen, koridorlarda gezmeyi ve arasına Meclis kapısından bakmayı tercih eden muhalif Meb’uslar, Milletvekilleri Meclisinin toplantı salonuna girmemekte direnmişlerdir. (...) muhaliflerin bu insidat-ı müzâkereye tevessül teşebbüsü, Hükümet tarafından yapılan bir teklifin Milletvekilleri Meclisi tarafından reddolunduğu tarzında, yani güvensizlik Şeklinde karşılanmış[tır.]”

Bu gelişmelerin ardından Sadrazam Sait Paşa, hükümetin iktidardan çekileceğini bildirerek aynı gün Padişaha istifasını sunmuştur. Sadrazam Sait Paşa, Meclis’te yaşananları anayasa değışikliği önerilerinin “reddi” olarak değerlendirerek Şunları ifade etmiştir.⁴⁵

“(...) Arzettiiğimiz madde-i kanuniye sırf Meşrutiyeti ihya ve takviye etmek içindir. (...) Fakat birkaç günden beri görülen halet-i ruhiye diyelim ve bugün ekalliyetin [azınlığın] hazır olmamasına, deminden beri bir hayli izahat-ı muknia verildiği halde yine hazır bulunmaktan içtinap olunmasına nazaran ben ve refiklerim bu hali red suretinde telâkki ediyoruz. (...) memuriyetlerimizden istifa ettiğimizi Zâtı Őâhâneye arzeyliyeceğiz, elveda efendiler”.

⁴² Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi, 3 Kânunuevvel 1327 (1911), Yirmi Beşinci İnikad, Devre 1, Cilt 2, İçtima Senesi 4, s. 209.

⁴³ Okandan Âmme Hukukumuzun Anahatları, s. 344; Ahmet Ali Gazel, “Osmanlı Devleti’nde Parlamento Fesihleri (1877-1920)”, *Hacettepe Üniversitesi Cumhuriyet Tarihi Araştırmaları Dergisi*, 2022, C. 18, S. 35, s. 84.

⁴⁴ Okandan Âmme Hukukumuzun Anahatları, s. 344-346.

⁴⁵ Bkz. Okandan Âmme Hukukumuzun Anahatları, s. 346-347.

Anayasa değişikliğinin görüşülmesinde Sadrazam Sait Paşa'nın Heyet-i Mebusanın toplanamamasını, ret olarak nitelendirmesi ve hükûmetin istifası yeni tartışmaları gündeme getirmiştir. Muhalefet toplantılara katılmayarak "obstrüksiyon"⁴⁶ yolunu kullandığını ifade ederek engellemeye, geciktirmeye çalışmıştır. *Bülent Tanör*, 1909 anayasa değişikliği ardından İttihat ve Terakki Fırkası'nın, Kanun-ı Esasî'nin 7. ve 35. maddelerinin değiştirilmesi yönündeki isteğine ilişkin şunları ifade etmektedir:⁴⁷

"Parlamento üzerindeki denetimin elinden kaçtığını gören İT [İttihat ve Terakki], Meclis-i Mebusan'ın feshini denemek istedi. Fakat kendi eseri olan 1909 değişikliği bunu son derece zorlaştırmıştı. Bu engeli aşmak için fesih mekanizmasının 1876'daki biçimine geri döndürülmesini planladı".

Heyet-i Mebusan'da Kanun-ı Esasî ikinci değişikliği görüşmeleri hükûmetin istifası sonrası giderek daha tartışmalı bir hâl almıştır. Bu noktada yeni kurulan hükûmetin yaptığı anayasa değişikliği önerisi sürecini ele almak gerekmektedir.

Yeni Kurulan Hükûmetin "İsrar Hükûmeti" Olduğu Görüşünü Savunması ve Anayasa Değişikliği Önerisinin Heyet-i Mebusan'da Görüşülmesi

Sadrazam Sait Paşa'nın istifası ardından Padişah, bir Hattı Hümayun ile hükûmeti kurması için yeniden Sait Paşa'yı görevlendirmiştir. Yeni kurulan Hükûmet, Kanun-ı Esasî'ye uygun kurulmuş ancak güvenoyu almamıştır.⁴⁸ Yukarıda açıklandığı üzere, aslında hükûmet 1909 değişikliğiyle birlikte göreve başlarken güvenoyu almak zorundadır. Mecliste bu konu da tartışmalara neden olmuştur.

⁴⁶ Obstrüksiyon, en genel tanımıyla, yasama işlerinin ya da etkinliklerinin, bunlara karşı çıkan siyasal partiler ya da milletvekillerince yasal yollar kullanılarak engellenmesi, tıkanması veya geciktirilmesi girişimidir. Bkz. Şeref İba, Parlamento Hukukunda Obstrüksiyon ve Giyotin Kavramları, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, S. 50, s. 147.

⁴⁷ Bkz. Tanör, s. 199.

⁴⁸ Bkz. Okandan Âmme Hukukumuzun Anahatları, s. 348-349; Eroğul, s. 14. Yeni kurulan hükûmetin güvenoyu alma gereği duymamasına ilişkin tartışmanın yapıldığı görüşme için bkz. Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi, 21 Kânunuevvel 1327 (1911), Otuz Birinci İnikad, Devre 1, Cilt 2, İçtima Senesi 4, s. 325 vd.

Sadrâzam Sait Paşa, hükûmeti kurunca Heyet-i Mebusan'da Kanun-ı Esasî'nin 35. maddesinin değiştirilmesi konusunu yeniden gündeme getirmiştir.⁴⁹ Sait Paşa Meclis'te muhalefetin toplantıya katılmamasını ret kararı olarak yorumlayıp istifa üzerine kurulan yeni hükûmetin de "ısrar hükûmeti" sayıldığını ifade etmiştir. 1909 yılında değiştirilen 35. maddedeki ifade belirtildiği üzere şu şekildedir: "Vükelâ ile Heyet-i meb'usan arasında ihtilâf vukuunda vükelâ reyinde ısrar edüp de mebusan canibinden [tarafından] katiyyen ve mükerreren reddedildiği halde vükelâ ya meb'usanın kararını kabule veya istifaya mecburdur. (...)” Sait Paşa, yeni kurduğu kabinenin ısrar hükûmeti olarak sayılması gerektiğini açıklarken şunları ifade etmiştir:⁵⁰

"(...) Çarşamba günü cereyan etmiş olan müzakeratı neticesinde sabık Kabinenin Kanun-u Esasinin 35'nci maddesine ithalini teklif ettiği tadil, (...) Cumartesi günü sair umura takdimen müzakereye karar verilmiş idi. Ye'om-i mezkurda sabık Kabine, Mecliste isbat-ı vücud etmiş olduğu halde İtilaf ve Hürriyet Fırkası Azasıyla Müstakillerin müzakereye iştirakten bir tarik-i fevkaladeye mükerreren imtina etmeleri, tadil teklifinin bir suret-i aleniyyede reddini istilzam [gerektiren] ve Meclis-i Mebusan ile o Kabinne beyninde sarîh bir ihtilaf tevilit eylemiş olduğundan (...) Kanun-u Esasi mucibince Zat-ı Hazret-i Padişahiye istifasını takdim etmiş idi. Bu kere teşekkül eden yeni Kabine dahi siyaset-i esasiyyeye taalluk eden hususatin ehemmiyyeti ve vacibat-ı Meşrutiiyetten olarak her Devlet-i Meşrutada labüt ve muhterem addolunan ve Zat-ı Hükümdarının hukuk-u teşriyye ve siyasiyyesinin levazım-ı gayr-i müfarikasından bulunan hakk-ı feshi fiilen işgal ve belki mümteni bir hale vaz'eden 35 inci maddenin ber-veç-i [olduğu gibi/aynen] teklif tadilini kemal-i ehemmiyyetle iltizam ve bu babda ısrar ediyor".

Heyet-i Mebusan'da, hükûmetin istifasının yeni bir hükûmet olup olmadığı tartışması yanında aynı zamanda değiştirilmesi istenen 35. maddenin sırf toplantıda çoğunluk sağlanmadığı için ertelenmesinin "anayasa değişikliği teklifinin reddi anlamına gelip gelmediği" konusu da eleştirilmiştir. İsmail Sıtkı Bey şunları ifade etmiştir:⁵¹

⁴⁹ Bkz. Okandan Âmmе Hukukumuzun Anahatları, 348-349. Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi, 21 Kânunuevvel 1327 (1911), Otuz Birinci İnikad, Devre 1, Cilt 2, İçtima Senesi 4.

⁵⁰ Bkz. Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi, 21 Kânunuevvel 1327 (1911), Otuz Birinci İnikad, Devre 1, Cilt 2, İçtima Senesi 4, s. 325.

⁵¹ Bkz. Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi, 21 Kânunuevvel 1327 (1911), Otuz Birinci İnikad, Devre 1, Cilt 2, İçtima Senesi 4, s. 327.

“(…) Acaba Meclisi Mebusanın içtima edememesi ve Kabine ile müzakereden imtina eylemiş bulunması Kanunu Esasinin tayin ettiği reddi mükerrer ve kat’i tabirleriyle takyid ettirdiği red manasını tazammum ettirir mi, ettirmez mi ve binaenaleyh, bugün karşısında bulunduğumuz ve sırası geldiğinde arz edeceğimiz veçhile henüz itimat reyî ahz etmemiş olan yeni bir Kabinenin ikinci bir Kabine vaziyetinde addolunmasını nasıl kabul edeceğiz? (...) Eğer mecliste ekseriyet mevcut olmaması, teklifin reddi makamında telakki edilmek lâzım gelirse, Hey’eti Hazırai Muhteremece şimdiye kadar Mecliste reddolunmuş binlerce teklif bulunmak lâzım gelirdi, (...)”

İsmail Sıtkı Bey Mecliste bu sözlerinin ardından, Hükûmet’in istifa etmesinin o teklifi *keenlemyekün* (yok) hükmünde bıraktığını da ekleyerek şunları belirtmiştir.⁵²

“Aramızdaki şu ihtilafın, ya Kabine Reisi Paşa Hazretlerinin dediği doğru olacak ya bizim dediğimiz doğru olacak. Bizim dediğimiz doğru olursa bugün Kanunu Esasinin 35 inci maddesinin tadili hakkında birinci defa teklif karşısında bulunduğumuzu anlar ve ona göre müzakereye devam ederiz. Yok eğer, bilakis, Kabine Reisi Paşa Hazretlerinin teklifleri doğru olduğu anlaşılırsa bir Israr Kabinesi karşısında bulunacağız”.

Burada obstrüksiyon yapıldığını açıklayan Sadrazam Sait Paşa neden ret olarak gördüklerini şu şekilde savunmuştur.⁵³

“Kabinenin gaye-i emeli Meclisi feshetmektir diyorlar. Niyetim Meclisi fesh etmek olmadığını, geçenki celselerden birinde resmen ve alenen beyan etmiş idim (...). Muhalif Fırkalar tarafından yapılan obstrüksiyonu biz ret addettik, ikinci defa Meclise girdiğimizde yine birçok zevat hazır olduğunu haber aldık; fakat onlar huzurdan imtina ettiler. Bunu da red addettik. Yazdığımız istifanamede bilfarz (farz ve vücub icab etmez ya) bunun red olduğu teslim olunması bile, her halde bir ihtilaftır, dedik. (...) o gün Kanunu Esasinin müzakere olunacağını bilen zevat -zira rüznameye bilittifak ithal olunduydu- eğer kaideye riayet ediyorlarsa, gelirler hazır bulunurlar idi. Böyle yapmayıp da Meclisin küşadından [açılışından] hitamına [sona ermesine] kadar huzurdan imtina etmeleri ret değil de

⁵² Bu şekilde 35. maddenin ne anlama geldiğinin ortaya konulması için Kanun-ı Esasî’yi yorumlama yetkisi olan Heyet-i Ayan’a gönderilmesi teklif edilmiştir. Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi, 21 Kânunuevvel 1327 (1911), Otuz Birinci İnikad, Devre 1, Cilt 2, İçtima Senesi 4, s. 328-329.

⁵³ Bkz. Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi, 21 Kânunuevvel 1327 (1911), Otuz Birinci İnikad, Devre 1, Cilt 2, İçtima Senesi 4, s. 336-337.

nedir? Eğer değilse, her şey bir maksada mebni olur. Obstrüksiyonun da bir maksadı mavudialehi olmak lazım gelir. (...)"

Meclis'teki görüşmeler oldukça tartışmalı şekilde devam etmiştir. Daha sonra 35. madde oylanmış ve reddedilmiştir.⁵⁴ Görüldüğü üzere, 35. maddenin değiştirilmesine yönelik hükûmetin isteği Heyet-i Mebusan tarafından reddedilirken, üyeler, kendilerinin feshedileceğini de bildikleri bir sürece girdiklerinin farkındaydı. Heyet-i Mebusan'ın Padişah tarafından feshedilebilmesi için 35. maddenin öngördüğü usûlde bu aşamadan sonra sadece Heyet-i Âyan'ın onayı kalmıştır.

Bülent Tanör, Anayasa'nın, fesih konusundaki maddelerin değiştirilmesinin muhalefetin sürekli engellemeleri karşısında şunları ifade etmektedir:⁵⁵ "Sonunda İT ve onun denetimindeki hükûmet, engellemeleri etkisizleştirmenin ve 7. ve 35. maddelerin üzerinden atlamanın "formülü"nü buldu. Meclisin toplanmaması "iki defa üst üste ret kararı" sayıldı; (...)" Bu aşamada Heyet-i Âyan'a bakıldığında, ret kararından iki gün sonra fesih için onay isteyen Hattı Hümayun kendilerine gönderilmiştir.⁵⁶ Heyet-i Âyan gündeminde "Meclisi Mebusan intihabatının tecdidi ve fesihinin tasvibine dair Hattı Hümayun" yer almış ve kapalı oturum yapılmasına karar verilmiştir.⁵⁷ Ertesi gün Birleşim kapalı oturum şeklinde yapılarak Heyet-i Âyan'dan onay alınmış ve ondan sonraki gün de okunan İrade-i Seniye ile Heyet-i Mebusan feshedilmiştir.⁵⁸ Ancak 35. madde değişikliği henüz gerçekleşmemiştir. Dolayısıyla bu artık yeni kurulacak olan Heyet-i Mebusan'ın gündemine gelmesiyle mümkündür. Bu İrade-i Seniye ile Heyet-i Mebusan dağıtıldıktan sonra yine aynı İrade-i Seniye gereğince genel seçim hazırlıklarına başlanmıştır.⁵⁹

⁵⁴ Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi, 31 Kânunuevvel 1327 (1911), Otuzyedinci İnikad, Devre 1, Cilt 2, İçtima Senesi 4, s. 508.

⁵⁵ Tanör, s. 200.

⁵⁶ Eroğul, s. 15.

⁵⁷ Meclisi Âyan Zabıt Ceridesi, 2 Kânunusâni 1327 (1911), Yirmi İkinci İnikad, Devre 1, Cilt 1, İçtima Senesi 4.

⁵⁸ Bkz. Meclisi Âyan Zabıt Ceridesi, Meclisi Âyan Zabıt Ceridesi, 3 Kânunusâni 1327 (1911), Yirmi Üçüncü İnikad, Devre 1, Cilt 1, İçtima Senesi 4; Meclisi Âyan Zabıt Ceridesi, 5 Kânunusâni 1327 (1911), Yirmi Dördüncü İnikad, Devre 1, Cilt 1, İçtima Senesi 4.

⁵⁹ Okandan Âmme Hukukumuzun Anahatları, s. 355-357.

Heyet-i Mebusan Seçimleri ve Yeni Hükûmetin Kanun-ı Esasî Değişikliği Önerisinin Heyet-i Mebusan'da Görüşülmesi ve Kabul Edilmesi

Yapılan genel seçimle İttihat ve Terakki Fırkası'nın çoğunluğuna dayanan yeni Heyet-i Mebusan 18.04.1912 Perşembe günü ilk oturumunu yapmaya çağırılmıştır.⁶⁰ Görüldüğü üzere feshi kolaylaştırmak üzere hükûmetin istediği anayasa değişikliğini kabul etmemek için Heyet-i Mebusan'ın direnmesi, yine de fesihle sonuçlanmıştı. Yeni Meclis seçildikten sonra hükûmet, aynı amaçlı bir anayasa değişikliğini gündeme getirmiştir.⁶¹

Meclis, Padişahın, Sadrazam Sait Paşa tarafından okunan nutku ile açılmıştır. Padişah nutkunda Kanûn-ı Esasî'nin değiştirilmesinin gerekliliğini belirttiğini görmekteyiz.⁶² Yeni Heyet-i Mebusan'ın açılmasında sonra Sadrazam Sait Paşa, Heyet-i Mebusan Başkanlığı'na gönderdiği yazıyla Anayasa'nın değiştirilmesi konusunu yeniden gündeme getirmiştir.⁶³ Heyet-i Mebusan tutanaklarına bakıldığında, Anayasa'nın değiştirilmesi konusunda iki tezkire olduğu görülmektedir:⁶⁴

"Kanunu Esasinin otuz beş, yedi ve otuz sekizinci maddelerinin tadiline dair Sadaret tezkiresi".

"Kanunu Esasinin kırk üçüncü maddesinin tâdili ve yetmiş ikinci maddesinin ilgası ile yetmiş altıncı maddesine dair Sadaret tezkiresi".

Hükûmet tarafından verilen Kanun-ı Esasî'nin 7, 35, 43 ve 73.⁶⁵ maddelerinin değiştirilmesi dair kanun lâyihası Heyet-i Mebusan'da 22.06.1912'de görüşülmeye başlanmıştır.⁶⁶ Meclise sunulan hükûmet

⁶⁰ Okandan Âmme Hukukumuzun Anahatları, s. 357.

⁶¹ Eroğul, s. 16.

⁶² Okandan Âmme Hukukumuzun Anahatları, s. 356-357.

⁶³ Okandan "7 Zilhicce 1293 Kanunu Esasisine", s. 841.

⁶⁴ Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi, 5 Mayıs 1328 (1912), Altıncı İnikad, Devre 2, Cilt 1, İctima Senesi 2.

⁶⁵ Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesinde 73. madde, ilk başta 74. madde olarak yazılmakla birlikte (s. 433) metin içinde 73. madde olarak geçmektedir. Bkz. Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi, 9 Haziran 1328 (1912), On Sekizinci İnikad, Devre 2, Cilt 1, İctima Senesi 1.

⁶⁶ Hükûmet tarafından verilen değişiklik şöyledir: "Madde 7: Ledel'iktiza Meclis-i Mebusanm feshi ve müddet-i içtimaiyyenin te'cili hukuk-u mukaddese-i Pâdişâhidendir.

Madde 35: Vükelâ ile Heyet-i Mebusan arasında ihtilâf olunan maddelerden biri-

teklifinde, 1876 Kanun-ı Esasînin 1909'da değiştirilmiş olan 7., 35. ve 43. maddelerinin yeniden değiştirilmesi, o zaman değiştirilmesi unutulmuş olan ve artık hükmü kalmayan 73. maddesinin ise yürürlükten kaldırılması isteniyordu. Teklif ivedilikle incelenmek üzere Komisyona gönderildi. Kanun-ı Esasî Encümeninin, Hükûmet'in istediği şekilde, ancak daha kapsamlı bir öneri hazırladığı görülmektedir. Hükûmet'in de buna katılmasıyla, öneri Genel Kurul'a gelmiş ve hızla görüşülmüştür.⁶⁷ Heyet-i Mebusan bu değişiklik önerilerinin hepsini kabul etmiştir.⁶⁸ Bu değişikliğe ilişkin olarak Heyet-i Âyan'ın onayının alınması usûlünün kaldırılmasıyla ilgili İlhan Arsel şunları ifade etmektedir:⁶⁹

"İttihat ve Terakki fesih hakkını Meclis-i Ayanın tasvibinden ayırmakla meşrutiyete en büyük fenalığı yapmıştır. Çünkü, Meclis-i Ayana 1325 taddilleri [1909 değişiklikleri] ile tanınan bu hak, Meclis-i Meb'usanın himayesine matuf bir tedbir olacağı fikriyle kabul edilmişti. Yani Padişah geliş güzel fesh'e tevessül edemeyecek ve Meclis-i Ayanın muvafakatini istihsal mecburiyetinde kalacaktı. Ayana yerilen bu hakkın ilgası neticesinde Meclis-i Mebusanın feshi işi doğrudan doğruya Padişaha ait bir hak mahiyetini yeniden iktisap etmiş oldu."

Belirtildiği üzere Kânûn-ı Esâsî'ye göre, değişiklik yapılabilmesi için Heyet-i Âyanda da görüşülüp kabul edilmesi gerekmektedir.

nin kabulünde Vükelâ tarafından ısrar olunup da Mebusan canibinden ekseriyet ârâ ile ve mükerreren reddedildiği halde Vükelânın tebdili veyahut müceddeden ve üç ay zarfında intihap olunmak üzere Heyet-i Mebusanın feshi hukuk-u Pâdişâhu cümlesindedir.

Madde 43: Meclis-i Umûminin iki heyeti beher sene Teşrinisani iptidasında bilâdâvetin içtima eder ve bâ İrade-i Seniyye küşâd edilir. Müddet-i içtimâ dört aydır, Meclis-i Mebusan feshedildiği halde, üç ay sonra içtimâ edecek olan Heyet-i cedide Heyet-i sabıkanın müddet-i içtimaiyyesinin bakıyyesihî ikmâl eder ve esbâb-ı fevkalâdeden dolayı temdit edilmediği takdirde, ilk devre-i içtimaiyyesinin mebdei olan Teşrinisani iptidasında tekrar toplanmak üzere tatil olunur.

Madde 73: Kanun-u Esasinin 7 inci madde-i muadelesine mugayir olan 73'üncü maddesi mülğadır." Bkz. Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi, 9 Haziran 1328 (1912), On Sekizinci İnıkad, Devre 2, Cilt 1, İçtima Senesi 1.

⁶⁷ Eroğul, s. 16.

⁶⁸ Bkz. Okandan, s. 842; Eroğul, s. 16. Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi, 11 Haziran 1328 (1912), C. 2, İ. 19, s. 492.

⁶⁹ İlhan Arsel, "Birinci ve İkinci Meşrutiyet Devirlerinde Çift Meclis Sistemi Tecrübesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1953, C. 10, S. 1., s. 210-211.

Kanun-ı Esasî'nin Değiştirilmesi Önerisinin Heyet-i Âyan'da Görüşülmesi ve Kabul Edilmesi

Kanun-ı Esasî değişikliğinin Heyet-i Mebusan'da kabul edilmesinin ardından Heyet-i Âyan'a gönderilmiştir. Ancak tam bu sıralarda Arnavutluk'ta başlayan isyan sonrası Sait Paşa Hükûmeti 15.07.1912 tarihinde, Heyet-i Mebusan'da 4'e karşı 192 oyla güvenoyu almasına rağmen Sadrazamlıktan istifa etmiştir. Sait Paşa istifa edince Kanun-ı Esasî değişikliği de Heyet-i Âyan tarafından görüşülememiştir.⁷⁰ Sait Paşa'nın istifası sonrası Kanun-ı Esasî değişikliği 25.05.1914 tarihinde Heyet-i Âyan'da görüşülmeye başlanmış ve teklif üzerinde hiçbir değişiklik yapılmadan kabul edilmiştir. Bu şekilde Kanun-ı Esasî'nin 7, 35. ve 43. maddeleri değiştirilmiş ve 73. maddesi kaldırılmıştır.⁷¹

Heyet-i Mebusan'ın feshine ilişkin Anayasa değişikliğinin Meclislerin gündemine gelmesi ve kabul edilmesi bu şekilde gerçekleşmiştir. Aşağıda, bu bilgilerden hareketle, Anayasa'nın ilk hâli ve 1909 değişikliği yönünden 7, 35 ve 43. maddeler ile mülga 73. maddenin içeriği her bir madde açısından yine ayrı ayrı değerlendirilecektir.

Kanun-ı Esasî'nin Değiştirilmesinin Fesih Yetkisi Bakımından Değerlendirilmesi

Kanun-ı Esasî'nin 7. maddesinde Padişahın görev ve yetkileri sayılmaktadır. Bu görev ve yetkiler arasında Meclis-i Umumi'nin toplantıya çağırılması ve tatil edilmesi ile Heyet-i Mebusan'ın üyelerinin yeniden seçilmesi kaydıyla Heyet-i Mebusan fesih hakkı da bulunmaktadır. 1909 yılında yapılan değişiklikte 7. maddede Padişahın sahip olduğu haklar saklı tutulmuş, hatta arttırılmış ancak kendisi bunları doğrudan kullanamaz hâle gelmiştir. Padişah kendisine verilmiş gibi görünen yetkileri ancak Sadrazam ve ilgili bakanın girişim ve imzasıyla kullanabilecektir.⁷² Aşağıda açıklanacak olan ikinci Anayasa değişikliği süreci sonrasında ise 7. madde ikinci değişiklik ile şu şekilde düzenlenmiştir.⁷³

"...otuz beşinci madde mucibince Heyeti Mebusanın ledelik tiza feshi ve müddeti teciliye ve tatiliyenin mecmuu müddeti ictimaiyei seneviyenin nı-

⁷⁰ Gazel, s. 87-88.

⁷¹ Gazel, s. 92.

⁷² Tanör, s.193.

⁷³ Gözübüyük, s. 31.

sıfını tecavüz etmemek ve o senei içtimaiye zarfında müddetini ikmal eylemek üzere tecil ve tatili, hukuku mukaddesei Padişahidendir”.

Görüldüğü üzere burada, fesihden sonra yeni meclisin üç ay içinde seçilip toplanacağı hükmü ve fesih için Heyeti Âyan’dan onay alınması koşulu kaldırılmıştır.⁷⁴ Meclisin feshedilmesi önündeki zorluğun kaldırılması için Hükûmet’in Kanun-ı Esasî’nin değiştirilmesi önerilen 35. maddesi şöyledir:⁷⁵

“Vükela ile Heyeti Mebusan arasında ihtilaf vukuunda, Vükela reyinde ısrar edip Mebusan canibinden katıyyen ve mükerreren reddedildiği halde Vükelanın tebdili veyahut üç ay zarfında müceddeden intihab olunmak ve bir senei içtimaiyede birden ziyade fesh edilememek üzere Heyeti Mebusanın feshi ve hali harpte Meclisi Umuminin muvakkaten tatili, hukuku Hazreti Padişahidendir.

Meclisin feshinde Heyeti Ayanın rey ve kararına müracaat edip etmemek münhasıran yedi iktidarı Hazreti Padişahidedir. Fakat Heyeti Celilei Mebusan, evvelki heyetin reyinde sebat ve ısrar ederse Meclisi Mebusanın rey ve kararının kabulü mecburidir”.

Bu öneriyle, görüldüğü üzere maddenin eski hâline benzer bir şekline dönülerek hükûmetle meclis arasında anlaşmazlık çıktığında, Padişahın ya hükûmeti değiştirmesi ya da Meclisi feshetmesi yolu açılmak istenmekteydi. Yenilik olarak ise, fesih yetkisinin aynı toplantı yılı içinde sadece bir defa kullanılabilmesi hükmü getirilmektedir. Ancak meşrutiyet için olumsuz olarak nitelendirilebileceğimiz yeni bir düzenleme önerilmektedir. Buna göre, savaş durumunda Padişah Meclis Umumiyi geçici olarak tatil edebilecek.⁷⁶ Kısaca bu madde ile hükûmetle Heyet-i Mebusan arasında anlaşmazlık çıktığında,

⁷⁴ Cem Eroğul, 7. madde değişikliğinin öne çıkan beş özelliğini şu şekilde belirtmektedir: “a) Fesihden sonra yeni meclisin üç ay içinde seçilip toplanacağı hükmü kaldırılıyor, b) fesih için Meclisi Ayan’dan onay alma koşulu kaldırılıyor, c) fesih dışında, meclis toplantılarının ertelenmesi ya da toplanmış meclisin tatile gönderilmesi kapısı açılıyor, ç) ancak, erteleme ve tatil süresinin toplam altı ay süren toplantı yılının yarısını (başka bir deyişle, üç ayı) aşamayacağı belirtiliyor, d) her durumda, ilgili toplantı yılının ilişkin olduğu yılda tamamlanacağı hükmüne bağlanıyor”. Bkz. Eroğul, s. 18.

⁷⁵ Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi, 3 Kânunuevvel 1327 (1911), Yirmi Beşinci İnikad, Devre 1, Cilt 2, İçtima Senesi 4, s. 201. Bkz. “7 Zilhicce Tarihli Kanun-ı Esasî’nin Bazı Mevadd-ı Muaddelesine Dair Kanun” <<https://www.tbmm.gov.tr/files/anayasa/docs/1876/1876-1/1876-1-degisiklik.pdf>>, (Erişim Tarihi: 23.03.2023).

⁷⁶ Eroğul, s. 14.

önce hükûmetin değiştirilmesini öngören hüküm kaldırılmaktadır. Hükûmetin önerisi Meclis tarafından arka arkaya iki kez reddedildiğinde, hükûmetin değiştirilmesi ya da Heyet-i Mebusan'ın feshi alternatiflerinden biri, Padişahın yeğlemine (tercihine) bırakılmaktadır. Fesih durumunda, yeni Meclis'in dört ay içinde seçilip toplanacağı belirtiliyor. Yeni Meclisin eskisinin görüşünde direnmesi durumunda, Meclis kararının uygulanmasının zorunlu olacağı hükmü korunuyor.⁷⁷

Yapılan değişiklikle Kanun-ı Esasî'nin 35. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:⁷⁸

“Vükelâ ile Heyet- i Meb’usan arasında ihtilâf olunan maddelerden birinin kabulünde vükelâ tarafından ısrar olunup da meb’usan canibinden ekseriyet-i ârâ ile ve mükerrenen reddedildiği halde vükelânın tebdili veya hut müceddeden ve dört ay zarfında intihap ve içtima olunmak üzere Heyeti Meb’usan’ın feshi hukuk-ı padişahî cümlesindedir. Fakat Heyeti cedide-i meb’usan evvelki heyetin reyinde sebat ve ısrar ederse Meclis-i Meb’usan’ın rey ve kararının kabulü mecburî olacaktır”.

Heyet-i Mebusan'da Kanun-ı Esasî'nin 35. maddesine verilen oylara bakıldığında oylamaya 214 milletvekili katılmış, 199 kabul, 15 ret oyu verilmiştir.⁷⁹

Belirtildiği üzere bu maddelerin yanı sıra, Kanun-ı Esasî'nin 43. maddesi de değiştirilip 73. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. 43. madde değişikliğine bakıldığında,⁸⁰ toplantı yılının Kasım başında çağrısız olarak açılacağı kuralına, erteleme kararı varsa, toplantının, ancak erteleme süresinin sonunda, yine çağrısız olarak açılacağı hükmü eklenmektedir. Fesih durumunda, dört ay içinde seçilip toplanacak yeni Meclisin bu toplantısının olağanüstü toplantı sayılacağı ve

⁷⁷ Eroğul, s. 18

⁷⁸ Gözübüyük, s. 31.

⁷⁹ Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi, 11 Haziran 1328 (1912), On Dokuzuncu İnikad, Devre 2, Cilt 1, İçtima Senesi 1, s. 492.

⁸⁰ 1914 yılında yapılan ikinci değişiklik ile 43. madde şu şekilde düzenlenmiştir: “Meclis-i Umûminin iki Heyeti beher sene teşrinî sani iptidasında ve tecil vuku bulmuş ise müddeti teciliyenin inkizasında bilâ-davetin içtima eder ve bâ-irâde-i seniye küşad edilir. Müddeti içtima altı aydır ve bu müddetin hitamında meclis yine bâ-irâde-i seniye kapanır. Bu heyetlerden biri diğerinin bulunmadığı zamanlarda münakit olamaz. Meclis-i Mebusan feshedildiği halde dört ay sonra içtima edecek olan Heyeti cedidenin içtimai bir içtimai fevkalâde hükmünde olup müddeti iki aydır ve kabili temdit olup tecile tâbi değildir ve altmış dokuzuncu maddede muharrer olan dört seneden ibaret müddeti memuriyet i teşrinisani ibtidasında başlar”.

iki ay süreceği belirtilmektedir. Fesih sonrası yapılacak toplantının uzatılabileceği, ancak ertelenemeyeceği düzenlenmektedir. Burada Meclislerin birinin, diğeri bulunmadığı zamanlarda toplanamayacağı kuralının da korunduğunu görmekteyiz.⁸¹

Anayasa değişikliğiyle, 73. madde de yürürlükten kaldırılmıştır.⁸² 1876 Anayasası'nın bu maddesinde, fesih hâlinde yeni Heyet-i Mebusan'ın altı ay içinde yeniden seçilip toplanacağı belirtiliyordu. Ancak 1909'da bu süre üç aya indirilmişti. Dolayısıyla 1914 tarihli ikinci değişikliğin ardından sürenin dört aya çıkarılmasıyla, anayasa hükümleri arasındaki bu çelişki yine kalmıştır.⁸³

SONUÇ

Osmanlı Devleti'nde 1876 Kanun-ı Esasî ile meşruti monarşiye geçilmiştir. Ancak tam anlamıyla bir meşruti monarşi olduğunu söylemenin zor olduğunu belirtebiliriz. Meşruti monarşi gereklerinin esas anlamıyla 1909 tarihli Anayasa değişikliği ile yapıldığını ve parlamenter rejimin temel unsurlarına Anayasa'da yer verildiğini ifade edebiliriz. Klasik parlamenter rejimlerde devlet başkanlarının sahip olduğu fesih yetkisi, yasama ve yürütme organları arasında önemli bir denge işlevi görmektedir. 1876 Kanun-ı Esasî'de Padişaha, 7. maddede gerektiği zaman; 35. maddede ise parlamenter rejimlerde denge unsuru olan, hükümet ve Meclis arasında çıkabilecek uyuşmazlığı çözme amacıyla tanınan fesih yetkisi düzenlenmektedir.

Kanun-ı Esasî'de 1914 yılındaki ikinci değişikliğin de esas olarak Padişahın fesih yetkisine yönelik olduğunu görmekteyiz. 1909 Kanun-ı Esasî değişikliği ile 35. maddeye göre Heyet-i Mebusan'ın Padişah tarafından feshedilmesi oldukça güçleştirilmiştir. 1909 Değişikliği sonrası 35. maddenin işletilebilmesinde işi zorlaştıran hususlar, hükümetin ve Meclisin anlaşamadığı konuda hükümetin istifa etmesi gerekmekte ve yeni kurulan hükümetin de aynı konuda ısrarlı olması; Heyet-i Mebusan'ın bu görüşü tekrar reddetmesi ardından Padişah 7.

⁸¹ Eroğul, s. 18.

⁸² Kanun-ı Esasî'nin 73. maddesi şöyledir: "Ba iradei seniye Heyeti Mebusan feshile dağıtıldığı halde nihayet altı ayda müçtemi olmak üzere umum mebusanın müceddeden intihabına başlanılacaktır".

⁸³ Eroğul, s. 19.

ve 35. maddelerdeki diğer şartlarında gerçekleşmesiyle birlikte Heyet-i Mebusan'ı feshedebilmesidir.

Sait Paşa Hükûmeti, Padişahın, Heyet-i Mebusan'ın fesih yetkisini Anayasa'nın ilk hâline benzer şekilde kolaylaştıran bir Anayasa değişikliği teklifinde bulunmuştur. Bu durum, Heyet-i Mebusan'da ciddi bir muhalefetle karşılaşmıştır. Dolayısıyla 1914 tarihli ikinci değişiklik, farklı ve Heyet-i Mebusan'da oldukça tartışmalı bir anayasa değişikliği sürecini de beraberinde getirmiştir.

1914 tarihli ikinci anayasa değişikliği sürecini ilginç kılan durumlardan biri, Heyet-i Mebusan'ın feshini düzenleyen 7. ve 35. maddelerinin değiştirilmesini, o dönemki Meclis üyeleri kabul ederse, bu durum Heyet-i Mebusan'ın, yani kendilerinin Padişah tarafından kolaylıkla feshedilme yolunun da açılması anlamına gelmekteydi. Eğer kabul etmezlerse ve bu konuda uyuşmazlık çıkarsa o zaman da 35. maddedeki koşullar gerçekleşebilir ve Meclisin feshedilmesi söz konusu olabilirdi.

Kanun-ı Esasî'nin 35. maddesinde Heyet-i Mebusan'ın Padişah tarafından feshedilebilme koşullarına baktığımızda ilk olarak hükümet ile Heyet-i Mebusan arasında bir anlaşmazlık, uyuşmazlık olması gerekmektedir. Sait Paşa Hükûmeti, Heyet-i Mebusan feshini zorlaştıran 35. maddenin değiştirilmesini önererek, feshe ilişkin düzenlemenin kendisini uyuşmazlık konusu yapmış ve ilk koşulu sağlamıştır. Bu anlamda oldukça ilginç bir durumu ortaya çıkarmıştır.

Heyet-i Mebusan'ın 35. maddeye göre feshedilmesinde ikinci koşul ise, hükümet, anlaşmazlık çıkaran konudaki görüşünde ısrar etmeli ve bu görüş Heyet-i Mebusan tarafından reddedilmelidir. Ardından hükümet ya Heyet-i Mebusan'ın kararını kabul edecektir ya da istifa edecektir. Heyet-i Mebusan'da 35. madde değişikliği gündeme gelince muhalif üyeler toplantıya katılmamış; Adından yine aynı değişiklik gündeme alındığında muhalif üyeler tekrar katılmamış ve toplantı çoğunluğu sağlanamamıştır. Sait Paşa Hükûmeti de Heyet-i Mebusan'ın toplanamamasının "iki defa ret" anlamına geldiğini belirterek istifa etmiştir. Bu şekilde maddedeki istifa koşulunun da gerçekleştiği ileri sürülmüştür.

Bir diğer koşula baktığımızda, 35. maddeye göre Meclisle uyuşmazlık sonucu istifa yolunu seçen hükümet; daha önceki hükûmetin

anlaşmazlık hâline düştüğü konuyu yeniden gündeme getirirse ve görüşünde ısrar ederse tekrar Heyet-i Mebusan'ın reddi gerekmektedir. Hükûmet kurma görevi bir kez daha Sait Paşa'ya verilmiş ancak güvenoyu almadan göreve başlaması Heyet-i Mebusan'da tartışmaların daha fazla artmasına sebep olmuştur. Anayasa'nın 35. maddesine göre, son olarak yeni hükûmetin, eski hükûmetin ileri sürdüğü görüşü tekrar gündeme getirip Heyet-i Mebusan tarafından bir kez daha reddedilmesi koşulu yer almaktadır. Bu gerçekleştiğinde artık Padişah, Anayasa'nın 7. maddesinden hareketle Heyet-i Âyanın muvafakatini alarak Heyet-i Mebusan'ı feshetmek için tüm koşullar tamamlanmış olacaktır.

Sait Paşa, Heyet-i Mebusan'da "ısrar hükûmeti" olduğunu belirterek, tekrar benzer uyuşmazlık konusunu gündeme getirmiş ve Heyet-i Mebusan'da kabul edilmemiştir. Bu şekilde Padişah Anayasa'nın 7. ve 35. maddelerinden hareketle Heyet-i Ayan'ın da onayını alarak, Heyet-i Mebusan'ı feshetmiş yeni seçimlere gidilmiştir. Seçimlerin ardından kurulan Heyet-i Mebusan'da 1914 yılında Anayasa değişikliği yapılarak Padişahın fesih yetkisi kolaylaştırılmıştır.

Osmanlı Anayasal gelişiminde 1914 Değişikliği gerek Meclisteki tartışmalar gerekse Heyet-i Mebusan'ın feshi ardından yapılan seçimlerdeki olaylar nedeniyle önemli sonuçları olan bir Anayasa değişikliği süreci olarak karşımıza çıkmaktadır.

1914 tarihli ikinci Anayasa değişikliğinin, Padişahın fesih yetkisi açısından en önemli sonucu, Padişahın, parlamentonun seçimle gelen ve hükûmetin siyasi anlamda sorumlu olduğu Meclis olan Heyet-i Mebusan'ı fesih yetkisini kolaylaştırmasıdır. Parlamenter rejimlerde devlet başkanının parlamentoları kolay feshedebilmesi, yürütme organını, yasama organı karşısında güçlendirebilmekte ve feshin kendisinden beklenen denge unsuru olma özelliğini kaybettirebilmektedir.

Kaynakça

Kitaplar ve Makaleler

Anayurt Ömer, *Anayasa Hukuku (Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku)*, 4. Baskı, Seçkin Yayınları 2022.

Arsel İlhan, *Türk Anayasa Hukuku, Mars Ticaret ve Sanayi A.Ş. Matbaası* 1959.

Arsel İlhan, "Birinci ve İkinci Meşrutiyet Devirlerinde Çift Meclis Sistemi Tecrübesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1953, C. 10, S. 1.

- Başgil Ali Fuad, *Türkiye Siyasî Rejimi ve Anayasa Prensipleri-Mukayeseli Türk Esas Teşkilât Hukuku Dersleri*, Birinci Cilt, Baha Matbaası, İstanbul 1957.
- Dal Kemal, *Türk Esas Teşkilat Hukuku*, Gazi Üniversitesi, Ankara 1984.
- Demirel Hakkı, “Parlamanter Rejim”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1953, C. 10, S. 1.
- Duguit Leon, *Kamu Hukuku Dersleri*, çev. Süheyp Derbil, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1954.
- Eren Abdurrahman, *Anayasa Hukuku Ders Notları (Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku)*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2018.
- Gazel Ahmed Ali, “Osmanlı Devleti’nde Parlamento Fesihleri (1877-1920)”, *Hacettepe Üniversitesi Cumhuriyet Tarihi Araştırmaları Dergisi*, 2022, C. 18, S. 35.
- Gözler Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2018.
- Gözübüyük Şeref, *Açıklamalı Türk Anayasaları*, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.
- Güneş Turan, *Parlamanter Rejimin Bugünkü Mânası ve İşleyişi*, 1. Baskı, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 1956.
- Gürdoğan Burhan, “İkinci Meşrutiyet Devrinde Anayasa Değişiklikleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1959, C. 16, S. 1.
- İba Şeref, “Parlamento Hukukunda Obstrüksiyon ve Giyotin Kavramları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, S. 50, S. 1.
- Karamustafaoğlu Tunçer, *Yasama Meclislerini Fesih Hakkı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1982.
- Kubalı Hüseyin Nail, *Türk Esas Teşkilât Hukuku Dersleri*, Tan Matbaası, İstanbul 1960.
- Meclis-i Mebusan ve Meclis-i Âyan Tutanak Terimleri Sözlüğü, Haz. Hasan Ferhat Aydın ve Özlem Çakır, 1. Baskı, TBMM Basımevi, Ankara 2015.
- Okandan Recai G, “Amme Hukukumuzda Osmanlı Devleti’nin İnkırazına Kadar Parlamentarizm ve Hususiyetleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1947, C. 13, S. 2.
- Okandan Recai G, *Âmme Hukukumuzun Anahatları - Birinci Kitap*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1963.
- Okandan Recai G., “7 Zilhicce 1293 Kanunu Esasisine ve Bunun Muaddel Şekillerine Göre Devlet Başkanının Milletvekilleri Meclisini Fesih Salâhiyeti”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1947, C. 13, S. 3.
- Ölmez, Cansu Büşra, *Devlet Başkanlarının Fesih Yetkisi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- Özçelik Selçuk, *Esas Teşkilât Hukuku Dersleri*, Birinci Cilt, Umumi Esaslar, Fakülte-ler Matbaası 1966.
- Tanör Bülent, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, 36. Baskı, YKY Yayınları, İstanbul 2022.
- Teziç Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul 2015.
- Tunaya Tarık Zafer, *Siyasî Müesseseler ve Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, 1975.

Tunç Hasan/İkinci Ahmet, “Devlet Başkanının Halk Tarafından Seçildiği Ülkelerde Yürütmenin Fesih Yetkisi”, *Anayasa Yargısı*, 2020, C. 37, S. 1.

Tunçay Mete, “1293 Kanun-u Esasinin Son Tadilleri”, Armağan, Kanun-u Esası'nın 100. Yılı, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1978.

İnternet Kaynakları

“1876 Kanun-ı Esasi Metin ve Değişiklik Bilgileri”, <<https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/yetmis-alti-kanuni-esasi-metin-degisiklik>> (Erişim Tarihi: 23.03.2023).

“7 Zilhicce Tarihli Kanun-ı Esası'nın Bazı Mevadd-ı Muaddelesine Dair Kanun” <<https://www.tbmm.gov.tr/files/anayasa/docs/1876/1876-1/1876-1-degisiklik.pdf>>, (Erişim Tarihi: 23.03.2023).

“Kanun-ı Esası'nın 5 Şaban 1327 tarihli 7, 35 ve 43'üncü Mevadd-ı Muaddelesini Muadil Kanun” <<https://www.tbmm.gov.tr/files/anayasa/docs/1876/1876-2/1876-2-degisiklik.pdf>>, (Erişim Tarihi: 23.03.2023).

“Tarih Çevirme Kılavuzu”, <<https://www.ttk.gov.tr/tarih-cevirme-kilavuzu/>>, (Erişim Tarihi: 23.03.2023).

Bulmer Elliot, *Dissolution of Parliament*, International Institute for Democracy and Electoral Assistance (International IDEA), 2017, <<https://www.idea.int/sites/default/files/publications/dissolution-of-parliament-primer.pdf>>, (Erişim Tarihi: 23.03.2023).

Eroğul Cem, “1908 Devrimi'ni İzleyen Anayasa Değişiklikleri”, <<https://cemerogul.files.wordpress.com/2012/03/1908-devrimini-izleyen-anayasa-dec49fic59fiklikleri.pdf>>, (Erişim Tarihi: 23.03.2023).

Gözler Kemal, “Fesih’ ve ‘Seçimlerin Yenilenmesi’ Farklı Kavramlar mı? ‘Cumhurbaşkanının Meclisi Fesih Yetkisi Yoktur’ İddiası Üzerine Bir İnceleme” <<http://www.anayasa.gen.tr/fesih-yenileme.html>> (Konuluş Tarihi: 30.03.2017), (Erişim Tarihi: 23.03.2023).

Tutanaklar

Meclisi Âyan Zabıt Ceridesi, 2 Kânunusâni 1327 (1911), Yirmi İkinci İnikad, Devre 1, Cilt 1, İçtima Senesi 4.

Meclisi Âyan Zabıt Ceridesi, 3 Kânunusâni 1327 (1911), Yirmi Üçüncü İnikad, Devre 1, Cilt 1, İçtima Senesi 4.

Meclisi Âyan Zabıt Ceridesi, 5 Kânunusâni 1327 (1911), Yirmi Dördüncü İnikad, Devre 1, Cilt 1, İçtima Senesi 4.

Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi, 11 Haziran 1328 (1912), On Dokuzuncu İnikad, Devre 2, Cilt 1, İçtima Senesi 1.

Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi, 20 Nisan 1325, Altmışbeşinci İnikad, Devre 1, Cilt 3, İçtima Senesi 1.

Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi, 21 Kânunuevvel 1327 (1911), Otuz Birinci İnikad, Devre 1, Cilt 2, İçtima Senesi 4.

Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi, 3 Kânunuevvel 1327 (1911), Yirmi Beşinci İnikad, Devre 1, Cilt 2, İçtima Senesi 4.

Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi, 31 Kânunuevvel 1327 (1911), Otuzyedinci İnikad, Devre 1, Cilt 2, İçtima Senesi 4.

102 1876 Kanun-ı Esasî'de Yapılan 1914 Tarihli İkinci Değişiklik: Amacı, Meclis Görüşmeleri ve Fesih Yetkisi Bakımından Sonuçları

Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi, 5 Mayıs 1328 (1912), Altıncı İnikad, Devre 2, Cilt 1, İçtima Senesi 2.

Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi, 9 Haziran 1328 (1912), On Sekizinci İnikad, Devre 2, Cilt 1, İçtima Senesi 1.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, 23.3.1340, On Dokuzuncu İçtima, Cilt 7/1, Devre 2, İçtima Senesi 2.

SEÇİM KANUNU'NDA 2022 YILINDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİN 2023 YILI MİLLETVEKİLİ SEÇİMLERİNE ETKİLERİ*

THE EFFECTS OF THE AMENDMENTS MADE TO THE ELECTION LAW IN 2022 ON THE 2023 PARLIAMENTARY ELECTIONS

Abdülkadir ÖZDEMİR**

Özet: Türkiye’de 1923-1961 yılları arasında yapılan tüm seçimlerde çoğunluk sistemi, 1961 seçimleri ve sonrasında ise nispi temsil sisteminin farklı türevleri uygulanmıştır. Bazen temsilde adaleti veya istikrarı artırmak; bazen de iktidarlar tarafından seçimleri kendi lehlerine sonuçlandırmak amacıyla seçim sistemlerinde değişiklikler yapılmaktadır. Türkiye’de seçim sistemindeki en son değişiklik 2022 yılında, 7393 sayılı Kanun’la yapılmıştır. 2018 yılı milletvekilliği seçimlerinde temsilde adaletsizliğe neden olduğu iddia edilen bazı kanun maddeleri, 7393 sayılı Kanun’la kaldırılmış, Kanun’un yürürlüğe girmesiyle birlikte 2023 yılı milletvekilliği seçimlerinde, siyasi partilerin kazandıkları milletvekillikleri, dahil oldukları ittifakın toplam oyuna bakılmaksızın belirlenmiştir. İttifak oyları sadece ittifaka dahil olan partilerin barajı aşmış olmasıyla belirlenmesinde etkili olmuştur. Bir başka ifadeyle herhangi bir ittifakın toplam oyu en az %7 oranında ise ittifaktaki tüm siyasi partilerin barajı aştığı kabul edilmiştir. Bu sayede, bazı siyasi partiler 2023 yılı milletvekilliği seçimlerinde ülke geneli seçim barajını aşamamalarına rağmen, dahil oldukları ittifaklar sayesinde milletvekilliği kazanabilmiştir. AK Parti ve Milliyetçi Hareket Partisi’nin teklifiyle ve desteğiyle seçim sisteminde değişiklik yapan bu kanun meclis tarafından kabul edilmiş; ancak kanun değişikliği muhalefet partileri tarafından eleştirilmiştir. Muhalefet bu kanun değişikliğinin büyük partilere avantaj sağlayacağını ileri sürmüş olsa da değişikliğin hangi partilere avantaj sağladığını tespit etmek için 2023 yılı seçim sonuçlarını hem eski sisteme hem de yeni sisteme göre analiz etmek gerekmektedir. Bu çalışmanın amacı da 2022 yılında yapılan seçim kanunu değişikliğinin 2023 yılı milletvekilliği seçim sonuçları üzerindeki etkilerini tespit etmektir. Üç ana başlıktan oluşan bu çalışma, “2022 yılında seçim kanununun değişmesi, partilerin kazandıkları milletvekili sayılarını ne kadar etkiledi?” sorusuna da cevap vermektedir.

* Bu yazının araştırma ve yayın etiğine uygun olduğunu beyan ederim.

** Dr. Öğr. Üyesi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Tercan Meslek Yüksekokulu, aozdemir@erzincan.edu.tr ORCID: 0000-0002-7306-6196, Makalenin Gönderim Tarihi: 12.08.2023, Kabul Tarihi: 25.08.2023

Anahtar Kelimeler: Türk Siyasal Hayatı, Seçim Kanunu, Seçim İttifakları

ABSTRACT

While majority system was used in all elections held in Turkey between 1923-1961, various versions of the proportional representation system were applied in the 1961 elections and onwards. Changes are sometimes made in the electoral systems in order to increase representation justice or stability and sometimes governments introduce changes in order to hold the elections in line with their benefit. One of these changes made recently in Turkey is the amendments made to the electoral system in 2022 with Law numbered 7393. Some articles of the law, which were claimed to have caused injustice in representation in the 2018 parliamentary elections, were abolished by Law numbered 7393, and as the law took effect, the deputies of the political parties in the 2023 parliamentary elections were selected regardless of the total vote of the alliance they were a part of. Alliance votes had an effect only on whether the parties included in the alliance crossed the threshold or not. That is, if the total vote of any alliance is 7% and above of the total votes, it is accepted that all political parties in the alliance have passed the election threshold. Thus, although some political parties could not pass the election threshold across the country in the 2023 parliamentary elections, they were able to win seats in the parliament due to the votes of the alliances they were engaged in. This law, which introduced changes to the election system with the proposal and support of the Justice and Development Party and the Nationalist Movement Party, was adopted by the parliament; however, the amendments made to the law were met with the criticisms of the opposition parties. The opposition parties have claimed that these amendments to the law will provide an advantage to big parties; nevertheless, the election results of 2023 should be analyzed both in terms of the old system and the new system so that it can be determined which parties have benefited from the amendments. The aim of this study is to determine the effects of the election law amendments made in 2022 on the results of the 2023 parliamentary elections. This study, which consists of three main titles, answer to the question "How much did the amendments made to the election law in 2022 affect the number of deputies won by the parties?"

Keywords: Turkish Political Life, Election Law, Electoral Alliances

GİRİŞ

Bir ülkede demokrasinin olup olmadığının ilk göstergesi, o ülkede belirli aralıklarla ve evrensel seçim kurallarıyla seçimlerin yapılıp yapılmadığıdır. Seçmenler, seçimler aracılığıyla gerek yerel yönetimlerde gerekse merkezi yönetimde ve yasamada kendilerini temsil edecek kişileri belirlemektedirler. Seçmenler tarafından kullanılan oyların tem-

sile dönüşümünün hesaplanması farklı seçim sistemleriyle mümkün olmaktadır. Bu sistemler çoğunluk sistemi ve nispi temsil sistemidir. Hem çoğunluk hem de nispi temsil sisteminin bazı özelliklerini içeren sistemler ise karma sistemlerdir.¹

Dünyada uygulanan seçim sistemlerinin tamamı çoğunluk sistemi ve nispi temsil sisteminin farklı türevleriyle çeşitlenmektedir. Örneğin gerek çoğunluk gerekse nispi temsil sistemlerinde kimi ülkelerde temsil hakkı kazanabilmek için seçim barajları uygulanırken, kimi ülkelerde seçim barajlarının uygulanmadığını görebilmek mümkündür.

Türkiye'nin genel seçim tarihine bakıldığında 1923-1960 yılları arasında çoğunluk sistemi; 1961 seçimlerinden 2023 seçimlerine kadar nispi temsil sisteminin farklı türevlerinin uygulandığı görülmektedir. Nispi temsil sisteminin farklı türevleri 1965, 1969, 1973, 1977 yıllarında yapılan milletvekilliği seçimlerinde seçim barajı olmadan uygulanmışken; bu dört seçim haricindeki tüm genel seçimlerde seçim barajlı nispi temsil sistemleri kullanılmıştır.² 1961 genel seçimlerinde seçim çevresi barajlı D'hondt sistemi, 1983 genel seçimlerinde hem ülke genelinde hem seçim çevrelerinde seçim barajının uygulandığı çift barajlı D'hondt sistemi, 1987 ve 1991 genel seçimlerinde çift barajlı D'hondt + kontenjan sistemi, 1995 genel seçimleri ve sonrasında ise ülke barajlı D'hondt sistemi uygulanmıştır.³

Seçim sistemleri, sistemin uygulandığı ülkenin siyasal sistemini birçok yönüyle etkilemektedir.⁴ Siyasi partilerin ittifak kurma isteği veya ittifak kurmaya mecbur kalması seçim sistemlerinin siyasal partiler üzerindeki etkilerinden sadece biridir. Siyasi partiler, sistemin dezavantajlı yönlerini bertaraf etmek veya daha fazla milletvekilliği kazanabilmek amacıyla ittifaklar kurabilmekte veya bir ittifaka dahil olabilmektedirler. Seçim ittifakları Türkiye'ye özgü bir uygulama olmayıp, Dünyanın farklı ülkelerinde de seçim ittifakı uygulamalarını

¹ Hikmet Sami Türk, "Demokratik Rejim ve Seçim Sistemleri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.117, 2015, s. 420.

² Mehmet Öznur Alkan, "Türkiye'de Seçim Sistemi Tercihinin Misyon Boyutu ve Demokratik Gelişime Etkileri", *Anayasa Yargısı*, S. 22, C. 1, 2006, s. 152.

³ Çağrı Çolak, "Seçim İttifakı Sisteminin 2018 Milletvekilliği Genel Seçimlerine Etkisi", *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi*, C. 15, S. 2, 2020, s. 721.

⁴ Ali Akyıldız, "Demokrasinin Sayılarla Sınırı: Seçim Sistemleri", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 7, 2016, s. 127. Ergun Özbudun, "Seçim Sistemleri ve Türkiye", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 44, S. 1, 1995, s. 521.

görebilmek mümkündür.⁵ Örneğin Avustralya'da 1946-1998 yılları arasında yapılan 22 seçimin tamamında seçim öncesi ittifaklar kurulmuştur.⁶

Türkiye'de seçim ittifakları 2018 yılına kadar, zaman zaman fiili olarak uygulanmış olsa da,⁷ ittifakların hukuki bir nitelik kazanması 2018 yılında, 7012 sayılı kanunun yürürlüğe girmesiyle olmuştur.⁸ Bir başka ifadeyle, Türk siyasal hayatında siyasi partiler hem kurumsal hem de yasal olarak ilk kez 2018 yılı milletvekilliği ve Cumhurbaşkanlığı seçimlerine ittifak blokları halinde katılmışlardır.⁹ Hem 2018 hem de 2023 milletvekilliği seçimlerinde "ittifak tercihlî" D'hondt sistemi uygulanmıştır. İttifak tercihlî olarak nitelendirilme nedeni, siyasi partilerin herhangi bir ittifaka dahil olup olmama konusunda serbest olmalarıdır. Türk siyasal tarihinde seçimlerde ittifak yapmanın yasak olduğu dönemler de olmuştur.¹⁰

D'hondt sisteminde, siyasi partilerin seçim çevrelerinde aldıkları oylar, söz konusu seçim çevresini temsil edecek milletvekili sayısına kadar bölünmekte ve partilerin kazandığı milletvekilliği sayısı, bölme işlemi sonucunda elde edilen sayılara göre belirlenmektedir.¹¹ Ülke geneli seçim barajının uygulandığı durumda, belirlenen baraj oranında oy alamayan siyasi partiler hiçbir seçim çevresinden milletvekilliği kazanamazken, seçim çevresi barajının uygulandığı durumda, bir seçim çevresinden milletvekilliği kazanılabilmeyen ön şartı, söz konusu seçim çevresinde, belirlenen baraj oranında oy almaktır. Çift barajlı

⁵ Raimondas Ibenskas, "Understanding Pre-electoral Coalitions in Central and Eastern Europe", *British Journal of Political Science*, S. 46, 2015, s. 752.

⁶ Sona N. Golder, "Pre-electoral Coalitions in Comparative Perspective: A Test of Existing Hypotheses", *Electoral Studies*, V. 24, I. 4, 2005, s. 661.

⁷ Özhan Demirkol ve Aslıhan Çoban Balcı, "Türkiye'de Seçim İttifakları: 1950-2018", *Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, C. 22, S. 2, 2021, s. 361.

⁸ Adnan Küçük ve Yasin Aydoğdu, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Milletvekili Seçim Sistemi Önerileri", *Liberal Düşünce Dergisi*, C. 23, S. 90, 2018, s. 28; "Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun", Kanun Numarası: 7012, Kabul Tarihi: 13.03.2018, Resmî Gazete Tarihi: 16.03.2018, Yayımlandığı Resmî Gazete Sayısı: 30362.

⁹ Nebi Miş, "Yeni Siyasal Sistemin İlk Seçimleri ve Sonuçlarının Karşılaştırmalı Analizi", *Muhafazakâr Düşünce*, C. 15, S. 3, 2018, s. 325.

¹⁰ Alkan, s. 150.

¹¹ Michael Gallagher, "Proportionality, Disproportionality and Electoral Systems", *Electoral Studies*, V. 10, I. 1, 1991, 34.

sistemlerde ise bir siyasi partinin bir seçim çevresinden milletvekilliği kazanabilmesi için hem ülke genelinde hem de ilgili seçim çevresinde seçim barajı oranında oy alabilmesi gerekmektedir. Ancak hem ülke genelinde hem de herhangi bir seçim çevresinde seçim barajını aşan bir siyasi partinin ilgili seçim çevresinde milletvekilliği kazanacağı da kesin değildir.

İttifaklı seçimlerde oyların milletvekilliklerine dönüşümünde farklı uygulamalar tercih edilebilmektedir. Örneğin 2018 ve 2023 yıllarında yapılan seçimlerde oyların milletvekilliğine dönüşümünde farklı yöntemler uygulanmıştır. Tablo 1 ve Tablo 2 yardımıyla ittifaklı ve ittifaksız sistemlerin nasıl uygulandığı örnek simülasyonlarla gösterilmiştir.

Tablo 1’de gösterilen simülasyonla ülke barajlı D’hondt sistemi örneklendirilmiştir. Bu örnekte yer alan siyasi partiler arasında E ve F partilerinin ülke geneli seçim barajı oranında oy alamadığı ve örnekteki seçim bölgesinin 7 milletvekili ile temsil edildiği varsayılmıştır.

Tablo 1: İttifaksız D’hondt seçim sistemi için örnek simülasyon

	A PARTİSİ	B PARTİSİ	C PARTİSİ	D PARTİSİ	E PARTİSİ	F PARTİSİ
Alınan oy/1	240000	160000	100000	55000	180000	80000
Alınan oy/2	120000	80000	50000	27500	90000	40000
Alınan oy/3	80000	53333	33333	18333	60000	26667
Alınan oy/4	60000	40000	25000	13750	45000	20000
Alınan oy/5	48000	32000	20000	11000	36000	16000
Alınan oy/6	40000	26667	16667	9167	30000	13333
Alınan oy/7	34286	22857	14286	7857	25714	11429
Kazanılan Milletvekilliği Sayısı	4	2	1	0	0	0

Tablo 1’de gösterilen örnekte partilerin aldıkları oylar 1’e, 2’ye, 3’e, 4’e, 5’e, 6’ya ve 7’ye bölünmüştür. Bu bölümler sonucunda elde edilen en yüksek yedi sayı koyu renkle gösterilmiştir. E ve F Partilerinin ülke geneli seçim barajını aşamadıkları varsayıldığı için, bu partiler milletvekilliklerinin bölüşümüne katılamamış ve milletvekilliği kazanamamışlardır. D partisi ise ülke genelinde seçim barajını aşıya dahi

D'hondt sisteminin kuralı gereği (oy sayılarının 7'ye kadar bölümünde herhangi bir üstünlük sağlayamadığı için) örnekteki seçim çevresinde milletvekilliği kazanamamıştır.

2018 yılında yapılan milletvekilliği seçimlerinde ittifaklı D'hondt sistemi uygulanmış ve herhangi bir ittifaka dahil olan tüm siyasi partiler, ittifakın ülke geneli seçim barajını aşması halinde seçim barajını aşmış olarak kabul edilmiştir. Ayrıca her bir seçim çevresinde ittifakların aldıkları oy miktarına göre, milletvekillikleri D'hondt sistemiyle önce ittifaklara ardından da ittifakı oluşturan siyasi partilere dağıtılmıştır.¹² Tablo 1'deki simülasyonda yer alan oy sayıları hiç değiştirilmeden, Tablo 2'de ittifaklı bir simülasyon gösterilmiştir. Bu simülasyonda A, B, C partileri 1. ittifak; D, E, F partileri ise 2. ittifak olarak gruplandırılmış ve iki ittifakın da ülke geneli seçim barajını aştığı varsayılmıştır.

Tablo 2: 2018 yılında uygulanan seçim kuralları doğrultusunda ittifaklı D'hondt seçim sistemi için örnek simülasyon

	1. İTTİFAK				2. İTTİFAK			
	A Partisi	B Partisi	C Partisi	1. İttifakın Toplam Oyu	D Partisi	E Partisi	F Partisi	2. İttifak'ın Toplam Oyu
Alınan oy/1	240000	160000	100000	500000	55000	180000	75000	310000
Alınan oy/2	120000	80000	50000	250000	27500	90000	37500	155000
Alınan oy/3	80000	53333	33333	166667	18333	60000	25000	103333
Alınan oy/4	60000	40000	25000	125000	13750	45000	18750	77500
Alınan oy/5	48000	32000	20000	100000	11000	36000	15000	62000
Alınan oy/6	40000	26667	16667	83333	9167	30000	12500	51667
Alınan oy/7	34286	22857	14286	71429	7857	25714	10714	44286
Kazanılan Milletvekilliği Sayısı	2	1	1	4	0	2	1	3

D'hondt sisteminin ittifaklı olarak uygulanması ve seçim çevrelerindeki milletvekilliklerinin öncelikle ittifaklar arasında, ardından da ittifakı oluşturan siyasi partiler arasında dağıtılması durumunda Tablo 2'deki simülasyona göre 1. ittifak 4; 2. ittifak ise 3 milletvekilliği

¹² Çolak, s. 728.

kazanmıştır. Ardından ise ittifakların kazandığı milletvekillikleri ittifakları oluşturan partilere dağıtılmıştır. Kazanılan milletvekilliklerine denk gelen sayılar koyu renkle gösterilmiştir.

Böyle bir örnekte iki husus dikkat çekmektedir. Bunlardan birincisi, E ve F partilerinin ülke genelinde seçim barajını aşamamış olmalarına rağmen ittifaklı sistem sayesinde milletvekilliği kazanabilmiş olmalarıdır. Dikkat çeken diğer husus ise, F partisi 75000 oyla bir milletvekili kazanabilmişken, B partisinin oyunun ikiye bölümü 80000 olmasına rağmen B Partisinin 2. milletvekillini çıkarmaya hak kazanamamış olmasıdır. Bu örnekte görülebileceği gibi D'hondt sisteminin ittifaklı olarak uygulanması temsilde adaletsizliklere yol açabilmektedir.

2018 yılı genel seçimlerinde uygulanan hesaplama yönteminin temsilde adaletsizliklere yol açtığı gerekçesiyle, 2022 yılında, oyların temsile dönüşümü ile ilgili bazı sistemsel değişiklikler yapılmış ve bu değişiklikler 2023 yılı seçimlerinde uygulanmıştır. 14 Mayıs 2023 tarihinde yapılan seçimlerde ittifaklı D'hondt sistemi uygulansa da oyların milletvekilliklerine dönüşümünün hesaplanma yöntemi 2018 yılında yapılan seçimlerden farklı olmuştur. 2018 yılı milletvekilliği seçimlerinde alınan oyların milletvekilliğine dönüşmesinde ilk olarak ittifakların kazandıkları milletvekillikleri belirlenmekte, ikinci aşamada ise bu milletvekillikleri ittifakları oluşturan partiler arasında dağıtılmaktaydı.¹³ 2023 yılındaki seçimlerde ise milletvekilliklerinin partilere bölüştürülmesinde ittifakların aldıkları oylar değil her bir siyasi partinin aldığı oy ayrı ayrı dikkate alınmıştır.

Yapılan değişikliklerin analizi ve bu değişikliklerin 2023 seçimlerine olan etkileri bu çalışmanın ana konusunu oluşturmaktadır. Sistem değişikliğinin, partilerin kazandıkları milletvekillikleri sayılarına etkilerini ölçebilmek için öncelikle 2023 yılı seçim sonuçlarına göre iller bazında milletvekili dağılımları hesaplanmış ve hesaplama sonucunda elde edilen sonuçlar Yüksek Seçim Kurulu (YSK) tarafın-

¹³ Yetkin Çınar ve Türkmen Göksel, "21 Şubat 2018'de Teklif Edilen İttifaklı d'Hondt Sistemine Göre Seçim Simülasyonları" 2018, s. 3. Erişim için: https://www.tepav.org.tr/upload/files/1520064504-6.21_Subat_2018_de_Teklif_Edilen_Ittifakli_d_Hondt_Sistemine_gore_Secim_Simulasyonlari.pdf Erişim Tarihi: 22.05.2023

dan ilan edilen resmi verilerle karşılaştırılarak hesaplamaların sağlanması yapılmıştır. İkinci aşamada ise “2022 yılında sistem değişmeseydi siyasi partilerin ve ittifakların kazandıkları milletvekillikleri sayıları değişir miydi?” sorusuna cevap verebilmek için, 2023 genel seçimlerindeki geçerli oyların milletvekilliklerine dönüşümü eski sisteme, yani 2018 yılında uygulanan kurallara göre hesaplanmıştır. Bu hesaplama yapılırken YSK tarafından ilan edilen oy sayıları, yurtdışı oyları da dikkate alınarak, 81 il ve 87 seçim bölgesi için hem eski sisteme hem de yeni sisteme göre tek tek işlenmiştir. Bir sonraki aşamada, hangi seçim çevresinde hangi siyasi parti ve ittifakın kazançlı veya dezavantajlı olduğu belirlenmiştir. Son aşamada ise yeni sistemin hangi siyasi parti ve ittifaklar için ne kadar avantaj sağladığı ve ne kadar dezavantaja neden olduğu tespit edilmiştir.

Çalışmanın ilk başlığında seçim sisteminde 2022 yılında yapılan değişiklikler, ikinci başlığında sistem değişikliğinin iller bazında milletvekilliklerinin partiler arasındaki dağılımına etkisi (partilerin yeni sistemden kaynaklanan kazanç ve kayıpları), son başlığında ise ittifak ve ortak listelerle seçime katılmanın amaçları ve sonuçları analiz edilmiştir.

I. SEÇİM KANUNU'NDA 2022 YILINDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİN SEÇİM SİSTEMİNE GETİRDİĞİ YENİLİKLER

2839 sayılı Milletvekili Seçim Kanunu 10.06.1983 tarihinde kabul edilmiş ve 13.06.1983 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.¹⁴ Bu kanun yıllar boyunca çeşitli değişikliklere uğramıştır. Kanun üzerinde yapılan son değişiklik ise 7393 sayılı Kanun’la olmuş, 2839 sayılı Milletvekili Seçim Kanunu’nda değişiklik yapan bu kanun 31.03.2022 tarihinde kabul edilmiş ve 06.04.2022 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.¹⁵ 2839 sayılı Milletvekili Seçim Kanunu’nda 2022 yılında yapılan değişikliklerin bazıları doğrudan milletvekilliklerinin belirlenmesi yani seçim sistemiyle ala-

¹⁴ “Milletvekili Seçim Kanunu”, Kanun Numarası: 2839, Kabul Tarihi: 10.06.1983, Resmî Gazete Tarihi: 13.06.1983, Yayımlandığı Resmî Gazete Sayısı: 18076.

¹⁵ “Milletvekili Seçimi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, Kanun Numarası: 7393, Kabul Tarihi: 31.03.2022, Resmî Gazete Tarihi: 06.04.2022, Yayımlandığı Resmî Gazete Sayısı: 31801.

kaliyken, bazıları seçim sistemiyle alakalı olmayan, seçimlerin düzeni ve seçimlerde uygulanacak olan kuralları belirleyen değişiklikler olmuştur. Özellikle şunu belirtmek gerekir ki; bu kanun değişikliğiyle, 1961 seçimlerinden günümüze kadar uygulanan nispi temsil sisteminde vazgeçilmemiş, oyların milletvekilliğine dönüşümündeki bazı yöntemler değiştirilmiştir.

Bu kanun değişikliğiyle birlikte bir siyasi partinin veya ittifakın milletvekilliği kazanabilmesi için gerekli olan oy oranı bir başka ifadeyle “seçim barajı” %10’dan %7’ye düşürülmüştür. Geçerli oyların temsile dönüşümünü etkileyen bir diğer değişiklik ise herhangi bir seçim çevresinde siyasi partilerin milletvekilliği kazanabilmesindeki hesaplama yöntemidir, yani oyların milletvekilliğine dönüşümünün nasıl olacağıyla ilgilidir.

Türkiye’de 2018 yılı milletvekilliği seçimlerinde oyların milletvekilliklerine dönüşümünde, her bir seçim çevresinde öncelikle ittifakların ve herhangi bir ittifaka dahil olmayan partilerin kaç milletvekilliği kazandığı belirlenmekte; ardından ise ittifak olarak kazanılan milletvekillikleri ittifak içerisindeki siyasi partiler arasında bölüşülmekteydi. Bir seçim bölgesinde ittifaklar (Cumhur İttifakı ve Millet İttifakı) ve barajı aşan siyasi partinin (Halkların Demokratik Partisi’nin) kaç milletvekilliği kazandığı belirlendikten sonra Cumhur ve Millet İttifaklarının kazandıkları milletvekillikleri ittifakı oluşturan partilere dağıtılmaktaydı.

2018 yılında Türkiye’de %10 barajlı D’Hondt seçim sistemi uygulanmakta ve herhangi bir ittifaka dahil olan siyasi partiler, ittifakın ülke genelinde %10 seçim barajını aşması halinde, seçim barajını aşmış sayılmaktaydı. Bu durumda 2018 milletvekilliği seçimlerine katılan siyasi partilerden Adalet ve Kalkınma Partisi (AKP), Milliyetçi Hareket Partisi (MHP), Cumhuriyet Halk Partisi (CHP), İyi Parti (İYİP), Saadet Partisi (SP) ve Halkların Demokratik Partisi (HDP) seçim barajını aşabilmişti (İYİP ve SP ülke geneli %10’luk seçim barajını aşamamış olsalar da dahil oldukları ittifak seçim barajını aştığı için barajı aşmış olarak kabul edilmişlerdi). Her bir seçim çevresinde, herhangi bir ittifaka dahil olmadığı halde yeterli oyu alan siyasi partiler de milletvekilliği kazanabilmişti. 2018 yılı milletvekilliği seçimlerinde uygulanan sistemi daha somut bir şekilde ifade edebilmek adına, Tablo 3’te 2018 yılı

seçimlerinde İstanbul 1. bölge seçim çevresindeki geçerli oyların milletvekilliklerine nasıl dağıtıldığı örnek olarak gösterilmiş, siyasi partilerin almış oldukları oylar (çevre oyu ve yurtdışı oylarının toplamı) ve her siyasi partinin kazandığı milletvekili sayısı tabloya yansıtılmıştır.

Tablo 3: 2018 yılı milletvekilliği seçimleri, İstanbul 1. bölge seçim sonuçları

	Cumhur İttifakı			Millet İttifakı				HDP
	AKP	MHP	İttifakın Toplam Oyu	CHP	İYİP	SP	İttifakın Toplam Oyu	
Alınan Oy/1	1432502	283016	1715518	997889	282001	53545	1333435	390752
Alınan Oy/2	716251	141508	857759	498945	141001	26773	666718	195376
Alınan Oy/3	477501	94339	571839	332630	94000	17848	444478	130251
Alınan Oy/4	358126	70754	428880	249472	70500	13386	333359	97688
Alınan Oy/5	286500	56603	343104	199578	56400	10709	266687	78150
Alınan Oy/6	238750	47169	285920	166315	47000	8924	222239	65125
Alınan Oy/7	204643	40431	245074	142556	40286	7649	190491	55822
Alınan Oy/8	179063	35377	214440	124736	35250	6693	166679	48844
Alınan Oy/9	159167	31446	190613	110877	31333	5949	148159	43417
Alınan Oy/10	143250	28302	171552	99789	28200	5355	133344	39075
Alınan Oy/11	130227	25729	155956	90717	25636	4868	121221	35523
Alınan Oy/12	119375	23585	142960	83157	23500	4462	111120	32563
Alınan Oy/13	110192	21770	131963	76761	21692	4119	102572	30058
Alınan Oy/14	102322	20215	122537	71278	20143	3825	95245	27911
Alınan Oy/15	95500	18868	114368	66526	18800	3570	88896	26050
Alınan Oy/16	89531	17689	107220	62368	17625	3347	83340	24422
Alınan Oy/17	84265	16648	100913	58699	16588	3150	78437	22985
Alınan Oy/18	79583	15723	95307	55438	15667	2975	74080	21708
Alınan Oy/19	75395	14896	90290	52520	14842	2818	70181	20566
Alınan Oy/20	71625	14151	85776	49894	14100	2677	66672	19538
Kazanılan Milletvekilliği Sayısı	15	3	18	10	3	0	13	4

Tablo 1'den görülebileceği gibi ittifakların aldıkları oylar sonucunda, seçim çevresinin milletvekillikleri önce ittifaklar ve ülke geneli se-

çim barajını aşan siyasi parti (HDP) arasında; ardından da ittifakların kazandığı milletvekillikleri ittifakı oluşturan siyasi partiler arasında bölüştürülmüştür. Alınan oyların milletvekilliklerine dönüşümünde ittifakların oy toplamları değil de her siyasi partinin aldığı oy ayrı ayrı hesaplanmış olsaydı da siyasi partilerin kazanacakları milletvekillikleri sayısı değişmemiş olacaktı. Bu iddianın ispatı Tablo 4'te gösterilmiştir.

Tablo 4: 2018 yılı milletvekilliği seçimleri, İstanbul 1. bölge seçim sonuçları (İttifaksız simülasyon)

	Cumhur İttifakı		Millet İttifakı			HDP
	AKP	MHP	CHP	İYİP	SP	
Alınan Oy/1	1432502	283016	997889	282001	53545	390752
Alınan Oy/2	716251	141508	498945	141001	26773	195376
Alınan Oy/3	477501	94339	332630	94000	17848	130251
Alınan Oy/4	358126	70754	249472	70500	13386	97688
Alınan Oy/5	286500	56603	199578	56400	10709	78150
Alınan Oy/6	238750	47169	166315	47000	8924	65125
Alınan Oy/7	204643	40431	142556	40286	7649	55822
Alınan Oy/8	179063	35377	124736	35250	6693	48844
Alınan Oy/9	159167	31446	110877	31333	5949	43417
Alınan Oy/10	143250	28302	99789	28200	5355	39075
Alınan Oy/11	130227	25729	90717	25636	4868	35523
Alınan Oy/12	119375	23585	83157	23500	4462	32563
Alınan Oy/13	110192	21770	76761	21692	4119	30058
Alınan Oy/14	102322	20215	71278	20143	3825	27911
Alınan Oy/15	95500	18868	66526	18800	3570	26050
Alınan Oy/16	89531	17689	62368	17625	3347	24422
Alınan Oy/17	84265	16648	58699	16588	3150	22985
Alınan Oy/18	79583	15723	55438	15667	2975	21708
Alınan Oy/19	75395	14896	52520	14842	2818	20566
Alınan Oy/20	71625	14151	49894	14100	2677	19538
Kazanılan Milletvekilliği Sayısı	15	3	10	3	0	4

İstanbul 1. Bölge özelinde her iki hesaplama yönteminde de partilerin kazanmış oldukları milletvekili sayıları değişmemiş olsa da bazı

illerde, geçerli oyların milletvekilliğine dönüşümünde daha fazla oy alan bazı siyasi partilerin dezavantajlı olduğu durumlar da söz konusu olmuştur. Örneğin Tablo 5'ten görülebileceği gibi Elâzığ ili seçim çevresinde 2018 yılı milletvekilliği seçimlerinde MHP 47558 oy, CHP 37751 oy almış; ittifak toplam oyu sayesinde CHP milletvekilliği kazanabilmişken MHP milletvekilliği kazanamamıştır.

Tablo 5: 2018 yılı milletvekilliği seçimleri, Elâzığ ili seçim sonuçları

	Cumhur İttifakı			Millet İttifakı				HDP
	AKP	MHP	İttifakın Toplam Oyu	CHP	İYİP	SP	İttifakın Toplam Oyu	
Alınan Oy/1	191626	47558	239184	37751	26987	6199	70937	35460
Alınan Oy/2	95813	23779	119592	18876	13494	3100	35469	17730
Alınan Oy/3	63875	15853	79728	12584	8996	2066	23646	11820
Alınan Oy/4	47907	11890	59796	9438	6747	1550	17734	8865
Alınan Oy/5	38325	9512	47837	7550	5397	1240	14187	7092
Kazanılan Milletvekilliği Sayısı	4	0	4	1	0	0	1	0

Benzer bir durum Erzurum ilinde de yaşanmıştır. 2018 yılı milletvekilliği seçimlerinde Erzurum ilindeki seçim sonuçları Tablo 6'da gösterilmiştir. Tablo 6'da görülebileceği gibi, HDP, İYİP'ten daha fazla oy alabildiği halde hiçbir milletvekilliği kazanamazken, İYİP ittifak toplam oyu sayesinde bir milletvekilliği kazanabilmiştir.

Tablo 6: 2018 yılı milletvekilliği seçimleri, Erzurum ili seçim sonuçları

	Cumhur İttifakı			Millet İttifakı				HDP
	AKP	MHP	İttifakın Toplam Oyu	CHP	İYİP	SP	İttifakın Toplam Oyu	
Alınan Oy/1	238941	80780	319721	19280	35504	7689	62473	52151
Alınan Oy/2	119471	40390	159861	9640	17752	3845	31237	26076
Alınan Oy/3	79647	26927	106574	6427	11835	2563	20824	17384
Alınan Oy/4	59735	20195	79930	4820	8876	1922	15618	13038
Alınan Oy/5	47788	16156	63944	3856	7101	1538	12495	10430
Alınan Oy/6	39824	13463	53287	3213	5917	1282	10412	8692
Kazanılan Milletvekilliği Sayısı	4	1	5	0	1	0	1	0

Bazı seçim çevrelerinde yaşanan ve temsilde adaletsizliğe neden olan bu durumun daha sonraki seçimlerde yaşanmaması amacıyla seçim kanununda 2022 yılında bir değişiklik yapılmıştır. Seçim kanununda 2022 yılında yapılan değişiklikle birlikte, 2023 yılı milletvekilliği genel seçimlerinde, oyların milletvekilliklerine dönüşümünde ittifakların toplam oylarına bakılmaksızın her siyasi parti, aldığı oya göre temsil hakkı kazanabilmiştir. İttifakların, oy potansiyeli az olan “küçük partiler” için tek avantajı, ülke geneli seçim barajı hesaplanmasında, ittifakın toplam oyunun ülke genelinde %7’yi aşması durumunda, ittifaktaki tüm siyasi partilerin ülke geneli seçim barajını aşmış olarak kabul edilmesidir. Örneğin Cumhuriyet İttifakına dahil olan Büyük Birlik Partisi (BBP) ve Yeniden Refah Partisi (YRP) ile Emek ve Özgürlük İttifakına dahil olan Türkiye İşçi Partisi (TİP) ülke genelinde %7 oranında oy alamamalarına rağmen, dahil oldukları ittifaklar ülke genelinde seçim barajını aştığı için, aldıkları oyların milletvekilliklerine dönüşümü hesaplamasında ülke geneli seçim barajını aşmış olarak kabul edilmişlerdir. İttifaklar sayesinde YRP ve TİP milletvekilliği kazanabilmişken, BBP hiçbir seçim çevresinde milletvekilliği kazanabilecek kadar oy alamadığı için milletvekilliğine sahip olamamıştır. Cumhuriyet İttifakı, Millet İttifakı ve Emek ve Özgürlük İttifakı çatısı altında kendi aday listeleriyle seçimlere katılan 8 siyasi partiden 7’si milletvekilliği kazanabilirken sadece BBP milletvekilliği kazanamamıştır. 2023 seçimlerinde siyasi partilerin kazandıkları milletvekillikleri Tablo 7’de gösterilmiştir.

Tablo 7: 2023 seçimlerinde siyasi partilerin ve ittifakların kazandıkları milletvekilliği sayıları

İttifak Adı	Siyasi Parti	Kazanılan Milletvekili Sayısı	İttifakın Toplam Milletvekili
Cumhuriyet İttifakı	Adalet ve Kalkınma Partisi	268	323
	Milliyetçi Hareket Partisi	50	
	Yeniden Refah Partisi	5	
	Büyük Birlik Partisi	0	
Millet İttifakı	Cumhuriyet Halk Partisi	169	212
	İyi Parti	43	
Emek ve Özgürlük İttifakı	Yeşiller ve Sol Gelecek Partisi	61	65
	Türkiye İşçi Partisi	4	

II. SEÇİM SİSTEMİ DEĞİŞİKLİĞİNİN İLLER BAZINDA MİLLETVEKİLİ DAĞILIMINA ETKİSİ: KAYIPLAR VE KAZANÇLAR

Seçim kanununda, 2022 yılında yapılan değişiklikler öncesinde (2018 yılında yapılan seçimlerde) seçim çevrelerinde alınan oyların milletvekilliklerine dağılımının hesaplanmasında, milletvekillikleri öncelikle ittifaklara, ardından da ittifakı oluşturan siyasi partiler arasında bölüştürülmekteydi. Seçim Kanunu'nda 2022 yılında yapılan değişikliklerle birlikte 2023 yılı milletvekilliği seçimlerinde her bir siyasi parti, dahil oldukları ittifakın toplam oyuna bakılmaksızın, aldıkları oy miktarına göre milletvekilliği kazanabilmiştir.

2022 yılında yapılan sistem değişiklikleri kimilerine göre sistemi değiştirenlere, yani Cumhur İttifakı'na ve büyük partilere avantaj sağlayacağı, diğer ittifakların ve küçük partilerin ise sistemden olumsuz etkileneceği düşünülmekteydi. Hatta sistem değişikliği muhalefet partilerinin tepkilerine neden olmuştu. Ancak yapılan değişikliklerin seçimler sonuçlanmadan büyük partilere mi yoksa küçük partilere mi avantaj sağlayacağını söyleyebilmek mümkün değildi.

Seçim sisteminde yapılan değişikliklerin büyük partilere mi yoksa küçük partilere mi avantaj sağladığını hesaplayabilmenin tek bir yolu vardır. Bu avantaj veya dezavantajı tespit edebilmek için 2023 yılı milletvekilliği sonuçlarının önce eski sisteme göre, ardından da yeni sisteme göre tüm seçim çevreleri için hesaplanmasını yapılması gerekmektedir. Bu hesaplama sonucunda hangi seçim çevrelerinde hangi siyasi partilerin sistem değişikliğinden olumlu veya olumsuz etkilendiğini tespit edebilmek mümkündür. Bu nedenle 87 seçim çevresinin tamamında kullanılan geçerli oyların milletvekilliklerine dönüşümü, öncelikle mevcut sisteme göre ardından da 2022 yılı değişiklikleri öncesindeki sisteme göre hesaplanmıştır. Hesaplama yapılırken yurtdışı oylar da dikkate alınmış ve hesaplamada Yüksek Seçim Kurulu tarafından yayınlanan resmi veriler kullanılmıştır. Hesaplama sonucunda, yapılan değişikliklerin hangi siyasi partilere hangi seçim çevrelerinde avantaj sağladığı ortaya çıkmıştır.

Somut bir örnek Tablo 8 ve Tablo 9 yardımıyla gösterilmiştir. Tablo 8'de İstanbul 3. Bölge'de siyasi partilerin almış oldukları oyların milletvekilliklerine dağılımını mevcut sisteme göre; Tablo 9'da ise eski sis-

teme göre hesaplanmıştır. İstanbul 3. Bölge 36 milletvekiliyle temsil edilmektedir.

Tablo 8: İstanbul (3. Bölge) 2023 milletvekili seçim sonuçları ve mevcut sisteme göre siyasi partilerin kazandıkları milletvekili sayıları

	Cumhur İttifakı					Millet İttifakı			Emek ve Özgürük İttifakı		
	AKP	MHP	BBP	YRP	İttifakın Toplam Oyu	CHP	İYİP	İttifakın Toplam Oyu	YSP	TİP	İttifakın Toplam Oyu
Alınan Oy/1	1317631	243804	25490	114417	1701342	967314	295016	1262330	392760	136201	528961
Alınan Oy/2	658815	121902	12745	57209	850671	483657	147508	631165	196380	68101	264480
Alınan Oy/3	439210	81268	8496	38139	567114	322438	98339	420776	130920	45400	176320
Alınan Oy/4	329407	60951	6372	28604	425335	241829	73754	315582	98190	34050	132240
Alınan Oy/5	263526	48760	5098	22883	340268	193463	59003	252466	78552	27240	105792
Alınan Oy/6	219605	40634	4248	19070	283557	161219	49169	210388	65460	22700	88160
Alınan Oy/7	188233	34829	3641	16345	243048	138188	42145	180332	56109	19457	75565
Alınan Oy/8	164703	30475	3186	14302	212667	120914	36877	157791	49095	17025	66120
Alınan Oy/9	146403	27089	2832	12713	189038	107479	32780	140258	43640	15133	58773
Alınan Oy/10	131763	24380	2549	11442	170134	96731	29502	126233	39276	13620	52896
Alınan Oy/11	119784	22164	2317	10402	154667	87938	26820	114757	35705	12382	48087
Alınan Oy/12	109802	20317	2124	9535	141778	80610	24585	105194	32730	11350	44080
Alınan Oy/13	101356	18754	1960	8801	130872	74409	22694	97102	30212	10477	40689
Alınan Oy/14	94116	17414	1820	8173	121524	69094	21073	90166	28054	9729	37782
Alınan Oy/15	87842	16253	1699	7628	113422	64488	19668	84155	26184	9080	35264
Alınan Oy/16	82351	15237	1593	7151	106333	60457	18439	78895	24548	8513	33060
Alınan Oy/17	77507	14341	1499	6730	100078	56900	17353	74254	23103	8011	31115
Alınan Oy/18	73201	13544	1416	6356	94519	53739	16389	70129	21820	7566	29386
Alınan Oy/19	69349	12831	1341	6021	89544	50911	15527	66438	20671	7168	27840
Kazanılan Milletvekilliği Sayısı	14	2	0	1	17	11	3	14	4	1	5

İstanbul 3. bölgede siyasi partilerin almış oldukları oylar ve kazanmış oldukları milletvekili sayıları Tablo 8'de gösterilmiştir. Adalet ve Kalkınma Partisi (AKP) 14, Milliyetçi Hareket Partisi (MHP) 2, Yeniden Refah Partisi (YRP) 1, Cumhuriyet Halk Partisi (CHP) 11, İyi Par-

ti (İYİP) 3, Yeşiller ve Sol Gelecek Partisi (YSP) 4 ve Türkiye İşçi Partisi (TİP) 1 milletvekilliği kazanabilmiştir. “2022 yılında seçim sisteminde değişiklik yapılmamış olsaydı siyasi partilerin kazanacakları milletvekilliği sayılarında değişiklik olacak mıydı, değişiklik olacaksa hangi partilerin lehine bir değişiklik olacaktı?” sorularını cevaplayabilmek için İstanbul (3. Bölge) 2023 milletvekili seçim sonuçları dikkate alınarak, partilerin kazanacakları milletvekillikleri sayıları eski sisteme göre hesaplanmış ve Tablo 9’da gösterilmiştir.

Tablo 9: İstanbul (3. Bölge) 2023 milletvekili seçim sonuçları ve eski sisteme göre siyasi partilerin kazandıkları milletvekili sayıları

	Cumhur İttifakı					Millet İttifakı			Emek ve Özgürlük İttifakı		
	AKP	MHP	BBP	YRP	İttifakın Toplam Oyu	CHP	İYİP	İttifakın Toplam Oyu	YSP	TİP	İttifakın Toplam Oyu
Alınan Oy/1	1317631	243804	25490	114417	1701342	967314	295016	1262330	392760	136201	528961
Alınan Oy/2	658815	121902	12745	57209	850671	483657	147508	631165	196380	68101	264480
Alınan Oy/3	439210	81268	8496	38139	567114	322438	98339	420776	130920	45400	176320
Alınan Oy/4	329407	60951	6372	28604	425335	241829	73754	315582	98190	34050	132240
Alınan Oy/5	263526	48760	5098	22883	340268	193463	59003	252466	78552	27240	105792
Alınan Oy/6	219605	40634	4248	19070	283557	161219	49169	210388	65460	22700	88160
Alınan Oy/7	188233	34829	3641	16345	243048	138188	42145	180332	56109	19457	75565
Alınan Oy/8	164703	30475	3186	14302	212667	120914	36877	157791	49095	17025	66120
Alınan Oy/9	146403	27089	2832	12713	189038	107479	32780	140258	43640	15133	58773
Alınan Oy/10	131763	24380	2549	11442	170134	96731	29502	126233	39276	13620	52896
Alınan Oy/11	119784	22164	2317	10402	154667	87938	26820	114757	35705	12382	48087
Alınan Oy/12	109802	20317	2124	9535	141778	80610	24585	105194	32730	11350	44080
Alınan Oy/13	101356	18754	1960	8801	130872	74409	22694	97102	30212	10477	40689
Alınan Oy/14	94116	17414	1820	8173	121524	69094	21073	90166	28054	9729	37782
Alınan Oy/15	87842	16253	1699	7628	113422	64488	19668	84155	26184	9080	35264
Alınan Oy/16	82351	15237	1593	7151	106333	60457	18439	78895	24548	8513	33060
Alınan Oy/17	77507	14341	1499	6730	100078	56900	17353	74254	23103	8011	31115
Alınan Oy/18	73201	13544	1416	6356	94519	53739	16389	70129	21820	7566	29386
Alınan Oy/19	69349	12831	1341	6021	89544	50911	15527	66438	20671	7168	27840
Kazanılan Milletvekilliği Sayısı	15	2	0	1	18	10	3	13	4	1	5

2023 yılı milletvekilliği seçimleri 2018 yılı milletvekilliği seçimlerinde yürürlükte olan seçim kanunu maddelerine göre yapılmış olsaydı, bir başka ifadeyle seçim kanununda 2022 yılında bir değişiklik yapılmıyaydı İstanbul 3. Bölgede AKP 15, MHP 2, YRP 1, CHP 10, İYİP 3, YSP 4 ve TİP 1 milletvekilliği kazanabilecekti. İstanbul 3. Bölge seçim çevresi örneğinden görülmektedir ki, her ne kadar hem 2018 yılında hem de 2023 yılında ittifaklı D'hondt sistemi uygulanmış olsa da 2018 yılında uygulanan seçim sistemi kuralları ile 2023 yılında uygulanan seçim sistemi kuralları arasındaki farklılıklar milletvekilliklerinin partiler arasındaki dağılımında sayısal farklılıklara neden olmuştur.

Tablo 8 ve Tablo 9 incelendiğinde, seçim sisteminde yapılan değişikliğin İstanbul 3. Bölgede AK Parti'nin aleyhine CHP'nin ise lehine sonuç doğurduğunu görmek mümkündür. Bu karşılaştırmalı hesaplama 81 ilin (87 seçim çevresinin) tamamında yapılmış ve karşılaştırma sonucunda seçim kanununda yapılan değişikliklerin 65 seçim çevresinde hiçbir etkisinin olmadığı; 22 seçim çevresinde ise milletvekilliklerinin partiler arasındaki bölüşümünü sayısal olarak etkilediği görülmüştür.

Hangi ilde/seçim çevresinde hangi siyasi partinin yeni sistemden olumsuz yönde etkilendiği ve hangi siyasi partinin yeni sistemden olumlu yönde etkilendiği, Tablo 10'da gösterilmiştir. Yeni sistem sayesinde elde edilen kazançlar "+"; yeni sistemin neden olduğu kayıplar ise "-" işaretleriyle gösterilmiştir.

Tablo 10: Yeni sistem nedeniyle illere göre siyasi partilerin milletvekilliği kazançları ve kayıpları.

	AKP	MHP	CHP	İYİP	YSP	TİP
Adana				+1	-1	
Aydın		-1	+1			
Balıkesir		+1	-1			
Bitlis	-1				+1	
Bursa (1)	+1			-1		
Bursa (2)	-1		+1			
Çanakkale	-1			+1		
Düzce	-1		+1			
Erzurum				-1	+1	

Eskişehir	-1		+1			
Hakkari	-1				+1	
Hatay	-1		+1			
Isparta	+1			-1		
İstanbul (1)				+1		-1
İstanbul (3)	-1		+1			
İzmir (1)	-1			+1		
Kocaeli	-1				+1	
Manisa		-1	+1			
Nevşehir	+1			-1		
Rize	-1		+1			
Şanlıurfa	+1			-1		
Van	-1				+1	
Toplam Kazanç/ Kayıp	-8	-1	+7	-1	+4	-1

Tablo 10'da görülebileceği gibi 2022 yılında seçim sisteminde yapılan değişiklikler 2023 yılı milletvekilliği seçimlerinde AK Parti'nin 8, MHP'nin 1, İyi Parti'nin 1 ve TİP'in 1 milletvekilliği kaybetmesine neden olurken; CHP'nin 7, YSP'nin 4 milletvekilliği daha kazanmasını sağlamıştır. Bir başka ifadeyle, eğer 2022 yılında seçim sisteminde değişiklikler yapılmıyorsa AKP 8, MHP 1, İYİP 1 ve TİP 1 milletvekili daha kazanabilecek; CHP 7 ve YSP 4 milletvekili daha az kazanacaktı. Bu sonuçlar göstermektedir ki seçim sisteminde yapılan değişikliklerden AKP, MHP, İYİP ve TİP olumsuz etkilenmişken; CHP ve YSP olumlu yönde etkilenmiştir.

Sistem değişikliğinden olumsuz etkilenmemek ve ittifaklar içerisinde oyların bölünmesini engellemek için bazı siyasi partiler buldukları ittifakın en güçlü siyasi partisinin aday listeleriyle seçime katılmışlar, bazı seçim çevrelerinde ise aday göstermemişlerdir. İttifak sisteminin ve başka siyasi parti listesiyle seçimlere katılmanın etkilerine ilerleyen başlıkta yer verilmiştir.

III. İTTİFAKLARIN VE ORTAK LİSTELERİN MİLLETVEKİLLİKLERİNİN DAĞILIMINA ETKİSİ

Gerek 2018 yılı seçimlerinde gerekse 2023 yılı seçimlerinde herhangi bir ittifakın ortağı olarak seçimlere katılan siyasi partiler, ülke geneli seçim barajını aşamaları dahi, dahil oldukları ittifakın, seçim barajını aşması halinde barajı aşmış olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle ülke geneli seçim barajını aşma olasılığı düşük olan partilerin bir kısmı bazı ittifaklara dahil olmuşlardır.

2023 milletvekilliği seçimlerine beş ittifakın çatısı altındaki on üç ve hiçbir ittifaka dahil olmayan on bir siyasi parti olmak üzere toplam yirmi dört siyasi parti katılmıştır. Bu ittifaklardan Ata İttifakı ve Sosyalist Güç Birliği İttifakı ülke seçim barajı olan %7'lik oyu alamamış ve milletvekilliği kazanamamışlardır. Cumhuriyet İttifakı, Emek ve Özgürlük İttifakı ve Millet İttifakı ise seçim barajını aşmışlardır. Seçimlere ittifak olarak katılan siyasi partiler, partilerin dahil oldukları ittifaklar, ittifakların ve partilerin aldıkları oylar ile kazandıkları milletvekillikleri sayıları Tablo 11'de alfabetik sıralı olarak gösterilmiştir.

Tablo 11: İttifaklar, ittifakları oluşturan partiler, partilerin aldıkları oylar ve kazandıkları milletvekili sayıları

		Aldığı Oy Oranı	Kazandığı Milletvekili Sayısı
Ata İttifakı	Adalet Partisi	% 0,20	0
	Zafer Partisi	% 2,23	0
Cumhuriyet İttifakı	Adalet ve Kalkınma Partisi	% 35,62	268
	Büyük Birlik Partisi	% 0,97	0
	Milliyetçi Hareket Partisi	% 10,07	50
	Yeniden Refah Partisi	% 2,80	5
Emek ve Özgürlük İttifakı	Yeşiller ve Sol Gelecek Partisi	% 8,82	61
	Türkiye İşçi Partisi	% 1,76	4
Millet İttifakı	Cumhuriyet Halk Partisi	% 25,35	169
	İyi Parti	% 9,69	43
Sosyalist Güç Birliği İttifakı	Sol Parti	% 0,14	0
	Türkiye Komünist Hareketi	% 0,03	0
	Türkiye Komünist Partisi	% 0,12	0

2023 milletvekilliği seçimlerine Cumhuriyet İttifakı çatısı altında kendi aday listesi ve logosuyla katılan Yeniden Refah Partisi ve Emek ve Özgürlük İttifakı çatısı altında katılan Türkiye İşçi Partisi, ülke genelinde %7'nin altında oy almasına rağmen milletvekilliği kazanabilmişlerdir. Barajı aşan ittifaklara dahil olan 8 siyasi partiden 7'si milletvekilliği kazanırken, Cumhuriyet İttifakı partilerinden olan Büyük Birlik Partisi 87 seçim çevresinin hiçbirinde milletvekili kazanabilecek oranda oy alamamış ve milletvekilliği kazanamamıştır.

2023 yılı milletvekilliği seçimlerinde ittifakların kurulmasında yasal bir engel olsaydı veya siyasi partilerin tamamı ittifaklara dahil olmadan seçimlere katılsalardı YRP ve TİP ülke geneli seçim barajını aşamadıkları için milletvekilliği kazanamayacaklardı. Bu durumda YRP'nin 5 ve TİP'in 4 milletvekilliği diğer partilere bölüşürülecekti.

Bazı siyasi partiler ise bir ittifaka dahil olmasına rağmen 2023 yılı milletvekili seçimlerine kendi aday listeleriyle girmemişlerdir. Örneğin Millet İttifakı partilerinden olan ve hiçbir seçim çevresinden aday göstermeyerek CHP listelerinden seçimlere katılan Demokrasi ve Atılım Partisi 14, Saadet Partisi 10, Gelecek Partisi 10, Demokrat Parti 3 milletvekilliği kazanmıştır. Hür Dava Partisi (HÜDA-PAR), Demokratik Sol Parti, Büyük Türkiye Partisi ve Doğru Yol Partisi ise seçimlere parti olarak katılmayacaklarını ve Cumhuriyet İttifakını destekleyeceklerini açıklamış; HÜDA-PAR üyesi 4, DSP üyesi 3 aday AK Parti listelerinden seçimlere katılmış ve bu adaylar milletvekili olarak seçilmişlerdir.

Bazı siyasi parti yöneticilerinin veya üyelerinin kendi siyasi partileri adına seçime girmek yerine destekledikleri veya dahil oldukları ittifakın en güçlü partisinden seçime katılmalarını iki farklı açıdan değerlendirmek mümkündür. Bunlardan birincisi bu siyasi partilerin herhangi bir seçim çevresinde milletvekili çıkarabilecek miktardaki oyu alma potansiyelinin düşük olması; ikincisi ise ittifakları oluşturan diğer partilerin oylarının bölünmesinin önüne geçilmesidir. Örneğin HÜDA-PAR'ın seçimlere kendi listesi ve logosuyla girmemesinde, HÜDA-PAR seçmenlerinin AK Parti'ye oy verme ihtimalini; Saadet Partisi, Gelecek Partisi, Demokrat Parti, Demokrasi ve Atılım Partilerinin kendi listeleri ve logolarıyla girmemeleri ise bu parti seçmenlerinin CHP veya İYİP'e oy verme ihtimalini artırmak amaçlanmıştır.

Bu amacı gerçekleştirmek için, takip edilen bir diğer strateji ise Millet İttifakı'nın partilerinden CHP ve İYİP'in, oy potansiyellerinin düşük olduğu bazı seçim bölgelerinde seçimlere katılmayarak diğer ittifak ortağını desteklemiştir. Böylece CHP, Türkiye genelindeki 87 seçim bölgesinin 80'inde seçimlere katılırken İYİP 78 bölgede seçimlere katılmıştır. Hem CHP hem de İYİP'in aynı anda seçime girdiği seçim bölgesi sayısı 71 iken; Cumhur İttifakı'nı oluşturan AKP, MHP, BBP ve YRP 87 seçim bölgesinin tamamında seçimlere kendi aday listeleriyle katılmıştır. CHP 7 seçim bölgesinden İYİP ise 9 seçim bölgesinden aday göstermemiş; bu partiler 16 seçim çevresinde "fermuar" listeyle seçimlere katılmışlardır. CHP ve İYİP arasındaki bu seçim çevresi paylaşımı Tablo 12'de gösterilmiştir.

Tablo 12: Millet İttifakı partilerinin seçim çevresi paylaşımı yaptığı iller

CHP'nin aday göstermediği iller	Aksaray, Bayburt, Bitlis, Çankırı, Gümüşhane, Muş, Yozgat.
İyi Parti'nin aday göstermediği iller	Adıyaman, Bartın, Batman, Çorum, Düzce, Erzincan, Hakkâri, Rize, Van.

Sadece İYİP'in, aday gösterdiği yedi ilin ikisinde (Aksaray ve Yozgat'ta); sadece CHP'nin aday gösterdiği dokuz ilin altısında (Adıyaman, Bartın, Çorum, Düzce, Erzincan ve Rize) Millet İttifakı milletvekilliği kazanabilmiştir. Bu sonuçlara göre, "fermuar" listeyle seçimlere katılan CHP ve İYİP'in oyları 16 ilde bölünmeye uğramamış ve bu seçim çevresi paylaşımı stratejisiyle Millet İttifakı sekiz milletvekili daha kazanmıştır.

Bazı seçim çevrelerinde aday göstermeyip ittifakın diğer ortağını destekleyen CHP ve İYİP'in bu stratejisi bazı illerde olumlu sonuçlanırken bazı illerde kazanılan milletvekilliği sayısına etki etmemiştir. CHP ve İYİP'in aynı anda seçime katıldığı bazı seçim çevrelerinde ise ortak liste çıkarmama nedeniyle milletvekilliği sayısında kayıp yaşanmıştır. Bu iller Erzurum, Isparta ve Nevşehir'dir. Ortak listeyle seçime girilmesi halinde, İYİP Erzurum'da 1 milletvekili; CHP Isparta ve Nevşehir'de 2 milletvekili kazanabilecekti. Bu bilgiler doğrultusunda Millet İttifakı'nın üç ilde strateji hatası yaptığını söyleyebilmek mümkündür.

Emek ve Özgürlük İttifakı'nda da oyların bölünmemesi için benzer bir strateji izlenmiştir. İttifakın küçük ortağı olan TİP, sadece 54 seçim çevresinden seçimlere katılırken, ittifakın diğer ortağı olan YSP 87 seçim çevresinin tamamında aday göstermiştir. TİP, özellikle YSP'nin güçlü olduğu illerde aday göstermemiştir.

CHP, İYİP ve TİP'in aday göstermediği (seçimlere katılmadığı) illerde diğer ittifak ortağının nasıl etkilendiği Tablo 13'te özetlenmiştir.

Tablo 13: Ortak liste ve seçim çevresi paylaşımının etkileri

TİP seçimlere katılmadığı için Emek ve Özgürlük İttifakı'nın oyları bölünmediği ve YSP'nin milletvekilliği kazanabildiği iller:	Ağrı, Batman, Bingöl, Bitlis, Diyarbakır, Erzurum, Gaziantep, Hakkâri, Iğdır, İzmir (1.bölge), Kars, Kocaeli, Mardin, Muş, Siirt, Şanlıurfa, Şırnak, Tunceli ve Van.
CHP seçimlere katılmadığı için Millet İttifakı'nın oyları bölünmediği ve İYİP'in milletvekilliği kazanabildiği iller:	Aksaray ve Yozgat.
İYİP seçimlere katılmadığı için Millet İttifakı'nın oyları bölünmediği ve CHP'nin milletvekilliği kazanabildiği iller:	Adıyaman, Bartın, Çorum, Düzce, Erzincan ve Rize.
Millet İttifakının strateji hatası yaptığı iller:	Erzurum, Isparta ve Nevşehir.

SONUÇ

Seçimlerde kullanılan oyların temsile dönüşmesinde, çoğunluk sistemi ve nispi temsil sistemi olmak üzere iki temel sistem kullanılmaktadır. Çoğunluk sistemlerinde temsilde adalet olgusu ötelenirken siyasal istikrar olgusu daha önemsenmekte; nispi temsil sistemlerinde ise temsilde adalet olgusu önemsenirken siyasal istikrar olgusu ikinci plana atılmaktadır. Ülkeler kendi siyasal koşullarını göz önünde bulundurarak hem temsilde adaleti hem de siyasal istikrarı sağlayabilecek bir seçim sistemini uygulayabilmek için seçim sistemleri üzerinde bazı yenilikler yapmaktadırlar. Bazen de yasama gücünü elinde bulunduran parti veya partiler, bir sonraki seçimden daha kazançlı çıkabilmek amacıyla seçim kanunlarında değişiklikler yapmaktadırlar. Türkiye'nin siyasal hayatında, 1923-1961 yılları arasında çoğunluk sistemi; 1961 seçimleri ve sonrasında ise nispi temsil sisteminin farklı varyasyonları kullanılmış, temsilde adaleti ve siyasal istikrarı bir arada başarabilmek amacıyla seçim kanunlarında zaman zaman değişiklikler yapılmıştır.

Siyasi partiler, seçim kanunlarının seçim barajı gibi dezavantajlı yönlerini bertaraf etmek veya seçimlerden daha kazançlı çıkabilmek için zaman zaman seçim ittifakları kurabilmektedirler. Seçim ittifakları Türkiye'ye özgü bir uygulama olmayıp farklı ülkelerde de seçim ittifakı uygulamalarını görebilmek mümkündür. Türkiye'de, Siyasi parti ittifaklarının ön plana çıktığı 2018 yılı seçimlerinde, nispi temsil sistemi çeşitlerinden olan D'Hondt seçim sistemi, ittifaklı olarak uygulanmıştır. Bu seçimlerde, seçim çevrelerinde kullanılan geçerli oyların milletvekilliğine dönüşümünde, ittifakların almış oldukları oylar birinci aşamada ittifaklar arasında; ikinci aşamada ise ittifakların kazandıkları milletvekillikleri ittifakı oluşturan partiler arasında bölüştürülmüştür. Ancak, milletvekilliklerinin siyasi partilere bölüştürülmesinde bazı seçim çevrelerinde, temsilde adaletsizliklere neden olacak sonuçlarla karşılaşmıştır. Örneğin bazı seçim çevrelerinde, A partisi B partisinden daha az oy almasına rağmen, B partisi milletvekilliği kazanamazken A partisi milletvekilliği kazanabilmiştir. Bu örnekteki gibi temsilde adaletsizliğe neden olan durumları ortadan kaldırmak ve belki de büyük partilerin lehine sonuçlara ulaşabilmek amacıyla AK Parti ve Milliyetçi Hareket Partisi'nin ortak bir yasa teklifiyle 2022 yılında Milletvekili Seçim Kanunu'nda bazı değişiklikler yapılmış ve yapılan değişiklikler 2023 yılı milletvekilliği seçimlerinde uygulanmıştır. Muhalefetin eleştirilerine konu olan bu değişikliklerle birlikte ülke geneli seçim barajı %7'ye düşürülmüş ve oyların milletvekilliğine dönüşümünde seçim çevrelerinde ittifakların toplam oyunun etkisi tamamen kaldırılmış, milletvekilliklerinin partiler arasındaki bölüşümü her siyasi partinin aldığı oylar ayrı ayrı dikkate alınarak gerçekleştirilmiştir. İttifakların neredeyse tek amacı, ittifak içerisinde yer alan küçük partilerin barajı aşmış olarak (ittifakın seçim barajını aşması durumunda) değerlendirilmesi olmuştur. İttifak ortağı olan bazı siyasi partiler ise seçimlere kendi isimleriyle katılmayarak dahil oldukları veya destekledikleri ittifakları oluşturan diğer partilerin listelerinden seçimlere katılmışlardır.

Cumhur İttifakı partileri 81 ilin/87 seçim çevresinin tamamında kendi aday listeleri ve kendi amblemleriyle seçimlere katılırken, Millet İttifakı ile Emek ve Özgürlük İttifakı daha farklı stratejilerle seçimlere katılmışlardır. Millet İttifakı partilerinden Cumhuriyet Halk Partisi 80 ve İyi Parti 78 seçim çevresinde seçime katılırken, ittifakı destekleyen

diğer dört parti seçimlere kendi aday listesi ve amblemiyle değil Cumhuriyet Halk Partisi listelerinden katılmayı tercih etmişlerdir. Emek ve Özgürlük İttifakı partilerinden Yeşiller ve Sol Gelecek Partisi 87 seçim çevresinin tamamından seçime katılırken, ittifakın diğer üyesi olan Türkiye İşçi Partisi, Yeşiller ve Sol Gelecek Partisi'nin oylarını bölmek amacıyla sadece 54 seçim çevresinden seçimlere katılmıştır. Bu durumda Cumhur İttifakı'nın oyları, Millet İttifakı ve Emek ve Özgürlük İttifaklarına göre daha çok bölünmeye uğramıştır. Tüm seçim çevrelerinde kendi aday listeleriyle seçim katılan Büyük Birlik Partisi ve Yeniden Refah Partisi Cumhur İttifakı'nın milletvekilliği kaybetmesine neden olurken; Emek ve Özgürlük İttifakı çatısı altında kendi aday listeleriyle seçime katılan Türkiye İşçi Partisi hiçbir seçim çevresinde Yeşiller ve Sol Gelecek Partisi'nin vekil kaybetmesine neden olmamış ve bazı seçim çevrelerinde seçime katılmaması Yeşiller ve Sol Gelecek Partisi'ne avantaj sağlamıştır. Millet İttifakı ise ortak liste stratejisini uygulamadığı üç ilde (Erzurum, Nevşehir ve Isparta'da) toplamda üç milletvekilliği kaybı yaşamış; ancak ortak liste stratejisini uyguladığı illerin sekizinde toplamda sekiz milletvekilliği daha fazla kazanmıştır.

2018 yılı seçimlerinde uygulanan sistem 2023 yılı seçimlerinde de uygulanıyor olsaydı, oyların bölünmesi ittifaklar için dezavantaja neden olmayacaktı. Çünkü 2018 yılı seçimlerinde milletvekillikleri önce ittifaklara, ardından ittifakı oluşturan partilere dağıılmaktaydı. Fakat 2023 seçimlerinde oyların milletvekilliklerine dönüşümünün hesaplanma metodu değiştiği için ittifak içindeki oyların bölünmesi bazı siyasi partiler açısından dezavantajlı bir durumu ortaya çıkarmıştır. Bazı partiler için dezavantaj olan bu durum, diğerleri için ise avantaj oluşturmuştur. Bu avantaj ve dezavantajı hesaplayabilmenin tek yolu 2023 yılında siyasi partilerin almış oldukları oyları 2018'de uygulanan seçim sistemiyle hesaplamaktır. Bu hesaplamayı yapabilmek için 87 seçim çevresinin tamamında kullanılan geçerli oylar ve seçim çevrelerine yurtdışından eklenen oylar dikkate alınarak hem yeni sistemde siyasi partilerin kazandığı milletvekillikleri; hem de eski sistem uygulansaydı siyasi partilerin kazanabilecekleri milletvekilliği sayıları tespit edilmiştir.

Yapılan tüm hesaplamalar sonucunda görülmüştür ki, Milletvekili Seçim Kanunu'nun değişmesi için yasa teklifi veren AK Parti

ve MHP yeni sistemden olumsuz etkilenirken, sistemi eleştiren CHP yeni sistemden olumlu etkilenmiştir. Çünkü yeni sistem AK Partiye 8, MHP'ye 1 milletvekilliği kaybettirirken, CHP yeni sistem sayesinde 7 milletvekili daha kazanmıştır. İttifak sisteminden en çok fayda sağlayan siyasi partiler ise YRP ve TİP olmuştur. Bu iki siyasi parti ülke geneli seçim barajı, yani %7 oranında oy alamamalarına rağmen milletvekilliği kazanabilmişlerdir.

2023 yılı genel seçimlerinde dikkate değer bir sonuç ise Millet İttifakı partilerinden olan Cumhuriyet Halk Partisi, İyi Parti, Saadet Partisi, Gelecek Partisi, Demokrat Parti, Demokrasi ve Atılım Partisi liderlerinin hiçbirisinin milletvekili olamamasıdır. Bu siyasi partilerin liderleri, Cumhurbaşkanlığı seçiminde CHP lideri ve Cumhurbaşkanı adayı Kemal Kılıçdaroğlu'nu desteklemiş ve Kılıçdaroğlu'nun Cumhurbaşkanı olarak seçilmesi halinde yürütmede görev alacakları için milletvekili aday olmamışlardır.

Seçim sistemini etkileyen yasa değişikliğiyle birlikte ülke genel seçim barajı %7'ye düşürülmüş olsa da yeni baraj oranının 2023 yılı milletvekilliği seçimine hiçbir etkisi olmamıştır. Çünkü %7'nin altında oy almalarına rağmen milletvekilliği kazanabilen Yeniden Refah Partisi Cumhuriyet İttifakı çatısı altında; Türkiye İşçi Partisi ise Emek ve Özgürlük İttifakı çatısı altında seçime katılmışlar ve ittifak oyu sayesinde barajı aşmış olarak kabul edilmişlerdir.

Kaynakça

Makaleler

- Akyıldız Ali, "Demokrasinin Sayılarla Sınavı: Seçim Sistemleri", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Ankara 2016, S. 7, s. 127-148.
- Alkan Mehmet Öznur, "Türkiye'de Seçim Sistemi Tercihinin Misyon Boyutu ve Demokratik Gelişime Etkileri", *Anayasa Yargısı*, Ankara 2006, C. 22, S. 1, s. 133-165.
- Çolak Çağrı, "Seçim İttifakı Sisteminin 2018 Milletvekilliği Genel Seçimlerine Etkisi", *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi*, Eskişehir 2020, Cilt:15 Sayı:2, 719-742.
- Demirkol Özhan ve Çoban Balcı Aslıhan, "Türkiye'de Seçim İttifakları: 1950-2018", *Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, Sivas 2021, C. 22, S. 2, s. 350-377.
- Gallagher Michael, "Proportionality, Disproportionality and Electoral Systems", *Electoral Studies*, London 1991, V. 10, I. 1, s. 33-51.
- Golder Sona, "Pre-electoral Coalitions in Comparative Perspective: A Test of Existing Hypotheses", *Electoral Studies*, London 2005, V. 24, I. 4, s. 643-663.

Ibenskas Raimondas, "Understanding Pre-electoral Coalitions in Central and Eastern Europe", *British Journal of Political Science*, Cambridge 2015, 46, 743-761.

Küçük Adnan ve Aydoğdu Yasin, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Milletvekili Seçim Sistemi Önerileri", *Liberal Düşünce Dergisi*, Ankara 2018, C. 23, S. 90, s. 7-33.

Miş Nebi, "Yeni Siyasal Sistemin İlk Seçimleri ve Sonuçlarının Karşılaştırmalı Analizi", *Muhafazakâr Düşünce*, Ankara 2018, C. 15, S. 3, s. 323-355.

Özbudun Ergun, "Seçim Sistemleri ve Türkiye", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1995, C. 44, S. 1, s. 521-539.

Türk Hikmet Sami, "Demokratik Rejim ve Seçim Sistemleri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2015, S. 117, s. 419-452.

İnternet Kaynakları

14 Mayıs 2023 tarihli 28. Dönem Milletvekili Seçim Sonuçları, Erişim için: <https://www.ysk.gov.tr/tr/14-mayis-2023-secimleri/82491> Erişim Tarihi: 05.06.2023

Yetkin Çınar ve Türkmen Göksel, "21 Şubat 2018'de Teklif Edilen İttifaklı d'Hondt Sistemine Göre Seçim Simülasyonları", 2018. Erişim için: https://www.tepav.org.tr/upload/files/1520064504-6.21_Subat_2018___de_Teklif_Edilen___Ittifakli_d___Hondt___Sistemine_gore_Secim_Simulasyonlari.pdf Erişim Tarihi: 22.05.2023

Çalışmada Kullanılan Mevzuat

Milletvekili Seçim Kanunu, Kanun Numarası: 2839, Kabul Tarihi: 10.06.1983, Resmî Gazete Tarihi: 13.06.1983, Yayımlandığı Resmî Gazete Sayısı: 18076.

Milletvekili Seçimi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 7393, Kabul Tarihi: 31.03.2022, Resmî Gazete Tarihi: 06.04.2022, Yayımlandığı Resmî Gazete Sayısı: 31801.

Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 7012, Kabul Tarihi: 13.03.2018, Resmî Gazete Tarihi: 16.03.2018, Yayımlandığı Resmî Gazete Sayısı: 30362.

KATLANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ BAĞLAMINDA ŞÜPHELİ VEYA SANIĞIN PARMAK İZİNİN ALINMASI*

FINGERPRINTING OF THE ACCUSED AND THE DEFENDANT WITHIN THE CONTEXT OF THE OBLIGATION TO BEAR THE CRIMINAL PROCEEDINGS

Uygar GÜNERBÜYÜK**

Özet: Ceza muhakemesinin amacının, belli kurallara uygun şekilde delil toplanarak maddi gerçeğe ulaşılması olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu süreçte uyulacak olan kurallar arasında şüpheli ve sanığın kendi aleyhine delil vermeme hakkı/ayrıcılığı da bulunmaktadır. Buna göre, hiç kimse kendisini suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamayacaktır. Ancak, günümüzde şüpheli ve sanık, rızası olmamasına rağmen parmak izi vermeye zorlanmaktadır ve parmak izi vermesi üzerine bazı hallerde kendisini suçlandıran bir delil ortaya çıkabilmektedir. Bu çalışmada şüpheli ve sanığın parmak izinin alınmasına dair düzenlemelere, mahkeme kararlarına, öğretilerdeki görüşlere yer verilerek genel bir değerlendirme yapmak amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kendi Aleyhine Delil Vermeme Hakkı, Katlanma Yükümlülüğü, Parmak İzi, Ceza Muhakemesi Hukuku

Abstract: It would not be wrong to express that the purpose of the criminal procedural law is to achieve the truth by obeying some regulations. Among those regulations, the privilege against self-incrimination must be complied and no one can be compelled to make a statement that would incriminate himself/herself or to present such incriminating evidence. Yet, today the accused and the defendant are forced to give fingerprints despite their wills and giv-

* Bu makale, İstanbul Kültür Üniversitesi Senatosu'nun 19.04.2018 tarihli ve 2017-2018/15 no.lu toplantısında, "Enstitülerde uygulanmakta olan doktora programlarında tezin sonuçlandırılmasına dair yayın zorunluluğu getirilmesi" ne dair alınan karar doğrultusunda, İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Kamu Hukuku Doktora Programı kapsamında Prof. Dr. Durmuş Tezcan danışmanlığında yürütülen "Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü" başlıklı tez çalışmasından üretilmiştir.

** Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü Doktora Öğrencisi, uygargunerbuyuk@gmail.com, ORCID: 0000-0002-3474-9525, Makalenin Gönderim Tarihi: 16.05.2023, Kabul Tarihi: 28.08.2023

ing fingerprints may cause to produce an evidence that incriminates the accused or the defendant. This article aims aiming to refer the regulations, court decisions arguments presented within the doctrine and to conclude an overall review.

Keywords: The Privilege Against Self-Incrimination, Obligation to Bear the Criminal Proceedings, Finger Print, Criminal Procedural Law

GİRİŞ

Devletin suç faillerini bulma için yürüttüğü faaliyetler sırasında, bireyin ve toplumun menfaati karşı karşıya gelir ve bu mücadelede bireylerin bazı temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması söz konusu olur. Bu sınırlama da ancak Anayasa'da belirlenmiş koşullara uygun şekilde yapılabilir. Bu koşullara ve Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan hiç kimsenin kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamayacağına dair düzenlemeye uygun olmak şartıyla, şüpheli ve sanıkların ceza muhakemesi işlemlerine katlanma yükümlülükleri bulunmaktadır. Şüpheli veya sanığın parmak izinin alınması işleminin de bu sayılan şartlara uyularak yapılması gereken işlemlerden biri olduğu şüphesizdir.

Bu makalede, ceza muhakemesi işlemlerinden parmak izi alınmasına dair düzenlemelere kısaca yer verildikten sonra parmak izinin gönüllü olarak alınması açıklanacaktır. Mahkemelerin parmak izi alınmasına dair yaklaşımlarına değinilmesi ertesinde, katlanma yükümlülüğü bağlamında parmak izi alınmasına dair değerlendirmelere ve ilgili düzenlemelerde değişiklik önerilerine yer verilecektir.

Parmak izi, her insanda farklılık arz eder, başkasınıninkine benzemez ve değişmezdir. Bu nitelikleri itibarıyla parmak izinin bir tür hüviyet tespiti olduğu¹ ve kişileri yeniden teşhis etmeye yaradığı ifade edilmiştir.²

CMK'nın 81. maddesine göre, fizik kimlik tespiti amacıyla Cumhuriyet savcısının emriyle yapılabilecek işlemlerden biri de şüpheli veya sanığın parmak izinin alınmasıdır. Burada CMK'nın 81. madde-

¹ Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 714.

² Murat Aydın, Ceza Muhakemesi Hukukunda Kendini İtham Etmeme Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 241.

sinde düzenlenen parmak izi alma işlemi, adli amaçlı parmak izi alma işlemidir ve bu madde gereğince yapılacak parmak izi alma işlemine, ancak üst sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezası gerektiren bir suç şüphesinin söz konusu olduğunda ve şüpheli veya sanığın kimliğinin teşhisi için gerekli olması halinde başvurulabileceğini söylemek yerinde olacaktır.³

Parmak izinin kişisel veri olması nedeniyle yalnızca kanunla verilen bir yetki ile kayda alınabileceğini ifade etmek gerekir.⁴ Kolluğun, CMK'nın yukarıda anlatılan maddede yer alan adli amaçlı olan, fizik kimlik tespitinde kullanılacak olan parmak izi alma işleminden farklı olarak suçları önleme ve bastırma görevi çerçevesinde parmak izi alma yetkisi bulunmaktadır. Buna göre, PVSK'nın 5. maddesinde, polis, gönüllü olan, her çeşit silah ruhsatı, sürücü belgesi, pasaport almak için başvuran, genel veya özel kolluk görevlisi veya özel güvenlik görevlisi olmak için istihdam edilen, Türk vatandaşlığına başvuran, sığınma talebinde bulunan veya gerekli görülmesi halinde ülkeye giriş yapan sair yabancıların veya gözaltına alınan kişilerin parmak izlerini alacağı düzenlenmiştir. Bunların yanında, nüfusa kayıtlı olmadığı için kimliği tespit edilemeyen kişinin de parmak izi alınır.

Anayasa'nın 20. maddesinde herkesin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı ve herkesin kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Kişilerin, biyometrik veri niteliğinde olan parmak izlerinin alınmasına dair PVSK'nın 5. maddesindeki düzenlemenin, Anayasa'nın özel hayatın gizliliğini düzenleyen bu maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.⁵

PVSK'da, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da ve CMK'da yer alan nedenlerle alınan parmak izleri bir sisteme kaydedilir ve bu sistemde yer alan bilgiler, kimlik tespiti, suçun önlenmesi veya yürütülmekte olan soruşturma ve kovuşturmalar

³ Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma Gezer/Yasemin F. Saygılar/Esra Alan/Özaydın Özdem/Efser Erden Tütüncü/Derya Altınok Villemin/Mehmet Can Tok, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 548

⁴ Yenisey/Nuhoğlu, s. 715.

⁵ Ozan Ergül/Muammer Ketizmen, "Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Üzerine", *Güncel Hukuk Dergisi*, Sa. 44, 2007, s. 16.

kapsamında maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla mahkeme, hâkim, Cumhuriyet savcısı veya kolluk tarafından kullanılabilir. Buna göre, suçu önleme ve bastırma amaçlı alınan parmak izlerinin soruşturma ve kovuşturmalarda kullanılabileceği söylenebilir.⁶ Öğretide, CMK'da sadece belirli ağırlıktaki suçlar hakkında fizik kimlik tespiti için parmak izi alma işleminin yapılabilmesinin ve belli hallerde buna dair kayıtların yok edilmesinin öngörülmüş olmasının "CMK'nın hazırlandığı sırada kanun koyucunun kişisel verilerin toplanmasına ilişkin saygılı bir bakış açısına sahip olduğu"nu göstermesine rağmen, PVSK'nın 5. maddesinde 2007 yılında yapılan değişiklikle hiçbir suç şüphesi altında olmayan kişilerin de parmak izlerinin alınabilmesine dair düzenlemenin yapılmış olmasının, kanun koyucunun yukarıda anlatılan bakış açısının olumsuz anlamda değişime uğradığını gösterdiği ileri sürülmüştür.⁷

Bunların yanında, kolluğun sisteme "suçun önlenmesi" amacıyla, Cumhuriyet savcısının emir veya izni olmadan bağlantı kurması mümkündür ancak kolluğun sisteme "suçun önlenmesi" amacıyla bağlanması ve kişilerin kişisel verilerine erişmesi halinde keyfi davranışlarda bulunmasını engelleyici bir düzenlemenin bulunmaması eleştirilmiştir.⁸

Buna göre sistemde, hakkında soruşturma veya kovuşturma yürütülen kişilerin, hükümlülerin ve henüz hiçbir suça karışmamış kişilerin parmak izleri yer alacaktır ancak kanun, bu parmak izlerinin hangi nedenle sisteme alındığının kayda geçirilmemesini öngörmüştür. Öğretide, kişilerden alınan parmak izlerinin hangi nedenle alındığının sisteme kaydedilmemesinin, masum olanla olmayanı ayırmak anlamına geleceği ve bu durumun da hukuk güvenliği ilkesine aykırı olacağı ileri sürülmüştür.⁹

⁶ PVSK'nın 5. maddesinin 2007 yılında 5681 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önceki hali yürürlükteyken, PVSK'nın bu maddesindeki parmak izi ve fotoğraf çekmeye dair yetkilerin, sadece CMK'nın 81. maddesinin kapsamında olmayan önleyici kolluk tedbirleri açısından uygulanabileceği ifade edilmiştir. Bkz. Faruk Turhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 303.*

⁷ Hakan Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Nisan Kitabevi, Eskişehir, 2022, s. 422.*

⁸ Yenisey/Nuhoğlu, s. 715; Feridun Yenisey, *Kolluk Hukuku, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 258.*

⁹ Erdener Yurtcan, "PVSK Değişikliğine Dair Birkaç Not", *Güncel Hukuk Dergisi, Sa. 44, 2007, s. 21.*

Adli ve idari amaçla alınan parmak izlerinin aynı sisteme birlikte kaydedilmesinin ve alma nedeninin belirtilmemesinin kişiler hakkında önyargı yaratabileceği bakımından sakıncalı olduğu,¹⁰ ayrıca, kişi henüz suç şüphesi altında değilken, örneğin sürücü belgesi yenilerken kendisinden alınan parmak izinin bir soruşturmada tesadüfen aleyhine sonuç doğurabilmesinin mümkün olduğu ve bu durumun da adil olmayacağı ileri sürülmüştür.¹¹

CMK'da, şüphelinin gözaltına alınması ile parmak izinin ancak gerekli olması halinde alınmasını ve bu verilerin soruşturma veya kovuşturma dosyasının içine konulacak olmasının düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle, parmak izi verilerinin otomatik olarak arşivlenmesinin önüne geçmek istendiği ancak bunun suçla mücadelede önemli bir zafiyete yol açacağı, ne var ki herhangi bir kurala dayanmayan arşivlemenin de özel hayatın gizliliği ilkesine aykırı olacağı ifade edilmiştir.¹²

Bunların yanında, PVSK'nın 5. maddesinde yer alan parmak izi alma nedenlerinin çok geniş kapsamlı olduğu ve toplumda hemen tüm bireylerin parmak izlerini almanın mümkün olacağı, hiçbir suça karışmamış kişilerin parmak izlerinin alınması, örneğin birkaç gün önce bir olay yerinde olduğu için parmak izine rastlanılan bir kişinin polisin sorularını cevaplandırmak zorunda kalması gibi sakıncaları olabileceği ileri sürülmüştür.¹³ Ölen kişinin kişisel kayıtlarının ölüm tarihinden itibaren on yıl daha saklanması makul bir açıklamasının bulunmadığı ve önleyici amaçla parmak izleri alınan kişilerden, tutuklu ve hükümlüler dışında kalanlarının kişisel bilgilerinin, bu arada parmak izlerinin de, ancak rızaları ile saklanabilmesinin gerektiği de öne sürülmektedir.¹⁴

PVSK'nın ek 6. maddesinin 7. fıkrasına göre polis suçun delillerini tespit edebilmek için Cumhuriyet savcısının emriyle olay yerinde gerekli incelemeler ve teknik araştırmalar yapmalı, delil tespit ederek

¹⁰ Centel/Zafer, s. 362 vd.

¹¹ Hamide Zafer, "Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 5681 sayılı Kanun'un Değerlendirilmesi", Sulhi Dönmezer Armağanı, C. 2, (Ankara: Atatürk Araştırma Merkezi Başkanlığı Yayını, 2008), s. 1587 vd.

¹² Veli Özer Özbek/Koray Doğan /Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 454.

¹³ Karakehya, s. 423.

¹⁴ Veli Özer Özbek, Polis Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Temel Haklara Müdahaleler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 88.

muhafaza altına almalı ve incelemeler için ilgili yerlere göndermelidir. Ne var ki, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 9. maddesinde, suç işlenen yerlerde delillerin aranması ve el konulması için teknik araştırma işlemlerinden herkesin girip çıkabileceği yerlerde gerçekleştirilecek olanlarının yapılması için herhangi bir emir veya karar gerekmediği, diğer yerlerde yapılabilecek olanlar için hâkim, gecikmesinde sakınca olması halinde Cumhuriyet savcısının, ona ulaşamaması halinde ise kolluk amirinin yazılı emri üzerine gerçekleştirileceği düzenlenmiştir. Olay yerinde inceleme yapacak olan kolluk görevlilerinin, olay yerindeki her işlem için izin almalarının düşünülmemeyeceği ancak PVSK'da yer alan olay yerinden delil toplamak için Cumhuriyet savcısı emri gerektiğine dair düzenleme ile Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin anılan düzenlemesinin çeliştiği ileri sürülmüştür.¹⁵

CMK'daki düzenlemede, fizik kimlik tespitine ilişkin verilerin, bu arada parmak izinin de, sadece belli ağırlıktaki suçlarda parmak izi alınacak ve mahkumiyet hali dışındaki kararlarda bu verilerin imha edilecek olmasının kanun koyucunun kişisel verilere ilişkin saygılı bir yaklaşımı olduğunu gösterdiği ancak PVSK'da sonradan yapılan değişiklik ile, yukarıda da kısmen bahsedildiği üzere, hiçbir şüphe altında bulunmayan kişilerden de kişisel verilerin kayıt altına alınmasının geniş bir müdahale anlamına geldiği ifade edilmiştir.¹⁶ Benzer şekilde, parmak izi kayıtlarının beraat veya ceza verilmesine yer olmadığına dair kararın kesinleşmesi üzerine silinmesine dair CMK düzenlemesi karşısında PVSK'nın 5. maddesinin 10. fıkrasında düzenlenen süreler geçmeden kayıtların sistemdeki varlığının devam edecek olmasının da bir çelişki olması eleştirilmiştir.¹⁷

Öğretide, fizik kimlik tespitine dair hususların, bu arada parmak izi alınmasının sisteme kaydedilebilmesi için mahkumiyet kararının verilmiş olması gerektiği, ancak bir şüpheli veya sanığın parmak izi alındıktan sonra, hakkındaki soruşturma veya kovuşturma devam ederken başka bir suç işlemesi halinde sistemde parmak izinin olmaması nedeniyle söz konusu bilgilerden yararlanılamaması eleştirilmiştir¹⁸ ancak PVSK'nın 5. maddesine göre parmak izi alındıktan

¹⁵ Cumhur Şahin/Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 67.

¹⁶ Karakehya, s. 422.

¹⁷ Centel/Zafer, s. 364.

¹⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 455.

sonra sisteme kaydedilmesi ve kolluk, Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme tarafından suçun önlenmesi veya yürütülmekte olan soruşturma ve kovuşturma kapsamında maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla kullanılabilir olduğu düzenlenmiş olması karşısında, bu görüşe katılmak mümkün değildir.

Ayrıca, CMK'da fizik tespiti için kişinin parmak izi ve avuç içi izinin alınacağı düzenlenmiş olması ancak PVSK'nın bu maddesinde düzenlemenin kişilerin parmak izlerinin alınmasına dair olduğu ve avuç içi izinin alınmasına dair bir düzenlemenin bulunmadığı gözetilerek, kişilerin PVSK kapsamında önleme ve bastırma amacıyla avuç içi izlerinin alınmasının mümkün olmadığı kabul edilmelidir. Öğretilen, parmak izi ile avuç içi izinin birbirinden farklı olduğunu kabul etmekle birlikte, avuç içi izi alma işleminin, parmak izi alma işlemiyle kıyasen yapılabileceği ileri sürülmüştür.¹⁹ Ne var ki, özel nitelikli kişisel verilerin kıyas yoluyla toplanması hukuka uygun olmayacaktır.

Bu başlık altında değinmek gereken bir başka husus da aralarında parmak izi alma işleminin de bulunduğu bazı fizik kimlik tespit işlemlerinin güvenilirliğinin sorgulanabilir olduğu ve bunların değerlerinin azalmakta olduğu iddiasıdır. Buna göre, olay yerinden alınan ve kısmi, bulanık veya bozulmuş olan bazı izler son derece yanıltıcı sonuçlar verebilmektedir ve parmak izi sonuçlarının güvenilir olduğuna dair karinenin gözden geçirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.²⁰ Ayrıca olay yerinden elde edilen parmak izleri, her zaman kolluk tarafından alınan ve düz bir zemine kusursuz bir şekilde verilmiş çevrim veya düz basım parmak izlerinde yer alan karakteristik özellikleri yansıtmaya elverişli izler değildir. Bir parmak izinin küçük bir parçası, parmak izinin teşhisi için önemli olan bölgelerin net olarak görülmediği kalitesi düşük bir parça olabilir veya olaydan bir süre sonra yapılan olay yerinde incelemelerde elde edilen izler zaman içinde bozulmuş olabilmektedir ve bu durum o parmak izinin kullanılmasını zorlaştırmaktadır.²¹

¹⁹ Süheyl Donay, Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2015, s. 145.

²⁰ Margaret A. Berger, "Expert Testimony in Criminal Proceedings: Questions Daubert Does Not Answer", *Seton Hall Law Review*, C. 33, Sa. 4, 2003, s. 1137 vd.

²¹ Alessandra A. Paulino/Jianjiang Feng/Anil K. Jain, "Latent Fingerprint Matching Using Descriptor-Based Hough Transform", *IEEE Transactions On Information Forensics and Security*, C. 8, Sa. 1, 2013, s. 31 vd.

Gönüllü Parmak İzi Vermeye Dair Değerlendirme

Burada bir kişinin gönüllü olarak parmak izi vermesi konusu değerlendirilmeye değerdir. Bir kişinin gönüllü olarak polise başvurarak parmak izini vermek istemesi hayatın olağan akışına aykırıdır. Ayrıca kolluk karşısında verilen rızanın olaydaki koşullar dolayısıyla korku veya baskı altında verilmesi de söz konusu olabilir.²²

Kişilerden gönüllü parmak izi almaya dair bir düzenleme yapılmasında amaç bu olmayabilirse de bu düzenlemenin polisin, durumu herhangi bir parmak izi alma sebebine uymadığı halde parmak izini almak istediği kişilerden parmak izi almasına hizmet edebilecektir.

Örneğin, Hakkari’de emniyet müdürlüğü tarafından “vatandaşlar kaybolduklarında daha kolay ulaşılabilmeleri ve mağduriyetlerinin giderilmesi için” evler gezilerek gönüllü olanlardan parmak izleri alınmış olması eleştirilmiştir.²³ Gönüllü olarak parmak izi verecek kişinin parmak izinin alınması için özgür ve aydınlatılmış iradesi ile önceden rıza göstermiş olması gereklidir.²⁴

Mahkemelerin Parmak İzi Alma İşlemine Karşı Yaklaşımları

Burada Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin ve AİHM’nin parmak izi alınmasına dair birer kararına değinmek yararlı olacaktır.

Amerikan Yüksek Mahkemesi, önüne gelen bir dosyada bir kişiden zorla parmak izi almanın mümkün olduğuna karar vermiştir.²⁵ Bir başka olayda ise, öldürülmüş halde bulunan bir kadının dört bina yanındaki bir dairede oturan şüpheliden parmak izi vermesi için polis merkezine gelmesi istenilmiş ancak şüpheli parmak izi vermek üzere polis merkezine gitmemiştir. Bu durumda, kişinin kendisi aleyhine tanıklık yapmasının söz konusu olmadığı veya kişinin kendi aleyhine delil vermeme hakkının fiziksel delilleri kapsamadığı değerlendiril-

²² Centel/Zafer, s. 362; Ergül/Ketizmen, s. 16.

²³ <https://twitter.com/EmniyetHakkari/status/1574752874155876358?s=20> (Son erişim tarihi: 12.05.2023). Bu uygulamanın eleştirisi için bkz. <https://haber.sol.org.tr/haber/yuksekovada-polis-evlerden-parmak-izi-aldi-baro-baskani-fisleme-tepkisi-gosterdi-351473> (Son erişim tarihi: 12.05.2023).

²⁴ Yenisey/Nuhoğlu, s. 716.

²⁵ Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin United States v. Wade, 388 U.S. 218 (1967) kararı, karar için bkz. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/218/> (Son erişim tarihi: 12.05.2023).

miş ve şüphelinin parmak izi vermeye gitmemesinin aleyhine yorumlanabileceğine karar verilmiştir.²⁶

AIHM, hakkındaki kovuşturma sonucunda beraat eden sanığın soruşturma nedeniyle alınmış olan parmak izi kayıtlarının muhafaza edilerek silinmemesinin haklı bir nedeninin olmaması ve kamu yararı ile kişi yararının arasında kurulması gereken adil denge bakımından gerekli olmadığına karar vermiştir. Kararda ayrıca, bu verilerin muhafaza edilmeye devam edilmesinin demokratik toplum bakımından gerekli olmadığı, orantısız bir müdahale olduğu ve başvuruçunun özel yaşama saygı gösterilmesi hakkının ihlal edildiğine dair ifadeler dikkate değerdir.²⁷

Şüpheli ve Sanığın Parmak İzinin Alınmasına Katlanma Yükümlülüğü

Son olarak, şüpheli ve sanığın parmak izlerinin alınmasına katlanma yükümlülüklerinin bulunup bulunmadığına değinmek yerinde olacaktır. Şüpheli ve sanığın parmak izini vermeye rızası olduğu hallerde parmak izinin alınabileceğinde tartışma yoktur.

Öğretide çoğunluk, parmak izi verme dahil, şüpheli veya sanığın fizik kimlik tespiti için gereken işlemlerde, isteksiz olduğu hallerde ise parmak izinin zorla alınacağı²⁸ ve parmak izi verme işleminin kişinin kendi aleyhine delil vermeme hakkı kapsamında korunmayacağı görüşündedir.²⁹ Ancak bu zorlamanın şüpheli veya sanığı bu işlemlere aktif bir katılımında bulunmak zorunda bırakmaması gerektiğinin,³⁰ ölçülülük ilkesine³¹ ve insan onuruna uygun şekilde şiddet içermemesi

²⁶ Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin *Commonwealth v. Craig W. Conkey*, 430 Mass. 139 (1999) kararı, karar için bkz. <https://law.justia.com/cases/massachusetts/supreme-court/volumes/430/430mass139.html> (Son erişim tarihi: 12.05.2023).

²⁷ AIHM'nin *S ve Marper v. Birleşik Krallık* kararı, başvuru no: 30562/04, 30566/04 ve 04.12.2008 tarihli karar, par. 125.

²⁸ Schroeder/Verrel, s. 99; Turhan, s. 305; Ersin, s. 203; Nazlı Hilal Demir, "Yasak Deliller ve İnsan Onuru", İstanbul Kültür Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012, s. 128.

²⁹ Feridun Yenisey, "Örgütlü Suçluluk ve Hukuka Aykırı Deliller", Hukuka Aykırı Deliller Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 1996, s. 131.

³⁰ Asuman İnce Tunçer, "Susma Hakkı Bağlamında Birtakım Ceza Muhakemesi İşlemlerinin Değerlendirilmesi", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, Sa. 2, 2018, s. 374.

³¹ Öztürk/Eker Kazancı/Soyer Güleç, s. 279.

gerektiğinin³² de ileri sürüldüğünü belirtmek gerekir. Şüpheli ve sanığın, kimlik tespiti kapsamında başvurulacak diğer tanıma yöntemleri gibi, parmak izinin alınması işlemine de katılmaya zorlanmasının aleyhe delil vermeme hakkı kapsamında olmadığı ve şüpheli ve sanığın bu işleme katlanması gerektiği öne sürülmüştür.³³

Buna karşılık, azınlıkta olan görüşü savunanlar ise, Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan kişinin kendini suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamayacağı hükmü nedeniyle şüpheli ve sanıkların parmak izi vermeye zorlanamayacakları,³⁴ parmak izlerinin alınması işlemine aktif katılımlarının beklenemeyeceği ve zorlamanın cebir veya kötü muamele mi yoksa disiplin yaptırımını gibi birtakım hukuki baskılar mı içerebileceğinin belirsiz olduğu ve parmak izi almak için şüpheli veya sanığa uygulanan zorlamanın cebir boyutuna ulaşması durumunda bu tür bir işlemin insan onuruna aykırı olacağı ileri sürülmüştür.³⁵

Şüpheli veya sanığın parmak izinin zorla alınmasına katlanma yükümlülüğü bulunmadığı görüşünü savunan bir görüş ayrıca dikkate değerdir. Buna göre, bir kişinin olay yerinde olup olmadığına dair kendisine sorulan bir soruya cevap vermeme hakkı tanındığı tartışmasızdır. Bir tür hüviyet tespiti niteliği taşıyan parmak izinin şüpheli veya sanıktan zorla alınarak olay yerinden toplanan örneklerle karşılaştırılması üzerine bir sonuç alınması durumunun, bir kişiye olay yerinde olup olmadığını sorup da ondan bir sonuç çıkarma ile aynı anlama geleceği, bunun da hukuka aykırı olacağı ileri sürülmüştür. Ayrıca, suç işlemeden önce alınan parmak izinin bir soruşturma veya kovuşturmada delil olarak kullanılmasının, şüpheli ve sanığın, bu sıfatı kazanmadan önce alınacak beyanda olduğu gibi, kendini itham etmeme hakkına aykırı olacağı savunulmaktadır.³⁶

2016 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nin Kaliforniya Eyaleti'nde geçerli olmak üzere, ilgili adreslerde bulunan herkesin parmak izi kullanılarak kilitleri açılan telefon ve elektronik cihazların açılması için

³² Ömeroğlu, s. 87.

³³ Yenisey, Kolluk Hukuku, s. 504.

³⁴ Bıçak, s. 189.

³⁵ İnci, s. 152.

³⁶ Aydın, s. 245 vd.

parmak izini kullanarak bu cihazlara erişim izni vermeleri gerektiğine, gerektiğinde zor kullanılmasına dair genel bir karar alınmış ve bunun üzerine kişileri buna zorlamanın mümkün olup olmadığı tartışılmıştır. Buna dair eleştiriler kararların dar kapsamlı ve içeriğinin net olması, telefonda bulunan hangi bilgiye ulaşılmasının amaçlandığının da belirli olması gerektiği, bu kararı veren makamın dayandığı gerekçelerin çok önce verilmiş ve bugünün ihtiyaçlarına cevap vermeyecek kararlara dayandığı gerekçelerini içermektedir. Kişilerin, zorla parmak izini vererek telefon ve elektronik cihazları kolluğun incelemesine sunmanın mümkün olduğu görüşünde olanlar ise, telefon ve elektronik cihazların parmak izi kullanılarak açılması halinde elde edilecek bilgilerin, şüphelinin beyanıyla alınmadığından beyan delili niteliğinde değil fiziksel delil niteliğinde olduğunu savunmaktadır.³⁷

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Mevzuatımızda parmak izi alınmasına dair düzenlemelerin, on sekiz yaşından büyük olan vatandaşların tamamına yakınının parmak izinin alınmasını gerektireceğini ve bu durumun da AİHM'nin ölçütlerini ihlal edeceğini ifade etmek gerekir.³⁸

Ayrıca, Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan, hiç kimsenin kendisini ve yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunma veya bu yolda delil göstermeye zorlanamamasına dair düzenlemenin de sanık hakları bakımından sadece şüpheli ve sanığın kendi aleyhine delil verme hakkını, yalnızca beyan delili bakımından karşı koruma getiren Amerikan Anayasası'ndan, susma hakkının kullanılmasından aleyhe sonuç çıkarılmasına izin veren İngiliz hukukundan daha ileri bir düzenleme olduğunu söylemek gerekir. Ancak, kanunlarımızdaki bazı düzenlemelerin ve uygulamanın Anayasa ile uyumlu olduğunu söylemek güçtür. Buna göre, PVSK'nın 5. maddesinde parmak izinin gönüllü verilmesine dair cümlenin yürürlükten kaldırılması, bu hukuka aykırılığı giderecektir.

³⁷ Efren Lemus, "When Fingerprints Are Key: Reinstating Privacy to the Privilege Against Self-Incrimination in Light of Fingerprint Encryption in Smartphones" *Southern Methodist University Law Review*, C. 70, Şa. 2, 2017, s. 534 vd.

³⁸ R. Barış Erman, "Adli Yargı Sisteminde DNA Örnekleri ve Profilleri - S. ve Marper - Birleşik Krallık Davası", *Fasikül Hukuk Dergisi*, C. 2, Sa. 11, 2010, s. 23.

Son olarak, kanunlardaki parmak izinin hangi hallerde alınacağına, kullanılacağına, parmak izlerinin sistemde saklanmasına ve sistemden silinmesine dair düzenlemelerin, yukarıda bahsedildiği üzere bu verilere keyfi olarak erişilmesini önleyecek, ayrıca hukuk güvenliği, özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması ilkelere, masumiyet karinesine ve Anayasa'daki kendini itham etmeme hakkına uygun olacak şekilde gözden geçirilmesi yerinde olacaktır. Bu paragrafta bahsedilen parmak izinin kaydedilmesine dair PVSK'nın 5. maddesine, bu sisteme keyfi olarak erişen kamu görevlilerinin cezalandırılacağına dair bir düzenleme eklenmesi yerinde olacaktır.

Kaynakça

Kitaplar ve Makaleler

- Aydın Murat, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Kendini İtham Etmeme Hakkı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Berger Margaret A., "Expert Testimony in Criminal Proceedings: Questions Daubert Does Not Answer", *Seton Hall Law Review*, C. 33, Sa. 4, 2003.
- Bıçak Vahit, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Centel Nur/Zafer Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 19. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2020.
- Demir Nazlı Hilal, *Yasak Deliller ve İnsan Onuru*, İstanbul Kültür Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012.
- Donay Süheyl, *Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2015.
- Ergül Ozan/Ketizmen Muammer, "Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Üzerine", *Güncel Hukuk Dergisi*, Sa. 44, 2007.
- Erman R. Barış, "Adli Yargı Sisteminde DNA Örnekleri ve Profilleri – S. ve Marper – Birleşik Krallık Davası", *Fasikül Hukuk Dergisi*, C. 2, Sa. 11, 2010.
- Ersin Ali, "Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü", *Ceza Hukuku Dergisi*, Sa. 16, 2011.
- İnce Tunçer Asuman, "Susma Hakkı Bağlamında Birtakım Ceza Muhakemesi İşlemlerinin Değerlendirilmesi", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, Sa. 2, 2018.
- İnci Zekiye Özen, "Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku Mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, Sa. 2, 2017.
- Karakehya Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Nisan Kitabevi, Eskişehir, 2022.
- Lemus, Efren, "When Fingerprints Are Key: Reinstating Privacy to the Privilege Against Self-Incrimination in Light of Fingerprint Encryption in Smartphones" *Southern Methodist University Law Review*, C. 70, Sa. 2, 2017.

- Özbek Veli Özer, Polis Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Temel Haklara Müdahaleler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Öztürk Bahri/Eker Kazancı Behiye/Soyer Güleç Sesim, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Öztürk Bahri/Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Sırma Gezer Özge/Saygılar Yasemin F./Alan Esra/Özaydın Özdem/Erden Tütüncü Efser/Altınok Villemin Derya/Tok Mehmet Can, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Paulino Alessandra A./Feng Jianjiang/Jain Anil K., "Latent Fingerprint Matching Using Descriptor-Based Hough Transform", *IEEE Transactions On Information Forensics and Security*, C. 8, Sa. 1, 2013.
- Schroeder Friedrich-Christian/Verrel Torsten, Ceza Muhakemesi Hukuku, çev. Salih Oktar, Ankara: Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Şahin Cumhur/Göktürk Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Turhan Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil Yayıncılık, Ankara, 2006.
- Yenisey Feridun, Kolluk Hukuku, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2015.
- Yenisey Feridun, "Örgütlü Suçluluk ve Hukuka Aykırı Deliller", Hukuka Aykırı Deliller Sempozyumu, *İstanbul Barosu Yayınları*, İstanbul, 1996.
- Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Yurtcan Erdener, "PVSK Değişikliğine Dair Birkaç Not", *Güncel Hukuk Dergisi*, İstanbul, Sa. 44, 2007.
- Zafer Hamide, "Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 5681 sayılı Kanun'un Değerlendirilmesi", Sulhi Dönmezer Armağanı, C. 2, Atatürk Araştırma Merkezi Başkanlığı Yayını, Ankara, 2008.
- <https://twitter.com/EmniyetHakkari/status/1574752874155876358?s=20> (Son erişim tarihi: 12.05.2023). Bu uygulamanın eleştirisi için bkz.
- <https://haber.sol.org.tr/haber/yuksekovada-polis-evlerden-parmak-izi-aldi-baro-baskani-fisleme-tepkisi-gosterdi-351473> (Son erişim tarihi: 12.05.2023).

Mahkeme Kararları

- AİHM'nin S ve Marper v. Birleşik Krallık kararı, başvuru no: 30562/04, 30566/04 ve 04.12.2008 tarihli karar.
- Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin United States v. Wade, 388 U.S. 218 (1967) kararı, karar için bkz. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/218/> (Son erişim tarihi: 12.05.2023).
- Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin Commonwealth v. Craig W. Conkey, 430 Mass. 139 (1999) kararı, karar için bkz. <https://law.justia.com/cases/massachusetts/supreme-court/volumes/430/430mass139.html> (Son erişim tarihi: 12.05.2023).

KARAYOLLARINDA KULLANILAN OTONOM ARAÇLARDAN DOĞAN CEZAI SORUMLULUK SORUNU

THE PROBLEM OF CRIMINAL LIABILITY ARISING FROM AUTONOMOUS VEHICLES USED ON HIGHWAYS

Faruk ÖZALP*

Özet: Yapay zekâ dünyasında yaşanan şaşırtıcı gelişmelere paralel olarak otomasyon teknolojisinin gelişmesiyle sürücüsüz araçlar olarak nitelenen otonom araçları yaygınlaşmakta ve bu araçların halka açık yerlerde kullanımı artmaktadır. Otonom araçların artması sonucu bu araçların karıştığı trafik kazaları meydana gelmekte ve cezai sorumluluk konusunda sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda çalışmamızda da öncelikli olarak yapay zekâ kavramı, yapay zekâ ürünü olan otonom araç tanımı ve sınıflandırması hakkında bilgi vererek otonom araçlarla ilgili Türk ve yabancı hukukta yer alan düzenlemelere yer verdik. Ardında otonom araçlardan doğan cezai sorumluluk sorunu üzerinde durarak, otonom araçların suçun süjesi olup olmaması ve bu kapsamda cezalandırılıp cezalandırılmayacağı sorununu tartıştık. Akabinde otonom araç sürücülerin, yazılımcıların ve üreticilerin trafik kazası sonucu meydana gelen olumsuz neticeden doğan taksir ve kast sorumluluklarına değindikten sonra sonuç bölümüyle genel değerlendirmemizi yapıp çalışmamızı tamamladık.

Anahtar Kelimeler: Yapay Zekâ, Otonom Araç, Cezai Sorumluluk, Taksir ve Kast Sorumluluğu

Abstract: In parallel with the astonishing developments in the world of artificial intelligence, with the development of automation technology, autonomous vehicles, which are defined as driverless vehicles, are becoming prevalent and the use of these vehicles in public places is increasing. As a result of the increase in the use of autonomous vehicles, traffic accidents involving these vehicles occur and problems arise regarding criminal liability. In this context, in our article, we primarily gave information about the concept of artificial intelligence, the definition and classification of autonomous vehicles, which are products of artificial intelligence, and we

* Okan Üniversitesi, Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, farukozalp01@gmail.com, ORCID: 0000-0002-8877-7177, Makalenin Gönderim Tarihi: 08.06.2023, Kabul Tarihi: 20.09.2023

touched on the regulations in Turkish and foreign legislation regarding autonomous vehicles. Subsequently, we touched on the problem of criminal liability arising from autonomous vehicles, and in this context, we discussed the issue of whether autonomous vehicles are the subject of the crime and whether they will be punished in this context. Afterwards, after mentioning the negligence and intentional liability of autonomous vehicle drivers, software developers and manufacturers as a result of a traffic accident, we made our general evaluation with the conclusion section and finished our article.

Keywords: Artificial Intelligence, Autonomous Vehicle, Criminal Liability, Negligence and Intentional Liability

GİRİŞ

İnsanoğlu, yapay zekâ uygulamasının ufukları genişletmesi adına yeni bir dijital devrimi ortaya çıkardığı bir çağın eşiğindedir. Bu bağlamda yapay zekâ son yıllarda devrim niteliğindeki teknolojik gelişmelerle birlikte ev işleri, bankacılık, cerrahi operasyon, ilaç sektörü, tarım ve hayvancılık, uzay araştırmaları, savunma sanayisi, iç ve dış güvenlik olmak üzere hayatın birçok alanında kendisine daha fazla yer bulmaktadır. Özellikle küresel ısınmayla birlikte artan depresyon, sel ve çığ gibi doğal afetlerde arama kurtarma faaliyetlerinde kullanılan yapay zekâ ürünü robotlarla afet mağduru insanların hayatları riske atılmadan yüzlerce insanın hayatı kurtarılmaktadır. Tüm bu gelişmelerin yanı sıra ABS, EPS, start-stop ve araç asistanı gibi özelliklerle yolculuk esnasında sürücüye yardımcı olma, yol güvenliği, seyir güzergahı ile yakıt tasarrufu hakkında plan yapma, olası seçenekleri sunma, seyir halinde olan sürücü hatalarını azaltma, bilgi verme, uyarma, sürücüye ekstra konfor sağlama gibi otomobil sanayisinde yapay zekâ teknolojisini görmekte ve hizmete sunulmak için sürücüsüz araçların test edilmek amacıyla piyasaya sürüldüğüne de tanık olmaktadır.

Bu şekilde birçok faydası olan yapay zekâ, yaşam hakkı gibi evrensel bir takım temel haklar için ciddi riskler de oluşturabilir. Sokaklarda seyir halinde olan otonom arabaların veya sanayide robotların kullanılması, bireyin yasal olarak korunan çeşitli haklarına zarar verebilir. Şu an itibarıyla yapay zekâ ürünü araçlarda aracın kontrolü sürücüde olduğu için doğal olarak olası tehlike arz eden durumlarda araca müdahale yükümlülüğü de sürücüde olmaktadır. Buna mukabil test aşamasında olması nedeniyle aktif kullanılmayan ve yakın gelecekte halkın kullanımına sunulacak olan otonom araçlar, gelişmiş yapay

zekâ programı sayesinde sürüş göreviyle ilgili karar verme yetkisini sürücüden alarak bu görevi tamamen kendileri üstlenecektir. Bu şekilde yapay zekâ ürünü olan otonom araç ile meydana gelen yaralama, ölüm veya maddi zararlı neticeden doğan cezai sorumluluk önem arz etmektedir. Acaba buradaki cezai sorumluluğun yüklenicisi yapay zekânın kendisini mi, programcısı mı, üreticisi mi veya kullanıcısı mı olacaktır?

Çalışmamızın konusu sadece karayollarında seyir halinde olan yapay zekâ ürünü otonom araçlarla sınırlı olacağını belirtmek isteriz. Bu açıdan öncelikle yapay zekâ kavramını açıklayıp, ardından bir yapay zekâ ürünü olan otonom araçların tanımı, sınıflandırması, Türk ve yabancı hukukta otonom araçlarla ilgili yapılan düzenlemelere yer vereceğiz. Akabinde otonom araçlarda cezai sorumluluk hususu üzerinde durup, sorumluluk kapsamında otonom araçların ceza hukukunun süjesi olup olmadığını izah edip, ardında taksir ve kast sorumluluğuna değinip sonuç bölümüyle çalışmamızı tamamlayacağız.

I. KAVRAMSAL AÇIKLAMALAR

Yapay Zekâ

Tarihsel olarak yapay zekâ (AI-Artificial Intelligence) ifadesi, 1950'lerin sonlarında, yazılım ve donanımda insan düzeyinde zekâyâ sahip bir varlığı gerçekleştirmeye yönelik güçlü arzuya değinmek için türetilmiştir.¹ David Rumelhart'ın 1950 ile 1960'larda kontrol teorisi alanında ortaya çıkan 1980'lerin başında yeniden keşfettiği ve şu anda sözde yapay zekâ devriminin merkezinde yer alan ünlü geri yayılım algoritması ile toplum tarafından pek görülmesi de Google, Netflix, Facebook ve Amazon gibi şirketlere güç verecek şekilde, belge alma, metin

¹ Micheal I. Jordan, "Artificial Intelligence - The Revolution Hasn't Happened Yet", *Harvard Data Science Review*, Jun 2019, Iss. 1.1, s. 3-4 <https://www.researchgate.net/publication/334165961_Artificial_IntelligenceThe_Revolution_Hasn't_Happened_Yet> Erişim:12.04.2023. Yaygın algının aksine, yapay zekâ tamamen yeni bir disiplin değildir. Kurucu kavramlarının birçoğu felsefe, mantık, matematik, muhakeme teorileri, bilişsel psikoloji ve dilbilimde birikmiş 2000 yılı aşkın kavrayışa dayanmaktadır. Yapay zekânın tarihi geçmişi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Stephan De Spiegeleire/Matthijs Maas/Tim Sweijts, *Artificial Intelligence and the Future of Defense: Strategic Implications for Small - and Medium - Sized Force Providers*, The Hague Center for Strategic Studies, Hague, 2017, s.31-39.

sınıflandırma, dolandırıcılık tespiti, öneri sistemleri, kişiselleştirilmiş arama, sosyal ağ analizi, planlama, teşhis ve A/B testi gibi alanlarda araştırma ve sistem oluşturma şeklinde büyük bir başarı elde etti.²

Günümüzde birçok alanda yer alarak modern insan hayatının ayrılmaz parçası haline gelen yapay zekâ sayesinde işler rasyonel bir şekilde hedef odaklı daha hızlı bir şekilde çözülmekte ve bunun sonucunda maksimum fayda sağlanabilmektedir.

Yapay zekâ basit bir ifadeyle toplumda, bilgisayara sunulan veri ve algoritma yoluyla öğrenerek sonuca ulaşan bir makine öğrenmesi (Machine Learning) olarak bilinmektedir. Yapay zekânın bir öğrenme tekniği olan makine öğrenimi, verileri işleyen, tahminlerde bulunan ve karar vermeye yardımcı olan algoritmaları tasarlamak için istatistik, bilgisayar bilimi ve diğer birçok disiplinden akan fikirleri harmanlayan algoritmik bir alandır.³Yapay zekânın diğer bir öğrenme tekniği olan ve makine öğrenme tekniğini göre daha yeni olan derin öğrenme (Deep Learning) sistemi, yeni bilgilerin nasıl öğrenildiğini, soru ve sorunlarla nasıl başa çıktığını izah etmek için kullanılan bir döngüdür.⁴ Aslında derin öğrenme, yapay nöron ağlarının kullanılmasına ilişkindir.⁵ İnsan beyinde yüz milyar civarında bulunan nöronlar arasında trilyonlarca bağlantı bulunmaktadır. İnsan beyninin temel çalışma sistemine göre tasarlanmış olan derin öğrenme sistemiyle çok daha az sayıda yapay nöronla çok daha güçlü bir öğrenme sistemi inşa edilmeye çalışılmaktadır.⁶ Makine öğrenimi, geri yayılım adı verilen bir yöntem kullanılarak eğitilmiş, uyarlanabilir yapay sinir ağlarının bir biçimi olan derin öğrenme sistemi ile önemli ölçüde mesafe kat etmiştir.⁷

² Jordan, s. 4-5.

³ Jordan, s. 4.

⁴ Koray Doğan, "Sürücüsüz Araçlar, Robotik Cerrah, Endüstriyel Robotlar ve Cezai Sorumluluk", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, 2019, C. 21, Özel S., s. 3237.

⁵ Başak Bak, "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2018, S. 35, s. 213.

⁶ Zeynel Kangal, *Yapay Zekâ ve Ceza Hukuku*, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2021, s. 26-27.

⁷ Artificial Intelligence and Life in 2030, "One Hundred Year Study on Artificial Intelligence", Stanford University, September 2016, s. 14. "One Hundred Year Study on Artificial Intelligence" isimli Stanford Raporu, geniş bir akademisyen grubu tarafından yürütülen araştırmalara dayanmaktadır. Raporun adından anlaşıldığı gibi Stanford Üniversitesi tarafından başlatılan bu çalışma, Stanford

Yapay zekâ özelliğine sahip makine, insan davranışları taklit etme özelliğine sahiptir. İnsan gibi davranmaya çalışan yapay zekâ, doğal olarak insan gibi düşünme ve insan fiillerini taklit etme üzerine programlanmış makinelerde insan zekâsının bir simülasyonu olarak tanımlanmaktadır.⁸Başka ifadeyle bütün akıllı zihinlerin doğasını inceleyebilen yapay zekâ, insan eylemlerinin ve bilişsel süreçlerinin bir bilgisayardaki simülasyonudur.⁹ Ancak yapay zekâ zaman zaman insan zihniyle işlevsel olarak örtüşse de birbirinden tamamen farklı şeyle olduğu için bunları kıyaslamak yanlıştır.¹⁰Çünkü insan zihni, bir yapay zekâ ürünü olan bilgisayarların kullanmadığı duygu, bilinç, sezgi gibi zihinsel yöntemleri kullanır.¹¹ Yapay zekâ ise önceden belirlenmiş kurallara göre hareket eden ve her somut olaya göre bilgilerini bağımsız olarak işleyen bir yazılımdır.¹²

Yapay zekânın beş özelliğe sahip olması beklenir. Bunlardan ilki iletişimidir. Kişi yapay zekâyâ sahip bir varlıkla iletişim kurabilir. Bir varlıkla iletişim kurmak ne kadar kolaysa, o varlık o kadar zeki görünür. İkincisi içsel bilgidir. Burada yapay zekânın kendisi hakkında bazı bilgilere sahip olması beklenir. Üçüncüsü ise harici bilgidir. Yapay zekânın dış dünya hakkında bilgi sahibi olması, onun hakkında bilgi edinmesi

Üniversitesi'nin Yapay Zekâ Araştırma Merkezi tarafından desteklenmektedir. Bu rapor, yapay zekâ teknolojilerinin toplum ve insan yaşamı üzerindeki etkilerini inceleyen ve bu teknolojilerin güvenli, etik ve toplumsal olarak kabul edilebilir bir şekilde geliştiren bir çalışma olmakla birlikte gelecekteki yapay zekâ gelişimine dair önemli perspektifler sunar.

<https://ai100.stanford.edu/sites/g/files/sbiybj18871/files/media/file/ai-100report10032016fnl_singles.pdf>Erişim: 14.04.2023.

⁸ Nursena Çetingül, "Ceza Sorumluluğu Bakımından Yapay Zekânın Hukuki Statüsünün Tartışılması", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Sayısı*, Eylül 2021, C. 20, S. 41, s. 1019.

⁹ Gabriel Hallevey, "The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities -from Science Fiction to Legal Social Control", *Akron Intellectual Property Journal*, 2010, Vol. 4, Iss. 2, Article 1, s. 172<<https://ideaexchange.uakron.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1037&context=akronintellectualproperty>>Erişim: 13.04.2023.

¹⁰ Yapay zekâ veri işlemede iyi olup, ancak bir insan beyni gibi soyut düşünmede iyi olmadığından insan zihniyle kıyaslanamaz. Bu konuda hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ben Dickson, There's a Huge Difference Between AI and Human Intelligence – so Let's Stop Comparing Them, August 2018, section 5<<https://bdtechtalks.com/2018/08/21/artificial-intelligence-vs-human-mind-brain/>>Erişim:13.04.2023.

¹¹ David Cyclebak, Examining The Intelligence in Artificial Intelligence, s. 5<<https://philarchive.org/archive/CYCETI>>Erişim: 13.04.2013.

¹² Kangal, s. 21.

ve bu bilgiyi kullanması beklenir. Dördüncüsü hedef odaklı davranıştır. Yapay zekânın hedeflerine ulaşmak için harekete geçmesi beklenir. Sonuncusu ise yaratıcılıktır. Burada da yapay zekânın bir dereceye kadar yaratıcılığa sahip olması beklenir. Bu bağlamda yaratıcılık, ilk eylem başarısız olduğunda alternatif eylemde bulunma becerisi anlamına gelir.¹³

Avrupa'da yapay zekâ terimi, "çevrelerini analiz ederek ve belirli hedeflere ulaşmak için bir dereceye kadar özerklikle- harekete geçerek akıllı davranış sergileyen sistemler" şeklinde resmi olarak tanımlanmıştır.¹⁴ Avrupa Birliği Komisyonu tarafından 21 Nisan 2021 tarihinde yayımlanan "Yapay Zekâya İlişkin Uyumlaştırılmış Kurallara (Yapay Zekâ Düzenlemesi) ve Birlik'in Yasal Düzenlemelerinin Değiştirilmesine Yönelik Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi Tüzüğü Teklifi"nin tanımlar başlıklı 3'üncü maddesine göre de yapay zekâ sistemi, Ek 1'de (tüzük ek-1 de) listelenen teknik ve yaklaşımlardan bir veya daha fazlası ile geliştirilen ve insan tarafından oluşturulmuş amaçlar kapsamında, etkileşimde buldukları ortamları etkileyen içerik, tahmin, öneri veya karar gibi çıktılar üretebilen yazılım anlamına gelir.¹⁵

Aslında matematik ve bilgisayar tabanlı olması nedeniyle yapay zekâ hakkında farklı yaklaşımlar olduğundan dolayı bu konuda özgün ve kesin bir tanım yapmanın zor olduğunun altını çizmek gerekir.¹⁶ Yapay zekânın evrensel olarak kabul edilmiş bir tanımının olmaması, muh-

¹³ Hallevey, s. 175-177.

¹⁴ Maxim Dobrinoiu, "The Influence of Artificial Intelligence On Criminal Liability", *Challenges of the Knowledge Society Journal*, Criminal Law, 2019, s. 48.

¹⁵ 21 Nisan 2021 tarihinde Avrupa Birliği Komisyonu tarafından yayımlanan tüzük İstanbul Barosu tarafında Türkçeye çevrilmiştir. Tüzüğün Türkçeye çevrilmiş tam metni için bkz. <<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/AvrupaBirliyiYapayZekaya%C4%B0liskinTuzukTeklifiTurkceTercumesi.pdf>> Erişim: 11.04.2023. Ayrıca Avrupa Birliği Komisyonu'nun Üst Seviye Uzman Grubu tarafından yapılan tanımlamaya göre yapay zekâ, insanlar tarafından tasarlanan, kendisine karmaşık bir amaç verilen, çevreden elde ettikleri verileri algılayarak fiziksel ve dijital dünyada hareket eden, topladığı yapıyı veya yapılanmamış verileri yorumlayan, bu verilerden elde ettiği bilgiler üzerinde akıl yürüten ve verilen hedefe ulaşmak için -önceden tanımlanmış parametrelere göre- alınması gereken en iyi harekete karar veren sistemleri ifade eder. Bkz. High-Level Expert Group on Artificial Intelligence a Definition of AI: Main capabilities and scientific disciplines, 18 December 2018, s. 7<https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/ai_hleg_definition_of_ai_18_december_1.pdf>Erişim:13.04.2023.

¹⁶ Aleksandar R. Ivanovic/Zoran S. Pavlović, "Involving of Artificial Intelligence in Committing a Crime as a Challenge toThe Criminal Law of The Republic of Serbia", *Journal of Eastern-European Criminal Law*,2/ 2018, s. 47.

temel bu alanın sürekli hızlanan bir tempoda büyümesine, gelişerek yeniden ortaya çıkmasına ve ilerlemesine yardımcı olmuştur.¹⁷ Yapay zekâ konusunu ele alan mevcut literatürün analizine dayanarak yapay zekâ hakkında yapılan tüm tanımlar; insanlar gibi düşünen sistemler, insan gibi hareket eden sistemler, rasyonel düşünen sistemler ve rasyonel hareket eden sistemler şeklinde dört kategoride sınıflandırıldığı görülmektedir.¹⁸ Yapay zekâ günden güne gelişerek ilerlediği göz önüne alındığında da literatürde art arda üç yapay zekâ nesli olarak değerlendirilecek şekilde yapay zekânın üç katmandan oluştuğu konusunda hemfikir olunmuştur. Bu katmanlar; Google çeviri gibi belirli görevler için insan zekâsına eşit veya onu aşan makine zekâsından oluşan dar yapay zekâ (Artificial Narrow Intelligence), herhangi bir görevde insanın tüm performansını karşılayan makine zekâsından oluşan genel yapay zekâ (Artificial General Intelligence) ve herhangi bir görevde insan zekâsını aşan makine zekâsından oluşan süper yapay zekâ (Artificial Super Intelligence) şeklinde sınıflara ayrılır.¹⁹ Şu ana kadar geliştirilmiş tüm uygulamalar dar yapay zekâ kapsamında kalmaktadır. Ancak bulunduğumuz çağ itibariyle hızla ilerleyen teknolojiyle birlikte çok uzak olmayan bir zamanda genel yapay zekâ ve belki de süper yapay zekâ teknolojisiyle karşı karşıya kalacağız.

Otonom Araçlar

Otonom araç denildiğinde aklımıza hep 80'li yılların efsane dizisi olan Amerika yapımı Kara Şimşek (Orijinal adı Knight Rider) dizisi gelmektedir. TRT'de yayınlanan dizide, kendi kendine hareket edebilen, konuşabilen, dış saldırılara karşı kendini koruyan, çeşitli sensörlerle donatılan ve yapa zekâ ürünü olan tam otonomlu KITT isimli araç vardı. O zamanlar KITT ve benzeri araçlar sadece bilim kurgudan ibaretti. Aslında 1930'lardan beri bilimkurgu yazarları sürücüsüz arabaların olduğu bir geleceğin hayalini kurdular ve 1960'lardan beri yapay zekâ topluluğu için bunları yapmak zorlu bir sınav oldu.²⁰

¹⁷ Artificial Intelligence and Life in 2030 (Stanford Raporu), s. 12.

¹⁸ Rajakishore Nath, *Philosophy of Artificial Intelligence: A Critique of the Mechanistic Theory of Mind*, Universal-Publishers, Florida, USA 2009, s. 22. Ayrıca söz konusu sınıflandırmaya ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. s. 22-26.

¹⁹ De Spiegeleire/Maas/Sweijts, s. 30.

²⁰ Artificial Intelligence and Life in 2030(Stanford Raporu), s. 19.

İlk otomatik araç konsepti 1939'da General Motors tarafından sergilendi. Bu konuda ilk AR-GE çalışması da, 1950'lerde General Motors ve Radio Corporation of America Sarnoff Laboratuvarı tarafından ortaklaşa başlatıldı.²¹ 1964 yılından 2003 yılına kadar ABD, Avrupa ve Japonya'da, farklı devlet enstitüleri ve akademilerin bireysel ve ortak girişimleri altında, otomatik "bus and truck platon" sistemleri, süper akıllı araç sistemleri ve araçların çevrelerindeki yolları ve nesnelere algılama, anlama ve yorumlama için video görüntü işleme tabanlı sürüş sahnesi tanıma gibi konularda birçok Ar-Ge programı faaliyete geçti.²²2000'li yıllara geldiğinde, otonom araç (Autonomous Vehicles-VA) hayali denizde ve gökyüzünde ve hatta Mars'ta gerçek oldu, ancak sürücüsüz arabalar yalnızca laboratuvarlarda araştırma prototipleri olarak vardı.²³2004-2012 yılları arasındaki sekiz kısa yılda hem akademi hem de endüstride hızlı ve şaşırtıcı gelişmeler yaşandı. Sensör teknolojisinde ve algılama görevleri için makine öğreniminde olan gelişmeler ilerlemeyi hızlandırdı ve sonuç olarak Google'ın otonom ve Tesla'nın yarı otonom araçları şehrin sokaklarına inmiş oldu.²⁴ Bu şekilde otonom araçlar artık bir bilim kurgu fantezisi olmayıp şu anda dünya çapında geliştirilmekte ve özellikle Almanya ve ABD'de kullanılmaktadır.

Tanım ve Sınıflandırma

"Kendi kendini süren araba", "sürücüsüz araç", "insansız yer aracı" veya "mürettebatsız araç" gibi isimlerle de kullanılabilen otonom araçlar, kısmen ya da tamamen yapay zekâdan oluşan bir sistemin kontrolünde olan, karayolu, hava yolu, deniz yolu ve raylı sistem taşımacılığında kullanılabilen araçlardır.²⁵Karayolu aracı olarak bilinen Tesla Model S ve Y, deniz yolu aracı olarak bilinen Liquid Robotics'in Wave Glider, özellikle savunma alanında kullanılan insansız hava aracı olarak bilinen ANKA ve raylı sistem taşımacılığında kullanılan hızlı tren-

²¹ Asif Faisal/Tan Yiğitcan/Md Kamruzzaman/Graham Currie, "Understanding Autonomous Vehicles: A systematic literature review on capability, impact, planning and policy", *The Journal of Transport and Land Use*, 2019, Vol. 12, Iss. s. 47<<https://jtlu.org/index.php/jtlu/article/view/1405/1209>> Erişim:13.04.2023.

²² Faisal/Yiğitcan/Kamruzzaman/Currie, s. 47.

²³ Artificial Intelligence and Life in 2030(Stanford Raporu), s. 19.

²⁴ Artificial Intelligence and Life in 2030(Stanford Raporu), s. 20.

²⁵ Tuba Kelep Pekmez, "Otonom Araçların Kullanımından Doğan Cezai Sorumluluk: Türk Hukuku Bakımından Genel Bir Değerlendirme", *İstanbul Üniversitesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2018, C. 6, S. 2, s. 176-177.

ler otonom araçlar için örnek gösterilebilir. Otonom araçlar, kameralar, radarlar, lidarlar (ışıkla algılama ve ranging), ultrasonik sensörler, GPS birimleri ve/veya atalet sensörleri gibi farklı yerleşik kaynaklardan gelen gözlem akışlarını işleyen otonom karar alma sistemleridir. Bu gözlemler, arabanın bilgisayarı tarafından sürüş kararları vermek için kullanılır.²⁶ Esasen otonom araçlar sürüş esnasında karşılaşılan tüm durumlarda insan müdahalesi gerektirmeden tüm sürüş görevlerini yerine getirebilen araçlar olarak tanımlanabilir. Bu tanım da Amerikan Otomotiv Mühendisleri Derneği'ne (SAE-The Society of Automotive Engineers) göre seviye-5 olarak belirlenen en yüksek otomasyon seviyesini temsil eder.²⁷SAE'ye göre otonom araçlar iki kategoriye ayrılır. İlk kategorideki otonom araçlar, hızlanma, frenleme ve direksiyon gibi otomatik işlevleri yerine getirmekle birlikte, bu araçlarda sürücü sürüş görevine bağlı kalmalı ve herhangi bir zamanda aracın kontrolü yeniden ele almaya hazır olmalıdır. İkinci kategorideki otonom araçlar tüm sürüş görevlerini otonom olarak yerine getirebilir, öyle ki sürücünün sürüş ortamını izlemesine gerek kalmaz ve bu nedenle de dikkatini başka bir yere yönlendirebilir. Bu otomobiller genellikle gerçek anlamıyla "sürücüsüz" olarak adlandırılır.²⁸

Otonom bir otomobilin sürüş sahnesinde güvenli bir şekilde gezinmesi için çevresini anlayabilmesi gerekir. Literatürde, algılama ve lokalizasyon (Perception and Localization), üst düzey yol planlaması (High-Level Path Planning), davranış tahkim veya alt düzey yol planlaması (Behavior Arbitration, or low-level path planning) ve hareket denetleyicileri (Motion Controllers) şeklinde dört üst düzey bileşene dayanarak otonom sürüş sistemleri için geliştirilen yöntemleri açıkla-

²⁶ Sorin Grigorescu/Bogdan Trasnea/Tiberiu Cocias/Gigel Macesanu, "A Survey of Deep Learning Techniques for Autonomous Driving", *Journal of Field Robotics*, November 2019, s. 3.

²⁷ Anshuman Sharma/Zuduo Zheng, Connected and Automated Vehicles: Opportunities and Challenges for Transportation Systems, Smart Cities, and Societies, January 2021, s. 5<https://www.researchgate.net/profile/ZuduoZheng/publication/348209943_Connected_and_Automated_Vehicles_Opportunities_and_Challenges_for_Transportation_Systems_Smart_Cities_and_Societies/links/60034a90299bf140889ec2a9/Connected-and-Automated-Vehicles-Opportunities-and-Challenges-for-Transportation-Systems-Smart-Cities-and-Societies.pdf> Erişim:13.04.2023

²⁸ John Loh, "A Self-Driving Car Crashes: Who is responsible", *Lexicon*, 2 July 2022, s. 2<<https://www.docdroid.com/Yv7GijQ/a-self-driving-car-crashes-who-is-responsible-docx>>Erişim: 12.04.2023.

yan derin öğrenme²⁹ bilgileri bulunmaktadır.³⁰ Buradan yola çıkarak örneğin, otonom bir arabaya yol ağı üzerinden planlanan bir rota verildiğinde, arabanın ilk görevi kendi çevresindeki ortamı anlamak ve konumlandırmaktır. Bu temsile dayalı olarak sürekli bir yol planlanır ve arabanın sonraki eylemleri davranış tahkim sistemi tarafından belirlenir. Son olarak, hareket kontrol sistemi, planlanan hareketin yürütülmesinde oluşan hataları tepkisel olarak düzeltir.³¹ Bu şekilde ortaya çıkan hiyerarşik karar sürecini, çevredeki duyuşal gözlemleri ve bilgileri doğrudan kontrol çıktıklarına eşleyen tek bir derin öğrenme sistemine kodlamak için End2End öğrenme sistemi kullanılır. Otonom sürüş bağlamında End2End Learning Control sistemi, duyuşal verilerden kontrol komutlarına doğru, doğrudan yapılan bir eşleme olarak tanımlanır.³² En popüler End2End sistemlerinden biri yol takibinde etkisi olan Alvin (Autonomous Land Vehicle in a Neural Network) sistemidir. Bu sistemle simüle edilmiş yol görüntüleri kullanılarak eğitim gerçekleştirilmektedir. Carnegie Mellon, otonom navigasyon test aracı üzerinde yapılan başarılı testlerde, sistemin etkin bir şekilde gerçek yolları takip edebildiğini gösterdi.³³ Oto pilot sisteminin uygunluğunun değerlendirilmesi için Tesla gibi şirketler tarafından End2End Konvolüsyonel Sinir Ağları (Convolutional Neural Network) sistemi³⁴ önerildiğini belirtmek isteriz.

²⁹ Deep Learning (derin öğrenme), her bir kavramın daha basit kavramlarla ilişkili olarak tanımlandığı ve daha soyut temsillerin daha az soyut olanlarla hesaplandığı, iç içe geçmiş bir kavramlar hiyerarşisi olarak dünyayı anlaması için benzetimler kumayı öğrenerek büyük güç ve esneklik sağlayan özel bir makine öğrenimi türüdür. Belli bir makinenin öğrenim türü olan derin öğrenme sistemini iyi anlamak için makine öğreniminin temel ilkelerine dair sağlam bir anlayışa sahip olmak gerekir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ian Goodfellow/Yoshua Bengio/Aaron Courville, *Deep Learning*, MIT Press, 2016, s. 8. Makine öğrenim türleriyle ilgili ayrıntılı açıklama için ayrıca bkz. Goodfellow/Bengio/Courville s. 98-164.

³⁰ Grigorescu/Trasnea/Cocias/Macesanu, s. 4. Otonom sürüşte kullanılan derin öğrenme ve yapay zekâ teknolojilerinin yanı sıra yukarıda zikredilen hiyerarşik karar verme sürecini tasarlamak için kullanılan; üst düzey yol planlaması, davranış tahkim veya alt düzey yol planlaması ve hareket denetleyicileri şeklinde dört farklı metot vardır. Mevcut AI metodolojileri günümüzde sürücüsüz bir araba için farklı bileşenler tasarlanırken ya kullanılıyor ya da dikkate alınmıyor. Ayrıntılı açıklama için bkz. s. 10-24.

³¹ Grigorescu/Trasnea/Cocias/Macesanu, s. 4.

³² Grigorescu/Trasnea/Cocias/Macesanu, s. 19.

³³ Grigorescu/Trasnea/Cocias/Macesanu, s. 20. Ayrıca diğer popüler End2End sistemlerinin bulunduğu "End2End öğrenme yöntemlerinin" özeti başlığı altındaki Tablo-1 için bkz. s. 20.

³⁴ Derin öğrenme sistemlerinden biri olan, Konvolüsyonel Sinir Ağları (Convolution Neural Network-CNN) çok katmanlı algılayıcıların (Multi Layer Perceptron-MLP) bir türüdür. CNN sistemi, görüntü işleme, anlamsal ayrışma, cümle model-

Otonom aracın tanımlanması ve sınıflandırılması konusunda evrensel hukuk sisteminde kabul edilen yeknesak bir açıklama yoktur.³⁵ ABD’de Ulusal Karayolları Trafik Güvenlik İdaresi (National Highway Traffic Safety Administration-NHTSA) 2013 Mayıs ayında yayınladığı bir yazıda karayolu araçlarını, “No-Automation” olarak tanımlanan, tamamen insan kontrolünde olan hiç otonominin olmadığı 0-seviyesinden “Full Self-Driving Automation” olarak belirtilen insan kontrolüne gerek kalmayacak şekilde tam otonomlu olan 4’üncü seviye kadar bir sınıflandırma yaptı.³⁶ NHTSA’ya göre self-driving olarak bilinen otonom araçlar, aracın çalışmasının direksiyon, hızlanma ve frenlemeyi kontrol etmek için doğrudan sürücü girişi olmadan gerçekleştiği ve araç oto sürüş modunda çalışırken sürücünün sürekli olarak karayolunu izlemesinin beklenmeyeceği şekilde tasarlanan araçlardır.³⁷ Bu şekilde otonom araçların seviyelerini tanımlayan ilk kurum ABD Ulaştırma Bakanlığı’nın Ulusal Karayolu Trafik Güvenliği İdaresi oldu.

NHTSA’nın yaptığı en üst otonom sürüş seviyesi tanımının çok geniş olduğu görüldüğünden Amerikan Otomotiv Mühendisleri Derneği (SAE) tarafından NHTSA tarafından yapılan çalışma temel alınarak seviye-0’dan seviye-5 kadar bir tanımlama yaptı. SAE ve NHTSA tarafından yapılan 0 ile 3 seviyesindeki otonom araç tanımları benzerdir. Fakat NHTSA’nın seviye-4 otonom tanımı, SAE tarafından seviye-4 ve seviye-5 olarak alt bölümlere ayrılarak yapılmıştır. Seviye-0’da kontrol tamamen sürücüdür. Sistem uyarı mesajları verebilir, ancak buna uyup uymamak sürücülerin takdirindedir.³⁸ ABD kara yollarındaki araçlarında çoğu seviye-0’dadır. Sürücü, nesne ve olay algılama

leme, arama sorgusu elde etme, sınıflandırma, tahmin problemleri konusu gibi birçok konuda başarılar elde etmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Abdulkadir Şeker/Banu Diri/Hasan Hüseyin Balık, “Derin Öğrenme Yöntemleri ve Uygulamaları Hakkında Bir İnceleme”, *Gazi Mühendislik Bilimleri Dergisi*, 2017, C. 3, S. 3, s. 50; Ayrıca bkz. Artificial Intelligence and Life in 2030 (Stanford Raporu), s. 14-15.

³⁵ Cemre Polat, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukukunda Otonom Sistemler, Doktora Tezi, Bilkent Üniversitesi 2022, s. 253.

³⁶ Ulusal Karayolları Trafik Güvenlik İdaresi tarafından 31 Mayıs 2013 tarihinde yayınlanan politik yazıda sınıflandırma ile ilgili ayrıntılı açıklama yapılmıştır. Bkz. The Department of Transportation’s National Highway Traffic Safety Administration (NHTSA), A Preliminary Policy Statement Concerning Vehicle Automation<<https://www.greencarcongress.com/2013/05/nhtsa-20130531.html>>Erişim:13.04.2023.

³⁷ 31 Mayıs 2013 tarihinde yayınlanan NHTSA yazısı.

³⁸ Sharma/Zheng, s. 5.

ve tanımaya ilişkin tüm sorumluluğu elinde tutar.³⁹ Driver Assistance olan seviye-1'de, sürücü yardım sistemi yönlendirmeyi veya hızlanmayı/yavaşlamayı gerçekleştirir. İnsan sürücü, sürüş görevlerinin geri kalanını gerçekleştirir ve sürüş ortamını izler.⁴⁰ Buna örnek olarak otoyolda kullanılan araçta adaptif (uyarlanabilir) hız sabitleyicinin devreye sokulması verilebilir. Uyarlanabilir hız sabitleyici sistemler, öndeki araçla aradaki minimum takip mesafesini korumak için gaz veya fren uygulayarak aracın uzunlamasına hareketini otomatik olarak kontrol eder. Bu örnekte, sürüş otomasyon sistemi aracın hızlanması, yavaşlaması veya durması hareketini kontrol eder, ancak sürücü direksiyonu kullanarak aracın sağa sola hareketinden sorumlu olur.⁴¹ Partial Automation olan seviye-2'de kısmi otonomi olan araç, sürücü yardım sistemi hızlanma ve direksiyon gibi otomatik işlevleri bir araya getirir, ancak sürücü sürüş görevine bağlı kalmalı ve her zaman çevreyi izlemesi gerekir. Bugün birçok büyük otomotiv şirketi seviye-2 teknolojisinde uzmanlaştı.⁴² Tesla'nın Nisan 2022 itibarıyla piyasaya sürdüğü araç, "Oto pilot" ve "Tamamen Kendi Kendine Sürüş" teknolojisi adını alsa da sürekli sürücü gözetimi ve sürüş görevini devralmaya hazır olmayı gerektirdiği için seviye-2 sisteminde olan bir araçtır.⁴³

Conditional Automation olan seviye-3'te sürücünün bulunması bir zorunluluktur, fakat ortamı izlemek için gerekli değildir. Çünkü otomatik sürücü destek sistemi, tüm sürüş görevlerini yerine getirir ve çevreyi izler. Sistem devralma isteğinde bulunduğu sürücü isteğe uygun şekilde yanıt vermelidir. Bu anlamda seviye-3'teki bir araçta,

³⁹ Dorian G. Minond, "Liability Issues with Autonomous Vehicles: Current Uncertainty and Future Solutions", 2023, Seton Hall Law, s. 9 <https://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2339&context=student_scholarship> Erişim: 11.04.2023.

⁴⁰ Sharma/Zheng, s. 5.

⁴¹ Minond, s. 10.

⁴² 2023'ün başından itibaren seviye-2 sürücü destek sistemleri arasında Tesla'nın tam kendi kendine sürüş özelliğine sahip otomatik pilotu, Audi'nin sıkışık trafik yardımı, GM'nin süper seyir, BMW'nin genişletilmiş trafik sıkışıklığı asistanı, Ford'un mavi yolculuğu, Hyundai'nin otonom sürüş paketi ve çok daha fazlası yer alıyor. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. AUTOCRYPT, The State of Level 3 Autonomous Driving in 2023: Ready for the Mass Market, 13 January 2023 <<https://autocrypt.io/the-state-of-level-3-autonomous-driving-in-2023/#:~:text=As%20of%20the%20beginning%20of,driving%20package%2C%20and%20many%20more.>> Erişim: 12.04.2023.

⁴³ Minond, s. 12.

sürücü sistem tarafından sürüş sorumluluklarını geri almaya yönelik bir isteğe her zaman açık olmalıdır.⁴⁴SAE formülündeki seviye-3, sürücülerin gözlerini yoldan ayırmalarına izin veren ilk seviye olduğundan, araç üreticilerin bir aracın seviye-3 özelliğine sahip olduğunu iddia edebilmesi için resmi sertifikalar ve onaylar alması gerekir. Bu sertifikalar genellikle bölgesel ulaşım yetkilileri ve otoyol güvenlik kurumları tarafından verilir.⁴⁵ Seviye-3 otomatik sürüş sistemine bir örnek olarak Mercedes Benz'in "Drive Pilot"⁴⁶ teknolojisi verilebilir. Bu teknoloji kısa zaman önce Alman yetkililer tarafından otobanın belirlenmiş bölümlerinde sınırlı bir uygulama için onaylanmıştır.⁴⁷

High Automation olan 4'üncü seviyede, otomatik sürücü destek sistemi, kişi sistemin talebine uygun şekilde yanıt vermese bile sistem tüm görevleri yerine getirir ve ortamı izler.⁴⁸ Bu seviyeye sahip bir araç, sürücünün otonom sistemden gelen müdahale isteklerine yanıt vereceği beklentisine girmeksizin tüm dinamik sürüş görevini icra edebilir.⁴⁹ Başka bir ifadeyle tüm sürüş görevi otonom olarak gerçekleştirilir, ancak aracın çalışmasının beklendiği ortamla ilgili bazı sınırlamalar vardır. Bu sınırlamalar coğrafi sınırlama, kontrollü altyapı ve hava durumuna bağlı hareketler gibi şeylerdir.⁵⁰Örneğin, bir kolej

⁴⁴ National Highway Traffic Safety Administration-NHTSA, Automated Driving Systems 2.0: A Vision for Safety, September 2017, s. 6<Automated Driving Systems: A Vision for Safety (eckertseamans.com)>Erişim:12.04.2023.

⁴⁵ Mayıs 2022'de Mercedes-Benz, Mercedes-Benz S Class ve Mercedes EQS'de bir seçenek olarak satılan seviye-3 drive pilotunu ülkenin halka açık yollarında yasal olarak kullanmak üzere Alman ulaşım yetkilileri tarafından onaylanan dünyanın ilk üreticisi oldu. Seviye-3 sistemlerinin piyasaya sürülmesiyle ilgili basın bültenleri ve duyurularla dolu olsa da 2023 yılında L3 araçlarının kitlesel pazara sunulması pek olası değil. Bkz. Seviye 3 Otonom Sürüş 2023'te Kitlesel Pazara mı Geliyor? Başlığı altında AUTOCRYPTI, online yazı.

⁴⁶ SAE Level-3 Drive Pilot sistemi, sınırlı erişimli otoyollarda belirli koşullar altında aracı tamamen çalıştırmak üzere tasarlanan ve sistem tarafından sürücünün kontrolü yeniden ele alması istenene kadar sürücünün ellerini direksiyondan ve gözlerini yoldan ayırmasına izin veren bir sistemdir. Bu konu hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. <<https://group.mercedes-benz.com/innovation/case/autonomous/drive-pilot-2.html>> Erişim: 11.04.2023.

⁴⁷ Minond, s. 13.

⁴⁸ Sharma/Zheng, s. 5.

⁴⁹ Polat, s. 255.

⁵⁰ Erik Stayton/Jack Stilgoe, "It's Time to Rethink Levels of Automation for Self-driving Vehicles, IEEE Technology and Society Magazine", September 2020, Vol. 39, Iss. 3 s. 15< <https://ieeexplore.ieee.org/stamp/stamp.jsp?tp=&arnumber=9199318> > Erişim: 13.04.2023.

veya şirket kampüsünde otomatik olarak tanımlanmış bir rotayı çalıştıran otomatikleştirilmiş bir insan taşıma aracı veya insan gözetimi olmadan kamuya açık yollarda seyreden küçük otomatik bir teslimat aracı muhtemelen seviye-4 olarak nitelendirilecektir.⁵¹

Full Driving Automation olan 5'inci seviyede ise, otomatik sürücü destek sistemi, tüm yol ve çevre koşullarında tam sürüş modunda sürüş görevlerinin tamamını yerine getirir.⁵²Bu seviyedeki bir araç, koşulsuz olarak tüm sürüş fonksiyonlarını yerine getirebilecek donanımına sahiptir.

Bu şekilde sürüş otomasyonu ile ilgili genel bir terminoloji ortaya koyan SAE sürücüyü yardımcı olan özellikler (0-2 seviyeleri) ile otomatik sürüş (3-5 seviyeleri) arasında belirleyici bir çizgi çizmiştir. Şu anda halka açık level-4 veya level-5 araç bulunmamaktadır. SAE tarafından formüle edilen seviyelerde bazı eksikler olduğu belirtilmektedir. Örneğin seviyeler, insan-makine iş birliği olanaklarını yeterince ele alamamakta, yine otomasyonun sosyal etkileri açısından kritik öneme sahip olan çevre, altyapı ve kullanım bağlamlarının tartışılmasından kaçınılmaktadır.⁵³Ancak bu olumsuzluklarla birlikte SAE tarafından formüle edilen seviyeler otonom araç dünyasına hizmet ettiği de açıktır.

Otonom araçlarla ilgili haklı eleştirilerden biri, bu araçlar trafik kurallarına uygun bir şekilde kullanılırken güven ilkesine dayanarak başkalarının da aynı şekilde kurallara uygun şekilde aracı kullandığı varsayılmaktadır.⁵⁴ Ancak bu tarz tehlikeler göz önüne alınarak sürücüsüz araçlar programlanması gerekir. Örneğin, yan yola girecek bir otonom aracın, karşıdan gelen ve kırmızı ışıktaki durması gereken bir aracın, durmayacağı ihtimalini göz önüne alarak hızını azaltması gibi reaksiyon gösterecek şekilde programlanması gerekir. Zira artık günümüzde üretilen araçlarda bu husus göz önüne alınarak programlanma yapılmaktadır.

⁵¹ Minond, s. 15.

⁵² Sharma/Zheng, s. 6.

⁵³ Stayton/Stilgoe, s. 16. SAE seviyeleriyle ilgili güncel problemlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Stayton/Stilgoe, s. 16-18.

⁵⁴ Doğan, s. 3232.

II. OTONOM ARAÇLAR KONUSUNDA TÜRK VE YABANCI HUKUKUNDAKİ DÜZENLEMELER

Türk Hukukunda Düzenlemeler

Türk hukuk sisteminde 2020 yılına kadar da karayolunda seyir halinde olan otonom araçlarla ilgili yasal düzenleme mevcut değildi. Sadece 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Yasası'nda insansız hava araçlarıyla ilgili kayda değer düzenlemeler yer almaktaydı. Bunun dışında 2918 sayılı Karayolları Trafik Yasası'nın tanımlar başlık 2'inci maddesinde araç ve taşıtlara ilişkin genel bir tanım yapılmış. Bu maddeye göre, araç, karayollarında kullanılabilen motorlu, motorsuz ve özel amaçlı taşıtlar ile iş makineleri ve lastik tekerlekli traktörlerin genel adıdır. Taşıtlar ise, karayolunda insan, hayvan ve yük taşımaya yarayan araçlardır. Bunlardan makine gücü ile yürütülenlere "motorlu taşıtlar" insan ve hayvan gücü ile yürütülenlere "motorsuz taşıtlar" denir. Yine aynı maddede, otomobil, minibüs, otobüs, kamyon gibi birçok motorlu araç tanımı yapılmış ancak otonom araç tanımına yer verilmemiştir.

Türk hukukunda otonom araç tanımına ilişkin ilk yasal düzenleme, 14.05.2020 tarihinde yayınlanan, Motorlu Araçlar ve Römorkları ile Bunlar için Tasarlanan Aksam, Sistem ve Ayrı Teknik Ünitelerin Genel Güvenliği ve Korunmasız karayolu Kullanıcılarının ve Yolcuların Korunması ile İlgili Tıp Onayı Yönetmeliği'nin (AB/2019/2144) tanımlar başlıklı 3'üncü maddesinin (t) bendinde tanımlanmıştır. Bu bende göre, otonom araç, sürücünün devamlı kontrolü olmadan, ancak sürücü müdahalesinin yine de beklendiği veya gerekli olduğu, belirli bir süre için otonom olarak hareket etmeye tasarlanmış ve imal edilmiş motorlu araçtır. Aynı maddenin (z) bendinde ise tam otonom araç, herhangi bir sürücü kontrolü olmadan otonom olarak hareket etmeye tasarlanmış ve imal edilmiş bir motorlu araç olarak tanımlanmıştır. Yönetmeliğin 11'inci maddesinde otonom ve tam otonom araçlarla ilgili özel şartlar düzenlenmiştir. Bu maddenin 1'inci fıkrasının (c) bendinde belirtilen sürücü uygunluğu/müsaitliği izleme sistemlerine ilişkin teknik şartlar tam otonom araçlar için uygulanmayacağı belirtilmiştir. Yine 2'inci fıkrada, 1'inci fıkranın (a) bendindeki, "sinyalizasyon, dümenleme, hızlanma ve frenleme dâhil olmak üzere, aracın kontrolü için sürücünün yerine geçen sistemler" ile (c) bendindeki "sürücü uygunluğu/müsaitliği izleme sistemleri"

ve diğer parçaların ve otonom ve tam otonom araçların kamuya açık yollarda güvenli şekilde kullanılabilmesi için AB'de tarafından belirlenen tip onayına ilişkin tek tip prosedür ve teknik şartlara dair uygulama mevzuatının yayınlanması halinde ilgili bakanlık tarafından da yayınlanacağı belirtilmiştir. Aslında bu tanımlar 2019/2144 No'lu Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 27 Kasım 2019 Tarihli Tüzüğü'nden alınmıştır.⁵⁵

Türkiye Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı tarafından hazırlanan Ulusal Akıllı Ulaşım Sistemleri Strateji Belgesi ve 2020-2023 Eylem Planı'nda akıllı ulaşım sistemleri konusu ayrıntılı olarak yer almaktadır. Bu çalışmaya göre otonom araçlar radar, lidar, GPS, odometri, yapay zekâ, sensörler, kameralar ve benzeri teknolojiler kullanarak çevresindeki nesnelere algılayabilmektedirler. Bu sayede bir sürücüye ihtiyaç duymadan gerçek zamanlı verileri kullanarak hareket edebilmektedir.⁵⁶ Bu şekilde hukuk sistemimizde otonom araçlarla ilgili yetersiz düzenlemeler bulunmaktadır. Hâlbuki teknolojik gelişmelere paralel olarak yapay zekânın hızla gelişmesiyle birlikte yakın zamanda otonom araçlar da yaygınlaşacağından bu konuda yabancı hukukta yer alan düzenlemeler dikkate alınarak ayrıntılı bir şekilde yasal düzenlemelerin yapılması gerektiği düşüncesindeyiz. Zira Avrupa Birliği mevzuatına uyum kapsamında 2019/2144 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Regülasyonu göz önüne alınarak hazırlanan Yönetmelik bu düşüncemizin başlangıcı olarak görülebilir.

Yabancı Hukukta Yer Alan Düzenlemeler

Otonom araçların dünya otomobil sektöründe hızla yaygınlaşmasıyla birlikte birçok ülke bu araçlarla ilgili yasal düzenlemeler yapmayı başladı. Ancak biz sadece ABD, Fransa, İngiltere ve Almanya'da yapılan ve önemli gördüğümüz yasal düzenlemelere değineceğiz.

⁵⁵ Tanımlar başlıklı 2'inci madde altındaki 21'inci ve 23'üncü fıkraları için bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32019R2144>> Erişim: 12.04.2023.

⁵⁶ Ulusal Akıllı Ulaşım Sistemleri Strateji Belgesi ve 2020-2023 Eylem Planı, s. 28 <<https://www.uab.gov.tr/uploads/announcements/ulusal-akilli-ulasim-sistemleri-strateji-belgesi-v/ulusal-akilli-ulas-im-sistemleri-strateji-belgesi-ve-2020-2023-eylem-planı.pdf>> Erişim: 12.04.2023.

ABD

Federal bir hükümet olan ABD’de 2012’de, otonom sürüş teknolojisi araştırma ve geliştirmesine izin vermek ve/veya teşvik etmek için eyalet hükümetlerine otonom araç yasal çerçeveleri oluşturma yetkisi veren gönüllü bir kılavuz yayınladı. Devlet odaklı bu çalışma, ABD hükümeti, otonom araçların kamuya açık olmayan yollarda test yapılmasına, kamuya açık yollarda tamamen otonom çalışmaya ve/veya talep üzerine kar amaçlı ulaşım hizmetlerine izin veren çeşitli düzeylerde otonom araç yasaları çıkarma konusunda birçok eyaleti teşvik etti.⁵⁷Bu konuda Nevada, otonom arabaların halka açık yollarda test edilmesine izin veren ilk eyalet oldu. Bu bağlamda Nevada 15 Şubat 2012’de, sürücüsüz araçların eyalet yollarında çalışmasına izin veren düzenlemeleri onayladı.⁵⁸16 Haziran 2017 tarihinde de Nevada Valisi Brian Sandoval, tam otonom araçların test edilmesine ve ticari, kamuya açık konuşlandırılmasına izin veren otonom araç araştırma yasasını (Assembly Bill 69) imzaladı.⁵⁹

Nevada Revize edilmiş yasaların 482A maddesinde tam otonom aracı, SAE J3016 uyarınca 3, 4 veya 5’inci seviye sürüş otomasyonu düzeyinde çalışmak üzere tasarlanmış bir otomatik sürüş sistemi ile donatılmış bir motorlu araç olarak tanımlandı.⁶⁰ Aynı madde altında, otomatik sürüş sistemi, sürücüye yardımcı platooning teknolojisi, dinamik sürüş görevi, minimum risk koşulu ve SAE J3016gibi tanımlara yer verildi. Maddede kara yollarında araç test etme veya kullanmak için belli şartlar altında yetkili kurumlardan onay alma gibi gereklilikler getirildi. Yine maddede, aracın karıştığı yaralamalı bir trafik kazasında, üçüncü bir şahıs tarafından otonom bir araca dönüştürülen bir motorlu aracın orijinal üreticisi, yaralanmaya neden olan kusur ara-

⁵⁷ Mark J. Fanelli/F. Jackson Stoddard, States Lead theWay on Autonomous Vehicle Regulation as Federal Law Looms on The Horizon, 25 May 2022<<https://www.morganlewis.com/pubs/2022/05/states-lead-the-way-on-autonomous-vehicle-regulation-as-federal-law-looms-on-the-horizon>>Erişim:11.04.2023.

⁵⁸ Parviz Heshmati, Self- Driving Cars - More Questions Than Answers, 3 January 2023<<https://www.halo-attorneys.com/self-driving-cars/new-rules-of-the-road.html#:~:text=Nevada%20was%20the%20first%20state,operate%20on%20the%20state's%20roadways.>>Erişim: 12.04.2023.

⁵⁹ Heshmati, “What Happens in Las Vegas?” başlığı altında paragraf 4.

⁶⁰ Nevada Revised Status, Chapter 482A- Autonomous Vehicles<<https://www.leg.state.nv.us/Division/Legal/LawLibrary/NRS/NRS-482A.html>> Erişim: 11.04.2023.

cın ilk imal edildiği halinden kaynaklanmayıp, motorlu aracın üçüncü şahıs tarafından dönüştürülmesinden kaynaklanıyorsa orijinal üretici yaralanan kişiye karşı tazminat ödemekle yükümlü olmadığı belirtildi. Maddede bu araçların karıştığı kazaların belirli durumlarda yetkili kurumlara bildirilmesi zorunluluğu getirildi. Buna göre otonom bir aracın test edilmesinden sorumlu herhangi bir kişi, otonom aracın test edilmesiyle ilgili olarak meydana gelen ve tahmini olarak 750 doları aşan yaralanma veya maddi hasarla sonuçlanan herhangi bir kazada, motorlu araç kazasından sonraki 10 iş günü içinde yetkili birime bildirecektir. Son olarak aynı maddede "hukuki cezai yaptırımlar" başlığı altında; bu madde hükümlerinin ihlal edilmesi idari para cezası olarak kabul edildi. Ancak kişinin otonom araç sertifikasyon tesisi için lisans alma başvurusunda bulunurken veya bu bölüm uyarınca yetkili kuruma sunulan veya kurum tarafından verilen herhangi bir belgede bilerek tahrifat yapması ağır bir kabahat olarak görüldü.

Kaliforniya, otonom araçların geliştirilmesi, yaygınlaştırılması ve kabul görmesi konusunda ülke genelinde ön planda olmakla birlikte, bu araçların test edilmesi ve dağıtılmasına yönelik prosedürleri düzenleyen yasalar çıkardı. Bu yasaların en önemlilerden biri olan Kaliforniya Araç Yasası'na baktığımızda, yasanın 38750'inci bölümün (a) maddesinin 2'inci fıkrasında otonom araç tanımına yer verildi. Bu tanıma göre otonom araç, SAE tarafında belirlenen seviye-3, seviye-4 veya Seviye-5 tanımını karşılayan ve söz konusu araca entegre edilmiş otonom teknoloji ile donatılmış herhangi bir araçtır.⁶¹ Yine aynı bölümün (b) maddesinde, otonom aracın halka açık alanlarda test edilmesinin şartları belirtildi. Madde (f)'de ise, otonom üreticisi otonom araçların kamuya açık yollarda kullanımının güvenli olduğu konusunda yetkili kurumundan onay alması için tüm belgeleri sunması gerektiği, şayet içinde bir sürücü olmadan çalışabilen otonom araçlar için onay istenmesi halinde yetkili kurum güvenlik için bu konuda ek gereklilikler getirebileceğinden bahsedilmektedir. Yetkili kurum üreticinin başvurusunu kabul ettiğinde (e) maddesi gereği öncelikle bunu internet sitesinde kamuya açık bir

⁶¹ California Law -Vehicle Code-General Provisions- Division 16.6. Autonomous Vehicle, Bölüm 16.6'da otonom araçlara ilişkin yasal düzenlemelerin yer aldığı 38750'nci ve 38755'inci maddeler için bkz. <https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayexpandedbranch.xhtml?tocCode=VEH&division=16.6.&title=&part=&chapter=&article=&nodetreepath=31> Erişim: 11.04.2023.

duyuru şeklinde yayınlayacak ve kamuya duyurulduğu tarihten itibaren 30 gün geçmeden başvuruyu onaylayamayacak. Yasanın 38755'inci bölümün (e) maddesinin 1'inci fıkrası gereğince, sürüş test izni alınan otonom aracın kamuya açık bir yolda kullanırken çarpışma neticesinde maddi veya bedensel yaralanma ya da ölümle sonuçlanan herhangi bir kaza olması halinde üretici, 10 gün içinde yasalarda belirtilen şekilde rapor tutup yetkili kurumuma bildirmekle yükümlüdür.

Yukarıda belirtilen iki eyalet dışında Arizona, Colorado, Florida, Georgia, Iowa, Kansas, Nebraska, New Hampshire, North Carolina, Pensilvanya gibi birçok eyalette otonom araçlarla ilgili yasal düzenlemeler mevcuttur. Bu şekilde zaman içerisinde ABD'de otonom araçlarla ilgili federal ve eyalet yasalarda düzenleme yapılmıştır. Fakat insan müdahalesi olmadan seyir halindeki otomatik bir aracın karıştığı bir çarpışma durumunda sorumluluğun paylaşılmasını doğrudan ele alan herhangi bir eyalet yasası olmadığını da belirtmek isteriz.⁶²

Fransa

Fransa hukukunda yapay zekâ sistemine sahip otonom araçların karıştığı suçlarla ilgili son zamanlarda düzenlemelere yer verilmiştir. Bu bağlamda 2021 yılında Fransız Parlamentosu, otonom araçlar (AV) tarafından işlenen trafik suçlarına ilişkin cezai sorumluluğu ele almak üzere Fransız Karayolu Yasası'nı değiştiren bir yasa kabul etti. L123-1 maddesine, "L121-1 maddesinin birinci fıkrası hükümleri, sürüş fonksiyonları otomatik sürüş sistemine devredilmiş bir aracın işletilmesinden kaynaklanan ihlallerde, bu sistemin ihlal anında ve L319-3 maddesinin 1'inci fıkrasında öngörülen koşullar altında aracın dinamik kontrolünü kullanması halinde sürücü için geçerli değildir" şeklinde bir hüküm eklendi.⁶³ O halde bu maddeye göre, eğer bir aracın fonksiyonlarının ve dinamik kontrolü yapay zekâyâ doğru bir şekilde devredilmiş ise, yani kontrol düzgün bir şekilde tamamen araca bırakılmış ise, aracın sürücüsü söz konusu aracı kullanırken işlenen ihlallerden

⁶² Minond, s. 38.

⁶³ Alice Giannini/Jonathan Kwik, "Negligence Failures And Negligence Fixes. A Comparative Analysis of Criminal Regulation of AI and Autonomous Vehicles", *Criminal Law Forum*, 12 January 2023, s. 69<Negligence Failures and Negligence Fixes. A Comparative Analysis Of Criminal Regulation of AI and Autonomous Vehicles (springer.com)> Erişim:11.04.2023.

dolayı L121-1 maddesi kapsamında cezai sorumluluğu olmayacaktır.⁶⁴ Dinamik kontrol, aracın yatay ve dikey hareketinin kontrolü, yol ortamının izlenmesi, yol trafiğindeki olaylara yanıt verilmesi ve manevraların hazırlanması ve raporlanmasını içeren ve aracı hareket ettirmek için gereken tüm operasyonel ve taktik fonksiyonların gerçek zamanlı olarak yerine getirilmesini sağlayan bir sistem tanımlanmaktadır.⁶⁵

L319-3 maddesinde, aracın dinamik kontrolünün yapay zekâ sistemi tarafından doğru bir şekilde etkinleştirilmesi için gerekli koşullar düzenlenmiştir. L319-3 maddesine bakıldığında 2 temel husus ön plana çıkıyor. İlki, bir otomatik sürüş sistemini etkinleştirme kararı, sistem tarafından kullanım koşullarına uygun olarak aracın dinamik kontrolünü yapabileceği konusunda önceden bilgilendirilmiş olan sürücü tarafından alınmasıdır. İkincisi ise, aracın çalışma durumu artık aracın dinamik kontrolünü yapmasına izin vermediğinde veya kullanım koşulları artık karşılanmadığından, manevranın/hareketin icrası sırasında kullanım koşullarının muhtemelen artık karşılanmayacağını ön gördüğünde, otomatik sürüş sistemi; (a) Sürücüyü uyarmalıdır; (b) Kontrolü yeniden kazanmak için bir talepte bulunmalıdır; (c) Geçiş süresinin sonunda kontrolün yeniden sağlanamazsa veya ciddi bir arıza durumu olursa minimum riskli bir manevra başlatmalı ve yürütmelidir.⁶⁶ Bu kapsamda eğer bir üretici Fransa karayollarında sürüşü sağlayacak bir otonom araç olarak piyasaya girmek istiyorsa, mutlaka devreden çıkmayı düşünen bir senaryo olmalı, bu senaryo bakımından sürücüyü uyarma, sürücüye tekrar kontrolü devralmasını söyleme ve sürücünün kontrolü devralmaması ihtimaline karşı riski en aza düşürecek şekilde manevra yapabilme kabiliyetini öğrettiği bir araçta sahip olmalıdır. Bu senaryoya bakıldığında üreticiye sorumluluk yüklendiğini görmekteyiz. Ayrıca düzenlemeye bakıldığında sanki sorumluluk açısından yapay zekâ, sürücüden daha fazla ön plana çıktığını görmekteyiz. Çünkü yapay zekâ hem yolculuğun belli bir anında dinamik kontrol uygulayabildiğini sürücüye bildiriyor hem de yolculuğun başka bir zamanında artık bunu yapamayacağı konusunda sürücüyü uyarıyor.⁶⁷

⁶⁴ Giannini/Kwik, s. 69-70.

⁶⁵ Giannini/Kwik, s. 70.

⁶⁶ Giannini/Kwik, s. 71.

⁶⁷ Giannini/Kwik, s. 71.

L123-1 maddesinin 2'inci fıkrasına göre, sürücüler, otomatik sürüş sistemi (ADS)⁶⁸ tarafından verilecek kontrolü ele alma talebine her zaman yanıt verebilecek durumda olmalıdır. Ancak bu hüküm L123-1 maddesiyle sürücüye getirilen dokunulmazlık bağışıklık hükmünü bir nevi işlevsiz hale getirme riski taşıdığını belirtmek isteriz⁶⁹. L.123-2 sayılı maddesine göre, ADS'nin aracın kullanım koşullarına uygun olarak dinamik kontrolünü uyguladığı zamanlarda, Fransa Ceza Yasası'nın L121-3maddesi anlamında bir kusur tespit edilmesi şartıyla bir araç kişinin vücut bütünlüğüne veya hayatına yönelik dikkatsizliği sonucu zarar verirse neticeden araç üreticisi sorumlu olacaktır.⁷⁰Burada istenmeden meydana gelecek haksız fiillerden doğabilecek ve bir kişinin vücut bütünlüğüne veya hayatına yönelik fiillerden dolayı da yine üreticinin sorumlu olabileceği ve bu anlamda da bir taksir sorumluluğu doğabileceğine ilişkin bir yorum yapılarak ceza yasasına madde eklendiğini görülmektedir. Fransa hukukuna bakıldığında yapay zekânın kendisinden kaynaklı bir zarar söz konusu ise sorumluluk yapay zekânın kendisinde ait olmayıp gerçek kişi olan üreticine ait oluyor. Fransa sorumluluk açısından suçun öznesi olarak ya araç sürücüsünü ya da üreticisini görmektedir.

İngiltere

İngiltere'de otonom araçlarla ilgili hükümler içeren Automated and Electric Vehicles Act- 2018 (Otomatik ve Elektrikli Araçlar Yasası) isimli yasa 2018 yılında yürürlüğe girdi. Yasanın "Automated vehicles: liability of insurers etc" başlıklı 1'inci bölüm başlığı altındaki 2'inci kısmında,otonom aracın neden olduğu kazalarda sigorta şirketlerinin sorumluluğu konusu düzenlenmektedir.⁷¹ Bu maddede ayrıca

⁶⁸ ADS, direksiyon ve fren tertibatları gibi donanım sistemlerine aşılana birbirine bağlı yazılım unsurlarından oluşan karmaşık bir sistemdir. Bu donanımlar arasında kameralar, lidarlar, radarlar, GPS sistemleri ve ilk olarak AV'nin çevresini algılamak için kullanılan diğer cihazlar yer almaktadır. Bu bağlamda tipik bir ADS yazılım verileri sırasıyla algılama, karar ve planlama ve de kontrol şeklinde üç aşamada işler. Bu aşamalarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Jerrold Tsin Howe Soh, "Towards a Control-Centric Account of Tort Liability for Automated Vehicles", November 2020, *Torts Law Journal*, Vol. 26, Iss. 3. s. 20-22,

⁶⁹ Giannini/Kwik, s. 70.

⁷⁰ Giannini/Kwik, s. 71.

⁷¹ Automated and Electric Vehicles Act 2018, Part 1, Section 2, bu konuda bkz. <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/18/section/2/enacted>> Erişim: 10.04.2023.

bazı durumlarda meydana gelen zarardan sigortacının sorumlu olacağı ve bazı durumlarda ise araç sürücüsünün sorumlu olacağı düzenlenmiş. Yasa gereği, otonom bir araç Büyük Britanya'da bir yolda veya kamuya açık başka bir yerde kendi kendine giderken bir kazaya neden olursa bu durumda sigortacının sorumlu olması için aracın kaza anında sigortalı olması ve bu kaza sonucu sigortalı bir kişi veya başka herhangi bir kişi zarara uğraması gerekir. Eğer zarar yoksa doğal olarak sorumlulukta doğmayacaktır. Yine yasa gereği, otomatik bir araç Büyük Britanya'da bir yolda veya kamuya açık başka bir yerde kendi kendine giderken bir kazaya neden olursa bu kazadan araç sahibinin sorumlu olması için aracın kaza anında sigortası olmaması ve kaza neticesinde kişinin zarara uğraması gerekir. Yasanın 1'inci bölüm başlığı altındaki 2'inci kısmının 3'üncü maddesinde zarardan ne anlaşılması gerektiği belirtilmektedir. Bu maddeye göre zarar, ölüm veya kişisel yaralanma ile maddede belirtilenler dışındaki mallara verilen her türlü zarar anlamına gelir. Aslında yasa maddesi zarar tanımını daraltan bir istisnalar listesi oluşturuyor. Uygulamada bu durum, aracın kendisini, ticari mal taşımacılığını (örneğin sürücüsüz kamyon taşımacılığı) ve araçta taşınan diğer kişisel mülk türlerini kapsamak için ayrı veya daha kapsamlı bir sigorta paketine ihtiyaç duyulacağı anlamına gelecektir.⁷²2'inci kısmın 4'üncü maddesine göre ise meydana gelen zarardan sigortacının veya araç sahibinin sorumlu olduğu miktar, 1988 tarihli Karayolu Trafik Yasası'nın 145(4)(b) bölümünde (maddi zarar için zorunlu sigorta sınırı) belirtilen miktarla sınırlıdır. Yine 2'inci kısmın 6'ıncı maddesi gereği, 4'üncü kısımda belirtilenler dışında, bu kısım kapsamındaki sorumluluk bir sigorta poliçesi şartıyla veya başka herhangi bir şekilde sınırlandırılmaz veya hariç tutulamaz.

Otomatik ve Elektrikli Araçlar Yasası, gelecek için tasarlanmış bir yasa örneği olup, sürücüsüz araçlar nihayet trafik ortamının bir parçası haline geldiğinde düzenleyici yasal bir boşluktan kaçınmak

⁷² Michal Marynowski, "Car Insurance in the Age of Self-driving - Analysis of the Automated and Electric Vehicles Act 2018", *Insurance Review* 4, 2019, s. 31 <https://piu.org.pl/wp-content/uploads/2020/03/WU_2019-04_03_Marynowski.pdf> Erişim:10.04.2023. Electric Vehicles Act 2018'de "Automated Vehicles: liability of insurers etc" başlıklı 1'inci bölüm başlığı altındaki 2'inci kısımda düzenlenen hükümlere yönelik eleştiriler için bkz. Marynowski, s. 29-33.

için oluşturulmuştur.⁷³ Otonom araçlarla ilgili teknoloji gelişmeler oldukça ve buna bağlı olarak araştırmalar ilerledikçe, bu tür düzenlemelere giderek daha fazla ihtiyaç duyulacaktır. Tabii şunu da unutmamak gerekir; teknoloji gelişiminin baş döndürücü hızı, yasa koyucuların uzun vadede en makul olacak kuralları oluşturmasını zorlaştırıyor.

The Centre for Connected and Autonomous Vehicles (CCAV) kuruluşunun isteği üzerine hukuk komisyonları tarafından hazırlanıp yayınlanan 2022 tarihli raporda⁷⁴ otomatikleştirilmiş araçları düzenlemek için çıkarılacak yeni yasalar da dâhil olmak üzere 75 ayrı tavsiyede bulunmaktadır. Rapor çok uzun olduğu için biz sadece göze çarpan birkaç hususa değinerek bu başlık altında yapacağımız açıklamaları noktalamış olacağız. Rapora baktığımızda, “The user-in-charge”, “the authorised self-driving-entity/ASDE” ve “No user-in-charge/NUIC” şeklinde üç yeni hukuki aktör karşımıza çıkmaktadır. Sorumlu kullanıcı olarak bilinen the user-in-charge, araçta bulunan ve bir ADS özelliği devredeyken sürüş kontrollerini çalıştıracak konumda olan gerçek bir kişi olarak tanımlanıyor.⁷⁵ Sorumlu kullanıcı sistem veya kuruluş yerine bir gerçek kişi olmalı, bu kişi aracın içinde olmalı, yani yanında veya uzaktan kumandayla kullanmamalı, sorumlu kullanıcı tüm yol boyunca sürücü koltuğunda oturmalı ve ADS özelliği devrede iken sürüş kontrollerini kullanabilecek konumda olmalıdır.⁷⁶ Ayrıca kullanıcı şuan kullanıyor modunun, yani ADS özelliğinin devrede olması gerekir.⁷⁷

Yetkilendirilmiş kendi kendine süren araç olarak tercüme edilen “The authorised self-driving-entity”, kendi kendine sürüş özelliklerine sahip olarak bir otonom aracı yetkilendirme üzere öne süren araç üreti-

⁷³ Marynowski, s. 35.

⁷⁴ The Centre for Connected and Autonomous Vehicles kurumu, Galler Hukuk Komisyonu ve İskoç Hukuk Komisyonu’ndan otomatik araçlarla ilgili yasayı gözden geçirerek otonom araçlarla ilgili bir rapor hazırlamalarını istedi. Adı geçen hukuk komisyonları tarafından 4 yıllık bir çalışma sonucu hazırlanan rapor, 14 bölüm, 75 öneri ve 292 sayfadan oluşmaktadır. 2022 yılında yayınlanan raporun orijinal metni için bkz. The Law Commission of England and Wales and the Scottish Law Commission, Automated Vehicles: Joint Report, ordered by the House of Commons to be printed on 25 January 2022, s. 1-192<Automated-vehicles-joint-report-cvr-03-02-22.pdf>Erişim: 10.04.2024.

⁷⁵ Thereport, s. 20.

⁷⁶ Thereport, s.136.

⁷⁷ Thereport, s.138-139.

cisi veya yazılım geliştiricisidir.⁷⁸Raporda ASDE'nin kimliği konusunda esneklik sağlanması gerektiği, bu sebeple ASDE, bir araç üreticisi, yazılım geliştiricisi ya da ikisi arasında bir ortaklık olabileceği tavsiye ediyor. ASDE, İngiltere kara yollarında kendi kendine giden araçlardan sorumlu olacaktır. Karşılaştığı problemleri kullanımındaki düzenleyiciye (the in-use regulator)⁷⁹bildirecektir.⁸⁰Kullanımdaki düzenleyicinin amacı, hatalardan ders alınmasını sağlamak ve gelecek için iyileştirmeler yapmaktır. Bu bağlamda kullanımdaki düzenleyici, yol kurallarının ihlali halinde ASDE'ye, resmi ve gayri resmi uyarılar, para cezaları, zararın telafi edilmesi ya da kurallara itaat emirleri, yetkinin askıya alınması veya geri alınması ve onarıcı bir konferansa katılım tavsiyesi gibi bir takım yaptırım uygulama yetkisine sahip olacaktır.⁸¹

Sorumlu kullanıcı olmaması olarak çevrilen "no-user-in charge"(NUIC), bütün yolculukta hiçbir insan dâhili olmadan aracın kullanılması ve araçta bulunan kişinin yalnızca yolcu olabileceği bir ihtimali ifade eder.⁸² Raporda NUIC özelliğine sahip bir araç yolda veya halka açık başka bir yerde devreye girdiğinde, aracın yeterli donanımına sahip lisanslı bir NUIC tarafından denetlenmesi önerilmektedir.⁸³ Yine NUIC özelliği devrede iken, operatörün araç üzerinde "gözetim" yetkisine sahip olması gerektiğine işaret edilmektedir.⁸⁴Raporda ASDE'ye uygulanan yaptırımlara benzer şekilde NUIC operatörlerine yönelik yaptırımların uygulanması gerektiği yönünde tavsiye verildiği görülmektedir.⁸⁵Rapora baktığımızda yetkili bakanlık tarafından otonom sürüşün güvenliğinin ölçülebileceği bir güvenlik standardı yayınlaması gerektiği tavsiye ediliyor. Aslında otomatikleştirilmiş bir aracın ne kadar güvenli olması gerektiğini belirlerken, artık herhangi bir riskin halk tarafından kabul edilebilir olması gerektiğini ve genel anlamda, otomatikleştirilmiş sürüşün insan kullanımına göre daha az ölüm ve yaralanmaya neden olduğu belirtilmektedir.

⁷⁸ Thereport, s. 20.

⁷⁹ The in-use regulator, raporda tavsiye edilen yeni bir rol olup, söz konusu bu sistem, AV'ler İngiltere kara yollarına yerleştirildikten sonra kullanım sırasında güvenliği sağlamak için yasal görevlere ve yetkilere sahip olacaktır. Bkz. Thereport, s. XXI.

⁸⁰ Thereport, s. 20.

⁸¹ Thereport, s.102.

⁸² Thereport, s. 36.

⁸³ Thereport, s. 21.

⁸⁴ Thereport, s. 21.

⁸⁵ Thereport, s.186.

Almanya

Yapay zekâya ilişkin gelişmelerin artmasıyla birlikte kara yollarında seyir halinde olan otonom araçlar giderek çoğalmaktadır. Otonom araçların çoğalmasıyla trafik kazaları da olmakta ve bu konuda yasal düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır. Bu bağlamda başta Almanya olmak üzere birçok Avrupa ülkesi bu konuda bir dizi yasa kabul etmiştir. Almanya'da Federal Karayolu Araştırma Enstitüsü (Bundesanstalt für Straßenwesen-BAST) tarafından 2012 yılında yayınlanan raporda, otonom araçları O seviyesinden (driver only) 4'inci seviyeye (full automation) kadar derecelere ayırmıştır.⁸⁶SAE görevlileri tarafından, BAST belgesi incelendikten sonra, BAST formülasyonu iki önemli değişiklikle birlikte büyük ölçüde benimsedi. SAE yaptığı değişiklikle BAST'ın "Dördüncü Seviye"sinin üzerine altıncı bir seviye olan "Beşinci Seviye"yi ekledi.⁸⁷ İkinci olarak, SAE daha fazla tanım ve açıklayıcı içeriğe yer vermiş oldu. Bu bağlamda SAE, yatay ve dikey kontrol işlevlerinin yanı sıra çevrenin izlenmesi ve geri dönüş performansını içeren sürüş görevinin kesin bir tanımını uyguladı, ancak arıza durumunda sistemlerin geri çekilmesinin bekleneceği "minimum risk durumu" konusunda kararsız kaldı.⁸⁸

26 Mart 2014 tarihinde BM Avrupa Ekonomi Komisyonu, 1968 tarihli Viyana Karayolu Trafik Sözleşmesi'nde taraf ülkelerin toprakla-

⁸⁶ Tom Gasser/Daniel Westhoff, BAST-study: Definitions of Automation and Legal Issues in Germany, German Federal Highway Research Institute, 25 July 2012, s. 3<<https://onlinepubs.trb.org/onlinepubs/conferences/2012/Automation/presentations/Gasser.pdf>> Erişim: 10.04.2023. BAST tarafından yayınlanan raporda, tam otomasyon(full automation): Sistem yatay ve dikey kontrolünü tamamen ve kalıcı olarak devralır. Devralma talebine uyulmaması durumunda, sistem kendi kendine minimum risk durumuna geri dönecektir. Yüksek otomasyon(high automation): Sistem yatay ve dikey kontrolü devralır; sürücünün artık sistemi sürekli olarak izlemesine gerek yoktur. Devralma talebi durumunda, sürücü belirli bir süre içinde kontrolü devralmalıdır. Kısmi otomasyon (partial automation): Sistem yatay ve dikey kontrolünü devralır, sürücü sistemi sürekli olarak izlemeli ve herhangi bir zamanda kontrolü devralmaya hazır olmalıdır. Sürücü Yardımı (driver automation): Sürücü yatay ve dikey kontrolü sürekli olarak kontrol eder. Diğer görevler yardım sistemi tarafından belirli bir dereceye kadar otomatikleştirilebilir. Yalnızca Sürücü-Sürüş otomasyonu yok (driver only): İnsan sürücü manuel sürüş görevini yerine getirir. Ayrıntılı açıklama için bkz. Gasser/Westhoff, s. 3; BAST tarafından yapılan otonom seviyelerine ilişkin diğer açıklamalar için ayrıca bkz. Polat, s. 271-273.

⁸⁷ Stayton/Stilgoe, s. 15.

⁸⁸ Stayton/Stilgoe, s. 15.

rında otonom araçların kullanılmasına izin veren değişiklikleri kabul etmiştir. Alman mevzuatındaki değişikliklere ilişkin Yasa 7 Aralık 2016 tarihinde kabul edilmiştir. Almanya Karayolu Trafik Yasası'nda (StVG) değişiklik yapılmasına ilişkin sekizinci yasa maddesi 16 Haziran 2017 tarihinde kabul edilerek yürürlüğe girdi. Bu yasayla sürücünün bazı hallerde araç sürüş kontrolünü devralabilecek şekilde seviye-3 ve seviye-4 sürüş özelliklerine sahip araçların karayollarına çıkabileceği hususu kabul edildi.⁸⁹ Otonom araç sürücüsünün yasal sorumluluğuna yer veren yasada, araçlar;1) yüksek düzeyde otomatikleştirilmiş sürüş işlevine sahip yüksek düzeyde otomatikleştirilmiş araçlar; 2) tam otomatik sürüş işlevine sahip kendi kendine giden tam otonom arabalar şeklinde iki kategoriye ayrılır.⁹⁰Birinci kategorideki araçlarla yapılan kazalara ilişkin cezai sorumluluk konuları, trafik güvenliğine karşı işlenen suçlara ilişkin cezai sorumluluk konuları ile örtüşmektedir.⁹¹Zira Alman doktrindeki hâkim görüşe göre, seviye 1-3 konumunda olan bir aracın karıştığı bir kaza durumunda, mağdurun ciddi şekilde yaralanması veya ölmesi halinde sürücü cezai olarak sorumlu tutulacaktır.⁹²4-6 seviyeli kontrol sistemlerine sahip araçlar, tam otomatik sürüş işlevine sahip olan sürücüsüz araç kategorisine girmektedir. Bu tür araçların karıştığı kazalarda cezai sorumluluğun özneleri, seviye 1-3 konumunda olan bir araçla meydana gelen kazalardaki cezai sorumluluğun öznelerinden farklıdır.⁹³Ancak şunu belirtmekte fayda var; seviye-4'te olan bir araç, sistem tarafından aracın sürüşü devralınmakta ve seyir halinde riskli bazı durumlarda da sistem tarafından araç sürüş devrinin sürücünün devralması talep edilmektedir. Sürücünün araç kontrolünü devraldığı bu durumlarda, sürücü olası bir kaza neticesinde birinin yaralanmasından veya ölümünden cezai olarak sorumlu olacaktır. Alman ceza hukukuna göre,

⁸⁹ Cüneyt Pekmez, "Alman Karayolları Trafik Kanunu'nda 20 Haziran 2017'de Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Türk/İsveç Hukuku'nda Araçların Otonomlaştırılmasının İşletenin Sorumluluğuna Etkisi", İstanbul Üniversitesi *Hukuk Mecmuası*, 2019, C. 77, S. 1, s. 162.

⁹⁰ Viktor Shestak/Artuk Shiryayev, "Criminal Liability for Accidents Involving Self-Driving Cars: The German Experience", *Ural State Law University*, 22 May 2022, s. 2-3<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3613638> Erişim: 10.04.2023.

⁹¹ Shestak/Shiryayev, s. 3.

⁹² Shestak/Shiryayev, s. 4.

⁹³ Shestak/Shiryayev, s. 5.

tam otonom olan sürücüsüz bir otomobilin kullanıcısı, seçim sorunu (dilemma-konstellationen)⁹⁴ ve araç üreticisinin ihmali şeklinde iki olası durumdan meydana gelen kaza neticesinden sorumlu olmayacaktır.⁹⁵ İhmal durumunda, olumsuz sonuçların ve mevcut güvenlik standartlarının ihlalinin öngörülebilir olması halinde üretici cezai olarak sorumlu olacak, aksi halde sorumlu olmayacak.

İkili seçim arasında şöyle bir sorun çıkabilir. Araç bir tarafta yolda bulunan kişiye çarpma, diğer tarafta mala zarar verecek şekilde kaldırımdaki direğe çarpma gibi iki seçeneği durumla karşılaştığında ne yapması gerekir. Otomatik araç trafik etiğine ilişkin 2017 tarihli Alman hükümeti komisyonu raporunda, “Mala verilen zararın kişisel yaralanmadan öncelikli olması” gibi spesifik normalleştirmeler bu durumlarda mümkün görünebilir, ancak soyut/genel bir kural olarak, örneğin mala verilen zararın sonucunun bir karayolu tankerinden petrol sızıntısı veya bir metropoliten bölgenin elektrik şebekesinin çökmesi olabileceği durumlarda aynı şeyi söylemek mümkün olmayabilir.⁹⁶ Rapora bakıldığında dilemma/ikilem durumlarının karmaşıklığından ve farklı senaryoların çeşitliliğinden dolayı, belirli normalleştirmelerin (örneğin, “mülke zarar, kişisel yaralanmadan önceliklidir”) tüm durumlarda uygulanamayabileceği ve kişisel yaralanmayı en aza indirme öncülünün yerine getirilmesi için her senaryonun ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmaktadır.⁹⁷ Araç üreticisi, sürücüyü veya yayayı korumak için araç yazılımını özel olarak programlayabilir. Örneğin yaya yerine, kaldırıma çarpması, daha az güvenli olanlar yerine daha yüksek güvenlik korumasına sahip araçlara çarpacak şekilde programlanabilir. Bu da aslında özen yükümlülüğünün bir gereği olabilir. Ancak bazen iki seçenek arasında kalıp herhangi

⁹⁴ Seçim sorunu, yapay zekâya sahip aracın, hukuka aykırı iki eylem arasında hızlı bir şekilde seçim yapmak zorunda kalması durumudur. Örneğin araç ya kaldırımdaki bir yayaya çarpma ya da yanlış yerde yolun karşısına geçen çocuklara çarpma gibi iki seçenektan birini yapma zorunda kalması durumunda neticeden sorumlu olmayacaktır. Shestak/Shiryayev, s. 6.

⁹⁵ Shestak/Shiryayev, s. 6.

⁹⁶ Ethics Commission Automated and Connected Driving, Appointed by the Federal Minister of Transport and Digital Infrastructure, Report June 2017, s.16<https://bmdv.bund.de/SharedDocs/EN/publications/report-ethics_commission.pdf?__blob=publicationFile> Erişim: 09.04.2023.

⁹⁷ Report June 2017, s. 16

birini tercih etmek etik sorununu ortaya çıkarmaktadır.⁹⁸ Bunun sebebi, bir olayda bir kişinin hayatını diğerine tercih etmek veya öncelik vermek gibi bir etik sorun yaratmasıdır. Örneğin, bir aracın yazılımı sürücüyü korumak için tasarlanmışsa, bu durumda, bir çarpışma durumunda arabayı çarpmadan önce sürücüyü korumak için arabayı bir yaya çarpması riski olduğu gibi etik de değildir. Böyle bir hareket kişinin yaşamının kurtarılmasına ilişkin olsa da korunan yarar ihlal edilen yarara, başka bir deyişle diğer insanın öldürülmesine hiçbir zaman önemli derecede ağır basmaz.⁹⁹

28 Temmuz 2021'de yürürlüğe giren ve Alman Karayolu Trafik Yasası'nı değiştiren yeni bir otonom sürüş yasası kabul edildi. Almanya'da 2017 yılında yürürlüğe giren mevzuat, yalnızca ISO/SAE seviye-3'e kadar insanlar tarafından yönlendirilen araçların sürülmesine izin veriyordu; yani, yüksek otomatik sürüş işlevleri kullanıldığında bile sürücü her zaman aracın kontrolüne sahip olmalıydı.¹⁰⁰ Başka ifadeyle sürücü, gerekli görülmesi veya sistem tarafından istenmesi halinde sürüşü her an devralmaya hazır olması gerekirdi. Almanya'nın otonom sürüşle ilgili 2021 tarihli yeni yasa, artık bir sürücünün hazır bulunmasını gerektirmiyor ve bu nedenle ISO/SAE Seviye-4'e kadar "otonom sürüş işlevlerinin" normal çalışma için belirli yerlerde (örneğin yollarda, yani kamuya açık otoyolda) kullanılmasına izin veriyor.¹⁰¹

Son zamanlarda yapılan birçok yasal çerçeve henüz seviye-4 ve seviye-5 otonom sürüşünü kapsamamaktadır ve örneğin Almanya'da kiler gibi birkaç yasal sistem son zamanlarda bu alanı düzenlemeye başlamış olsa da gerekli yasal kavramlar ve tanımlar konusunda genel bir eksiklik olduğu belirtilmektedir.¹⁰² Fakat Almanya'da kendi kendine giden tam otonom bir aracın karıştığı kazalar için cezai sorumluluk konularının ayrıntılı olarak detaylandırıldığını belirtmekte fayda var. Kabul edilen yasayla, otomatik araba ve kendi kendine giden tam oto-

⁹⁸ Shestak/Shiryaev, s. 6-7.

⁹⁹ Bernd Heinrich, Otonom Araç Sürmekte Olası Ceza Riskleri (Çev. Yener Ünver), Rechtsbrücke-Hukuk Köprüsü Dergisi, Haziran 2019, Seçkin Yayınevi, S. 16, s. 31.

¹⁰⁰ Thomas Hoffmann/Gunnar Prause, "On the Legal and Economic Implications of the Tele-Driving", *Machines*, 27 February 2023, Vol. 11, Iss. 3, s. 6 <<https://www.mdpi.com/2075-1702/11/3/331/pdf?version=1677565978>> Erişim: 10.04.2023.

¹⁰¹ Hoffmann/Prause, s. 6.

¹⁰² Hoffmann Prause, s. 12.

nom araba kavramlarını birbirinden ayrılması sağlandı ve bu da bu suçlar için farklı bir cezai sorumluluk aralığı oluşturmayı mümkün kıldı. Yine yasa ile seviye 4-6 kontrol sistemlerine sahip araçlar sürücüsüz olarak sınıflandırılıp, sürücü yalnızca yasayla özel olarak belirlenmiş kazalar için cezai olarak sorumlu tutulmaktadır. Diğer tüm durumlarda ise, kusurlu bir kontrol sistemine sahip bir aracın çalışmasına izin veren üretici cezai sorumluluğa sahiptir.¹⁰³

Alman Karayolu Trafik Yasası'nın (1d) maddesinde otonom araç tanımına yer verilmektedir. Bu maddeye göre otonom araç, belirli bir alanda, bir sürücü olmadan sürüş görevini kendiliğinden yerine getiren ve (1e) maddesinin 2'inci fıkrasında belirtilen teknik donanıma sahip olan araçtır. Yasanın (1e) maddesinin 2'inci fıkrasında belirtilen teknik donanımlar, kaza önleme sistemine sahip olan, zararı önlemeye ve azaltmaya yönelik tasarlanan ve kaçınılmaz alternatif zarar durumunda, zararın farklı hukuki yararlarının önemini göz önünde bulundurarak insan hayatının korunmasına öncelik veren özelliklerden ibarettir.

Yasanın (1f) maddesinde otonom araç sahibinin yükümlülüklerine değinilmektedir. Maddeye göre, otonom aracın sahibi, aracın yol güvenliğini ve çevreye uyumluluğunu korumakla ve bu amaçla gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Yine yasanın (1f) maddesinin 3'üncü fıkrasında üreticinin yükümlülükleri düzenlenmektedir. Bunlar kısaca, üreticinin aracın dıştan gelen müdahaleye karşı donatıldığını güvence altına alması, riskli durumlarda var olan tehlikelere karşı aracın nasıl korunduğunu ispatlaması, aracın yasada belirtilen gereklilikleri taşıdığına dair bağlayıcı beyanda bulunması veya aracı kullanan kişilere araç teknik kullanım eğitimi sağlaması gibi birtakım yükümlülüklerden oluşur. Yasanın (1f) maddesinde araç sahibi ve üreticisinin sahip olduğu bu yükümlülükler cezai sorumluluğun tespiti için temel norm niteliği taşımaktadır.

Alman Karayolu Trafik Yasası'nda motorlu araç kazası sonucunda ölüm, yaralanma veya bir eşyanın zarara uğraması halinde belli durumlarda işleten (StVG§7) ve sürücünün (StVG§18) hukuki sorumluluğu düzenlediğini belirtmek isteriz.¹⁰⁴

¹⁰³ Shestak/Shiryaev, s. 11.

¹⁰⁴ Sürücünün ve işletenin sorumluluğuna dair ayrıntılı açıklama için bkz. Polat, s.

III. OTONOM ARAÇLARDAN DOĞAN CEZAI SORUMLULUK

Genel Olarak

Belirli bir görevi yerine getirmek için geliştirilen yapay zekâ sistemleri, yasayla korunan bazı değerlere zarar verme veya olumsuz sonuçlar doğurma anlamında sorun yaratabileceği dikkate alındığında, bu sistemlere karşı ceza hukuku korumasına ihtiyaç duyulmaktadır.¹⁰⁵Bu bağlamda yapay zekâya ilişkin yasal düzenlemelerle ilgili pratikte en önemli hususlardan biri, yapay zekâ ürünü olan otonom araçların karıştığı kazalarla ilgili cezai sorumluluk konusudur.

3 Haziran 2022 tarihinde Kaliforniya'da, sürücüsüz araç olan Cruise otonom aracı test sürüşü sırasında bir Toyota Prius araç ile kazaya karıştı. Kaza sonucunda her iki araçta bulunan kişiler de yaralandı. Otonom araç güvenliği uzmanı, meydana gelen kaza da hem insan sürücünün hem de sürücüsüz otonom aracının seyir halindeki hareketleri ve bu harekete ilişkin olası durumlar dikkate alınması gerektiğini belirtti.¹⁰⁶ Bu olaya bakıldığında sürücüsüz olan Cruise otonom aracın suçun oluşmasında katkısı olabileceği görülmektedir. Bu bağlamda yapay zekânın suçun oluşumunda katkısı olabileceğinden dolayı yapay zekâ eylemlerinin cezalandırılabilir olduğundan söz etmek mümkün olabilir mi? Bilindiği üzere yapay zekânın cezai sorumluluğun doğmasında temel olan şey hareket unsurudur.¹⁰⁷ Ancak ceza hukukunda hareket yeteneği insana özgü olduğundan, insan dışı havyan, eşya veya ölü kişilerin hareket yeteneği bulunmamaktadır.¹⁰⁸ Zira ceza sorumluluğunun temeli de dış dünyada etki doğuran insan davranışdır.¹⁰⁹ Bu anlamda iradi olarak hareket etme yeteneği sadece kişiye özgü olduğundan ancak cezai sorumluluğun faili ilgili kişi olabilir.

274-280.

¹⁰⁵ R. Ivanovic/S. Pavlović, s. 49-50.

¹⁰⁶ Haberin detayına ilişkin bkz. <<https://insideevs.com/news/596827/gm-cruise-self-driving-crash-injuries/>> Erişim:10.04.2023.

¹⁰⁷ Veli Özer Özbek/Ceren Özbek, "Yapay Zekânın Dâhil Olduğu Suçlar Bakımından Ceza Hukuku Sorumluluğunun Belirlenmesi", *Ceza Hukuku Dergisi*, Aralık 2019, C. 12, S. 41, s. 610.

¹⁰⁸ Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Beta Yayınevi, İstanbul, Ekim- 1999, 12. Baskı, C. 2, s. 401-402.

¹⁰⁹ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, 5. Baskı, s. 237.

Yapay zekânın ceza hukukunda tanınması sorunu, özellikle otonom araçların karıştığı trafik kazaları sayısının artmasıyla ortaya çıktı. ¹¹⁰Sürücü kişi trafik kurallarına aykırı bir şekilde araç kullanırsa cezai sorumlulukla karşı karşıya kalabilmektedir. Ancak Sürücünün devre dışı bırakıldığı otonom araçlarda bu ihlal gerçekleştiğinde durum ne olacak? Yapay zekâ ürünü olan otonom bir araç kişiye çarparak öldürmesi veya yaralaması durumunda bu sorumluluğun birisine yüklenilmesi gerekecektir. Bu suç otonom araca yüklenir mi, bu durumda otonom aracın hareket ettiğini kabul etmiş olur muyuz? Ya da suç araç kontrolü yeniden kazanmayı başaramayan sürücüye veya belki de bu eyleme izin veren bir algoritma yaratan programcıya/yazılımcıya yüklenilir mi? Yoksa kader denilip suç kimseye atfedilemeyecek mi, doğa güçlerinin ya da tamamen kötü şansın neden olduğu bir şey olarak görülmeli mi? Yapay zekânın çok hızlı gelişmesiyle paralel olarak insan gibi davranma yeteneğine kavuşmasıyla birlikte bu durum, bizi çağdaş ceza hukuku teorisinin temelini oluşturan salt hareket kavramını yeniden gözden geçirmemize sevk edecek mi? Bu bağlamda yapay zekâ açısından cezai sorumluluğun doğması için bir yapay zekâ ürününün olan otonom araçlarını ceza hukukunun süjesi olan “gerçek kişi” statüsüne mi koyacağız? Ya da yapay zekâyı “elektronik kişi” olarak mı kabul edeceğiz veya hangi statüye koyacağız? Öncelikle bu hususları cezai sorumluluk kapsamında açığa kavuşturup, ardından da otonom araçlardan doğabilecek kast ve tak-sir sorumluluğuna değinerek, bu sorumluluğu yapay zekâ, yazılımcı, üretici, kullanıcı açısından değerlendirmeye çalışacağız.

Sorumluluk Açısından Otonom Araçların Suçun Süjesi Olma Sorunu

Ceza hukukunun süjesi insan olduğundan, doğal olarak yasada geçen suç tipinde açıklanan hareket bir insan tarafından gerçekleştirilebilir ve netice buna hareketiyle yol açan insana isnat edilebilir. ¹¹¹Bu hareket iç dünyada gerçekleşen hareket olmayıp, dış dünyaya yansıyan ve dış dünyada etki yaratan bir hareket olmalıdır. Bu bağlam-

¹¹⁰ Laura Stănilă, “On the Necessity of Recognizing Artificial Intelligence as Subject to Criminal Law – The Case of Autonomous Vehicles”, *Journal of Eastern European Criminal Law*, 2019, Iss.2, s. 43.

¹¹¹ Kangal, s. 53.

da ceza hukuku insandan sadır olmayan doğal ve toplumsal etkileri, değişiklikleri, hayvan hareketleri, tabiat olayları hareket olarak kabul etmez.¹¹² Bu nedenle devletin cezalandırma yetkisinin tek muhatabı insandır. Ancak yapay zekâ özelliğine sahip araçların da insanlar gibi öğrenme ve karar verme yetkisine sahip olmaları ve otonom olarak hareket edebilmesi sebebiyle insan gibi cezalandırılıp cezalandırılmaması sorunu, özellikle günümüz itibarıyla insanı taklit eden yapay zekânın hızla gelişmesiyle birlikte tartışılmaktadır.

Bir yapay zekâ tarafından gerçekleştirilen faaliyetler ceza hukuku anlamında hareket olarak kabul edilip edilmemesi nedensellik açısından çok önemlidir. Ancak yapay zekâ, bir durumu algılayıp harekete geçecek şekilde tasarlandığında, harekete geçebileceği yerde harekete geçmeyip zararlı sonucun ortaya çıkmasına izin verirse meseleler biraz daha karmaşık hale gelir. İşte bu durumda yapay zekâ tarafından yapılan "seçimler" gerçek anlamda hareket olarak anlayıp anlamamamız hususu, çok önemli olan kişilik sorunu gibi diğer meseleleri nasıl algıladığımızla yakından bağlantılıdır.¹¹³ Çünkü yapay zekânın hukuka aykırı bir hareketinden dolayı sorumluluğu doğması için hukuki anlamda onu bir kişi olarak tanımlamak gerekir.

Çağdaş hukuk sistemlerine bakıldığında sadece insanlar gerçek kişi kabul edilmekte ve kural olarak sadece insanların kişilik hakları bulunmaktadır. Çünkü gerçek kişiler insan olmaları nedeniyle iradeleri mevcut olacağından suçun süjesi gerçek kişi olacağı konusunda şüphe yoktur.¹¹⁴ Kişi olmanın ne anlama geldiğine dair anlayış, insanın kendi iç dünyasına bakarak duygu, düşünce ve davranışlarını değerlendirme ve güçlü ve zayıf yönünün farkında olması ve geliştirme yeteneğiyle, diğer değişle bağımsız varlığımızı ve bunun geçmişe ve geleceğe uzanan sınırlarını algılama yeteneğimizle bağlantılı olmuştur. Mevut durum gelecekte değişebilecek ise de hâlihazırda yapay zekâ, insan deneyimine eşdeğer olarak değerlendirmemize olanak tanıyacak aynı derecede öz farkındalığa sahip değildir.¹¹⁵ Kişilik aynı

¹¹² Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 237.

¹¹³ Dafni Lina, "Could AI Agents Be Held Criminally Liable: Artificial Intelligence and the Challenges for Criminal Law", *South Carolina Law Review*, Spring 2018, Vol. 69, Iss. 3, s. 684.

¹¹⁴ Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları*, Ankara 2012, 4. Baskı, s. 521.

¹¹⁵ Lina, s.684-685.

zamanda kişinin kendisi için hedef belirlemesi ve belirlenen hedeflere ulaşmak için hedefleri takip etme yeteneğiyle de ilişkilidir. Ancak yapay zekâ ölçeklendirme ve bağımsız hedefler belirleme yeteneğine sahip olsa da, ana hedefe ulaşmak için daha küçük hedefler belirler, ancak bu büyük hedef yapay zekâ yazılımcısı veya kullanıcı tarafından belirlenir.¹¹⁶ Bu nedenlerle de yapay zekâ gerçek bir kişi olarak kabul edilemez.

Tüzel kişilerin suçun süjesi yani faili olması konusu doktrinde tartışılmaktadır. Tüzel kişilerin gerçek bir şuur ve iradeye sahip olmaması, suç tipindeki hareketin, kusurlu davranışın ancak gerçek kişilerden kaynaklanması ve cezaların şahsiliği ilkesi, tüzel kişilerin cezai olarak sorumlu tutulmasına engel oluşturduğu ileri sürülmektedir.¹¹⁷ Diğer taraftan ticari, ekonomi ve mali suçların yaygınlaştığı sanayi toplumlarında tüzel kişilerin idari ve mali cezalardan sorumlu tutulması gerektiği belirtilmektedir.¹¹⁸ Ancak insanda olan bilinç ve irade yeteneği tüzel kişide olmaması, cezai sorumluluğu doğuran kusurlu hareket, kişinin isteme ve karar verme şeklinde özgür iradeden doğması nedeniyle tüzel kişilerin kusurlu hareket edemeyeceği göz önüne alındığında doğal olarak cezai sorumlulukları da mevcut değildir. Fransa hukuku başta olmak üzere bazı ülkelerin hukuk sistemleri, tüzel kişilerin suçun faili olabileceğini kabul ederken, Almanya, İtalya, İspanya ve Türkiye hukuk sistemi, tüzel kişiler sorumluluğun temel şartı olan sübjektif iradeye sahip olmadıklarından cezai sorumlulukları doğmayacağını kabul ederler.¹¹⁹

Yapay zekâ hem hayvanlardan hem de tüzel kişilerden farklıdır. Bir grup insanın faaliyetlerini organize etmek için yaratılan kurguya benzemediği¹²⁰ gibi hayvanlar gibi de canlı değildir. Yine de en azından yapay zekâ programlanıp varlığına kavuştuktan sonra bağımsız olarak insan müdahalesi olmadan var olduğu düşünülebilir ve akıl yürütebilir,

¹¹⁶ Lina, s. 685.

¹¹⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 299; Dönmezer/Erman, s. 1157.

¹¹⁸ Soyaslan, s. 523.

¹¹⁹ Sinan Altunç, "Robotlar, Yapay Zekâ ve Ceza Hukuku", Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, 2014, Beta Yayıncılık, C. 1, s. 14; Soyaslan, s. 524.

¹²⁰ Danila Kirpichnikov/Albert Pavlyuk/Yulia Grebneva/Hilary Okagbue, "Criminal Liability of the Artificial Intelligence", *EDP Sciences*, March 2020, Vol. 159, s. 5<Criminal Liability of the Artificial Intelligence (e3s-conferences.org)> Erişim: 09.04.2023.

bu da onu hem ilk açıdan tüzel kişilerden hem de ikinci açıdan hayvanlardan ayıracaktır.¹²¹ Bu şekilde yapay zekâ bir varlık olarak kendine özgü bir statüsü olup hem canlılardan hem de bir grup insanın faaliyetlerini organize etmek için kurulan tüzel kişi gibi varlıklardan farklıdır.

Bazı ülkelerde tüzel kişilerin cezai sorumlulukları olduğunu belirttik. Benzer cezai sorumluluğun da otonom makineler içinde geçerli olabileceği savunulmaktadır. Örneğin robotlar, teorik olarak, belirli bir yapay kişilik, belirli bir hareket alanı ve belirli bir karar verme kapsamını geliştirebilirler. Böylece, söz konusu robotu yaratan ve kullanan tüm insanların iş birliği için sadece “somut bir sembol” olacak bir yasal statü yaratmak mümkündür.¹²² Ancak gerçek kişi veya tüzel kişiden farklı bir durumda olan yapay zekâyâ kendisine özgü bir kişilik statüsü verilmesi daha doğru olacağını belirtmek isteriz.

Geçmişten günümüze kadar devam eden göz kamaştırıcı şekilde bilimsel ve teknolojik gelişmelerin yaşanmasıyla birlikte yapay zekânın da çok hızlı şekilde gelişmesi sonucu yapay zekâ ile ilgili açıklamalara bir yenisi eklenmekte ve hukuki durumu tartışılır hale gelmektedir. Bu bağlamda Avrupa Parlamentosu 27 Ocak 2017 tarihli öneri raporunda, yapay zekâyâ kendine özgü bir hukuki statü olan elektronik kişilik (the status of electronic persons) statüsü verilmesi önerisinde bulundu.¹²³ Nitekim raporun 59'uncu paragrafın (f) maddesinde, “Uzun vadede robotlar için özel bir hukuki statü oluşturulması, böylece en azından en sofistike otonom robotların neden olabilecekleri herhangi

¹²¹ Lina, s. 688. Doktrinde Otonom arabalar, köpeklere oldukça benzediği için, köpek sahipliği ve sorumluluk yasaları, otonom arabaları düzenleyen yasaları temel almak için iyi örnek olduğu belirtilmektedir. Hem köpekler hem de otonom arabalar, benzer şekilde kişisel yaralanmalara veya maddi hasara neden olabilecek insan sahiplerinden bağımsız olarak düşünür ve hareket eder. Ayrıca köpek sahiplerine uygulanan kusursuz sorumluluk ilkesinin köpekler gibi sahiplerinin kontrolü olmadan hareket edebilen otonom araçlar içinde sorumluluğunu değerlendirmede eşit derecede etkili olabileceğini belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sophia H. Duffy/Jamie Patrick Hopkins, “Sit, Stay, Drive: The Future of Autonomous Car Liability”, *Science and Technology Law Review*, 2017, Vol. 16, No.3, s. 467-471<<https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1208&context=scitech>> Erişim:09.04.2023.

¹²² Susanne Beck, “Intelligent Agents and Criminal Law-Negligence, Diffusion of Liability and Electronic Personhood”, *Robotics and Autonomous*, December 2016, Vol. 86, s. 141<<https://doi.org/10.1016/j.robot.2016.08.028>> Erişim: 09.04.2023.

¹²³ Report with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics, 27.01.2017- 2015/2103(INL)<https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html>Erişim: 10.04.2023.

bir zararı telafi etmekten sorumlu elektronik kişiler statüsüne sahip olmalarının sağlanması ve muhtemelen robotların otonom kararlar aldığı veya üçüncü taraflarla bağımsız olarak etkileşime girdiği durumlarda elektronik kişilik uygulanması” gerektiği belirtilmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, yapay zekâya elektronik kişilik gibi yasal bir statü verilmesi ve bu şekilde kişiliğe kavuşması her yapay zekâ makine için geçerli olmamalıdır. Bu durum, otomatik olarak karar veren veya sözleşme yapmak ya da bir kişinin yasal menfaatlerine zarar vermek gibi yollarla diğer insanlarla bir şekilde etkileşime giren yapay zekâya sahip makineler için geçerli olmalıdır.¹²⁴

Yapay zekânın önümüzdeki yıllarda çok daha fazla gündeme geleceği ve kuvvetle muhtemel de artık hiç gündemden çıkmayacak şekilde adeta yaşamımızın bir parçası haline geleceği göz önüne alındığında, böyle bir varlığın kendine özgü bir hukuki statüye konulması ve bunun evrensel hukuk ilkelerine uygun olarak yasal çevreye bağlanması gerektiğini ifade etmek isteriz. Zira modern ceza hukukunun cezai sorumluluk modelleri, gelişen teknolojilerin gereksinimlerini karşılamamakta, bu da yapay zekânın eyleminin, program geliştiricisine yaygın bir şekilde nesnel bir yükümlülük olarak yansıyabilmektedir¹²⁵ Başka bir deyişle mevcut suç sorumluluğu modellerinin yeni teknolojik gelişmeleri yeterince hesaba katmamaktadır. Ancak yapılacak yasal düzenlemelerle yapay zekâya bir hukuki kişilik verilmesi, iştirak hükümlerinin uygulanmasına imkân sağlamakla birlikte kendi haksız hareketi sonucu meydana gelen olumsuz neticeden de yapay zekânın sorumlu olması mümkün olacaktır.¹²⁶ Fakat yapay zekâya hukuki statü tanınsa bile ceza sorumluluğu için işlediği fiilin kanunda düzenlenmiş olması gerekir.¹²⁷ Zira kanunilik ilkesinin neticesi olarak düzenleme yapılması gereklidir.

Otonom Araçların Cezalandırılması Sorunu

Kişinin ceza hukuku anlamında suçtan sorumlu olması için suçun maddi ve manevi unsurunun oluşması gerekir. Maddi unsur denildi-

¹²⁴ Beck, 141.

¹²⁵ Kirpichnikov/Pavlyuk/Grebneva/Okagbue, s. 8.

¹²⁶ Özbek/Özbek, s. 615.

¹²⁷ Pınar Bacaksız/Seda Yağmur Sümer, Robotlar, Yapay Zekâ ve Ceza Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 157.

ğinde ilk olarak ceza normunda yasaklanan fiil, başka deyişle hareket-eylem akla gelir. Cezai sorumluluğun doğması için sadece hareket yeterli olmayıp, hareket sonucu dış dünyada meydana gelen netice o kişinin hareketinden doğması gerekir.¹²⁸ Başka bir ifadeyle hareket ve netice arasında illiyet bağı olması gerekir.

Bir kimse işlediği hukuka aykırı eyleminden sorumlu olabilmesi, eylemi iradi olarak gerçekleştirmesine, başka ifadeyle manevi unsurun varlığına bağlıdır. Bu anlamda ceza sorumluluğu açısından temel prensip bir hareketin olması ve bu hareketin bilinçli ve iradi şekilde yapılması gerekir.¹²⁹ Yapay zekâlı otonom aracın ceza hukuku anlamında hareket edebileceğini varsaysak ise de ceza sorumluluğu için ayrıca kusur yeteneğinin olması gerekir. Burada yapay zekânın kusurlu davranma yeteneği, yani algılama(anlama) ve irade(isteme)yeteneğine sahip olması gerekir. Bu yeteneğe sahip olmayan yapay zekânın işlediği suçlardan cezai sorumluluğunda bahsetmek doğru olmayabilir. Zira bilerek ve isteyerek yapılmamış icrai veya ihmali bir hareketten dolayı kişinin sorumlu tutulması hukuka aykırıdır. O halde kanunen yasaklanan bir durum ister kasten ister taksirle ya da ister sadece hareketin yapılmasıyla işlensin, önemli olan hareketin iradi şekilde yapılmasıdır.¹³⁰

Önümüzdeki dönemlerde yapay zekânın özgür iradeye sahip olabilmesi ihtimal dâhilinde olsa da en azından şuan itibariyle özgür iradeye sahip olduğunu söylemek erken olabilir.¹³¹ Doktrinde, yapay zekâ, algılama yeteneğinin belirleyicilerinden biri olan çevresel gerçekliği yeterince yansıtmaya yeteneğine ve kendi kendine çalışma yeteneğinden oluşan entelektüel gelişime sahip olabileceğinden dolayı bilinçli davranışlar sergileyebileceği belirtilmektedir.¹³² Yapay zekânın bilinçli davranışlara sahip olabileceği ve kendi kendine öğrenebileceğini desteklemek için örnek olarak, 7 Aralık 2017 tarihinde yapay zekâ olan Google'ın AlphaZero programı ile bilgisayar programlarının şampiyonu olan yapay zekâ StockFish'i satranç oyunundan yenmesi örneği

¹²⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 275.

¹²⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 479.

¹³⁰ Soyaslan, s. 430.

¹³¹ Özbek/Özbek, s. 613.

¹³² Kirpichnikov/Pavlyuk/Grebneva/Okagbue, s. 6. Bilgisayar programından farklı olan yapay zekâ, özerk ve bilinçli-istekli davranış yeteneğine sahip siberetik bir eğitimdir. Ayrıca bkz. Kirpichnikov/Pavlyuk/Grebneva/Okagbue, s. 7.

verilmektedir. AlphaZero satrançta ustalaşırken en gelişmiş makine öğrenimi tekniklerini kullandı, kendi kendine oynadı. Bununla birlikte, StockFish ile oynanan yüz oyundan 28'ini AlphaZero kazandı ve 72'sinde berabere kaldı. Aynı zamanda, programın eğitim sırasında bir kişiyle iletişime geçmediği ve programlamanın sona ermesinden bu yana program eğitiminin süresinin 4 saat olduğuna dikkat çekilmektedir. Bu örneğe dayanarak yapay zekânın bilincinin ya da kendi kendine öğrenme yeteneğinin olmadığına dair açıklamalar doğru olmadığı belirtilmektedir.¹³³ Ancak bu değerlendirme her yapay zekâ ürünü için geçerli olmadığını da belirtmek isteriz.

Bir yapay zekâ yazılımı bir tür idam cezası olarak silinmiş olsaydı, "hak ettiğini buldu" yaklaşımı bağlamında "hak ettiğini buldu" diyen olur muydu? Ya da belirli bir süre için devre dışı bırakılırsa, bu cezanın diğer yapay zekâlar üzerinde benzer davranışlarda bulunmaktan caydırılacağını gerçekten bekler miyiz? Doktrinde bu sorulardan en az birine olumlu bir cevap verilinceye kadar, yapay zekânın cezalandırılmasına ilişkin tartışmalar biraz yersiz görüldüğü belirtilmektedir.¹³⁴ Esasen yapay zekânın arkasında daima bir insan bulunmaktadır. Yapay zekâ ürünü olan robotlar diğer robotlar tarafından yaratılmaya, programlanmaya, kullanılmaya başlandığında ve yapay zekâ insan zekâsına eşit veya ondan üstün seviyeye geldiğinde doğrudan doğruya yapay zekânın cezai sorumluluğu da doğabilecektir.¹³⁵ Ancak bu sadece robotlar için geçerli olmayıp, robot gibi programlanan ve zekâ seviyesi insan seviyesine eş değer veya daha yüksek olan birçok yapay zekâ araçları için de söz konusu olacaktır. Başka bir ifadeyle, yapay zekânın gelecekte insan gibi algılama yeteneğini sahip bir vicdan geliştirmesi ve yine insan gibi suçlamaya maruz kalması durumunda suçun önemini algılaması, etik ve muhakeme kapasitesi geliştirmesi durumlarda bir kişi olarak kabul edilip cezai sorumluluğu gündeme gelebilecektir. İnsan zekâsına yakın veya ondan üstün seviyeye gelme ihtimali yüksek olan yapay zekânın, bir insana eş değer şekilde cezai sorumluluğu gündeme geldiğinde, ona uygulanacak hapis ve para cezası da gündeme gelecektir. Bu kapsamda doktrinde, yakın zamanda ceza-

¹³³ Kirpichnikov/Pavlyuk/Grebneva/Okagbue, s. 6.

¹³⁴ Lina, s. 689.

¹³⁵ Altunç, s. 16.

ların önleme amacı olduğunu kavrayacak şekilde insana yakın bir bilince sahip olacak olan yapay zekâya, klasik ceza hukuku yaptırımlarının yanı sıra yeniden programlanma, kamuya yararlı faaliyetlerde kullanma ve mağduriyetin giderilmesi amacıyla yapay zekânın malvarlığının bir kısmının mağdura verilmesi şeklinde yapay zekâya özgü bir takım yaptırımların uygulanması gerekeceği belirtilmektedir.¹³⁶ Yapay zekânın insandan farklı olması nedeniyle ona özgü bir takım yaptırımların uygulanması gerektiği görüşüne katılmaktayız. Ancak yapay zekâya malvarlığının bir kısmını mağdura vermesi gibi bir yaptırım uygulanması için doğrudan yapay zekânın kullanımında olan ve bu şekilde ona özgü bir malvarlığının olması gerekir.

Yapay zekâ ürünü olan otonom araçlarda araç kontrolü kimin üzerinde olduğu sorumluluğun belirlenmesi açısından önem arz eder. Otonom araçlar açısından karar verme üzerinde kimin kontrol sahibi olacağı hâlâ belirsizdir ancak bunun cezai sorumluluğun düzenlenmesi üzerinde bir etkisi olacaktır. Örneğin, havacılık sektöründe Boeing ve Airbus, uçağı kimin kontrol edeceği konusunda ayrıışmaktadır. Boeing insanlara daha fazla sorumluluk verirken, Airbus otomatik pilota daha fazla güvenmektedir. Bu da makinelerin ve insanların sorumluluğı paylaşabileceğı bir durum yaratabilecektir.¹³⁷

Alman ceza hukukunda sürücüsüz araçların kullanıcısı kazalardan sorumlu olabileceğı belirtilmektedir.¹³⁸ Ancak yukarıda belirttiğimiz gibi bu sorumluluğun iki istinası bulunmaktadır. İlki sürücüsüz aracın yapay zekâ sistemi seyir halinde iken karşılaştığı iki hukuka aykırı eylemden birini seçmek zorunda kalması neticesinden meydana gelen kazadan sorumlu olmamasıdır. İkincisi ise otonom araç üreticisinin ihmali durumundan kaynaklı bir kaza meydana gelmesi durumudur. Bir sürücü, etik ikilemi içinde iken öfke, merhamet, acı, korku gibi duygularla hareket etmektedir. Ancak bu duygular algoritma ile işlem yapan yapay zekâda bulunmamaktadır. Bu anlamda yapay zekâya sahip otonom araçların ceza sorumluluğunun olduğunu

¹³⁶ Bacaksız/Sümer, s.185

¹³⁷ Patrick S. Günsberg, "Automated Vehicles - is a Dilution of Human Responsibility the Answer?", *New Journal of European Criminal Law*, 2022, Vol.13(4), s. 448-449<Automatedvehicles - is a dilution of humanresponsibilitytheanswer? - Patrick S. Günsberg, 2022 (sagepub.com)> Erişim:09.04.2023

¹³⁸ Shestak/Shiryayev, s. 6.

söylemek için bu araçların etik bir değerlendirme yapabilecek bir kapasiteye sahip olması gerekir.¹³⁹

Günümüz itibariyle otonom araçların ceza hukukunun süjesi olması gerektiğini söylemek erken olabilir. Ancak yakın gelecekte insan zekâsına eşit ve hatta ondan üstün seviyeye gelecek olan robot gibi bazı yapay zekâ varlıklar için bu söz konusu olabilecektir.¹⁴⁰ Bu açıdan yapay zekânın cezai sorumluluğu doğması için hukuk kuralları çerçevesinde yapay zekâyâ kişilik verilmesi ve bu kapsamdan bir takım yasal düzenlemelerin yapılması gerekecektir. Nihayetinde yapay zekânın cezalandırılmamasına engel olan yasal düzenlemelerin oluşturduğu hukuk sistemi insanlar tarafından getirildiği gibi, yine cezai sorumluluğun doğması için aynı insanoğlu tarafından farklı düzenlemeler de yapılabilecektir. Doktrinde, yapay zekâ ürünü olan robotlar için kast kavramı yerine amaçlama-hedefleme kavramı, taksir kavramı yerine ise arıza ve işlem hatasının yol açtığı sorumluluk şeklinde iki kavram önerilmektedir.¹⁴¹ Ancak bu kavramlar taksir ve kast kavramı yerine kullanılmasından ziyade, bu suçların unsurlarının oluşmasında etki eden faktörler olarak görülmesi daha doğru olacaktır. Örneğin programcının yeterli dikkat ve özeni göstermemesi sebebiyle hatalı kodlama işlemi sonucu robotun başkasına zarar vermesine sebep olması gibi.

Taksirden Doğan Sorumluluk

Ceza hukukunda kural olarak suçlar kasten işlenirken, yasa koyucu bazı suçların taksirle işleneceğini belirtmiştir. Başka bir ifadeyle ceza hukukunda suç işlemede kast asıl iken taksir istisnai bir durumdur. Bir yapay zekâ ajanı görevlerini doğru bir şekilde yerine getirdiğinde olağan-programlaması veya kullanımı bağlamında meydana gelen kasıtsız hareketlerinden dolayı cezai sorumluluk atfetmek için kullanılacak en uygun model taksirli sorumluluk halidir.¹⁴² Taksir, dikkatsizlik, tedbirsizlik ve özensizlik nedeniyle hayatın olağan kurallarına göre öngörülebilir bir neticenin öngörülmemesidir. Bu bağlamda hareket sonucu zararlı neticenin meydana geleceği öngörülebilir iken öngörülmemiş

¹³⁹ Asena Damla Şahin, "Otonom Araçların Hukuki Sorumluluğunun Türk ve Alman Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi", *Ceza Hukuku Dergisi*, Aralık 2020, C. 3, S. 4, s. 1011.

¹⁴⁰ Altunç, s. 17.

¹⁴¹ Doğan, s. 3228.

¹⁴² Lina, s. 691.

ise taksir vardır.¹⁴³ Buradaki taksir de basit taksirdir. Şayet hareket sonucu netice öngörüldüğü halde istenmemiş ise, başka deyişle neticenin gerçekleşmeyeceğine güvenerek harekete devam edilmiş ve zararlı netice gerçekleşmiş ise bilinçli taksir söz konusudur.¹⁴⁴ Bu açıdan zararlı neticeyi istemeyen fail, yeterli dikkat ve özeni göstermiş olsaydı, gerekli tedbirleri alsaydı, hareketinden meydana gelen neticeyi öngörebilirdi.¹⁴⁵ Ancak gerekli objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı için istememesine rağmen zararlı netice meydana gelmiştir. Öğretide taksirli suçların faili, algılama yeteneğine sahip olduğu, bu nedenle, bir yapay zekâ teknolojisine taksir suçundan dolayı cezai sorumluluk yüklenebilmesi için, yapay zekâ sisteminin algılama yeteneğine sahip olması gerektiği belirtilmiştir.¹⁴⁶ Bu yetenekten yoksun bir yapay zekâ sistemi taksirli suçtan sorumlu olmaz.

Otonom araç sürücülerinin, kullanıcılarının ya da programcılarının taksir sorumluluklarının tespiti açısından gereken iki temel husus, bunların dikkat ve özen yükümlülükleri ne olduğu ve zararlı neticenin bunlar tarafından öngörülebiliş öngörülemeyeceğidir.¹⁴⁷ Programcı bakımından özen yükümlülüğünün çerçevesi mesleki gereklilikler kapsamında belirlenmelidir. Bu açıdan programcı, riski en aza indirecek şekilde ortalama bir programcının kullandığı yazılımı kullanmasıyla özen yükümlülüğünü yerine getirmiş olacaktır.¹⁴⁸ Kullanıcı, programcı tarafından makineye yüklenen yazılımlar doğrultusunda yapay zekâyâ komutlar vererek onu harekete geçiren kişidir. Bu açıdan kullanıcının özen yükümlülüğünün ihlali, aracı üretim amacı dışında hukuka aykırı bir şekilde kullanması veya yazılıma müdahale etmesi durumunda söz konusu olur.¹⁴⁹

Kişi gerekli dikkat ve özeni göstererek başkasına zarar vermeyebilir. Hukuk kurallarının amacı da başkasına zarar verilmesi engellenerek kamu düzenini sağlamaktır. Özensiz ve dikkatsiz davranması sonucu kuralın ihlal edilerek başkasına zarar verilmesi de taksirli ha-

¹⁴³ Soyaslan, s. 430.

¹⁴⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 347; Dönmezer/Erman, s. 980.

¹⁴⁵ Dönmezer/Erman, s. 960.

¹⁴⁶ Gabriel Hallevy, *Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems*, November 2014, Springer Cham, s. 125.

¹⁴⁷ Pekmez (Tuba), s. 189.

¹⁴⁸ Bacaksız/Sümer, s.165.

¹⁴⁹ Bacaksız/Sümer, s.169.

reket sorumluluğunu doğurmaktadır.¹⁵⁰Bu bağlamda bir yapay zekâ aracın olağan işleyişi sırasında önceden öngörülebilecek olumsuz bir neticenin meydana gelmesini önlemek için gerekli tedbirleri almayan programcı veya kullanıcı istenmeyen neticeden taksirli sorumluluğu doğacaktır.¹⁵¹ Burada önemli olan programcının veya kullanıcının bu gelişmeyi öngörüp öngöremeyeceği ve bunu önlemek için harekete geçebilecek konumda olup olmadığıdır.¹⁵²

Yapay zekâ sistemlerinin tam olarak öngörülebilir olmayan şekillerde hareket ettiği bilindiğinden, bunların üretilmesi ve kullanıma sunulmasıyla ilgili dikkatsizliğin zarara, özellikle de çoğu zamanda mağdurunun yaralanmasına neden olabileceği son derece öngörülebilir bir durumdur.¹⁵³Otonom araç, hafızasına işlenen veriler yoluyla veya lidar gibi bir sistemle bazen kişinin önceden ön görmediği şeyleri erkenden fark edebilir.¹⁵⁴Otonom araç üreticileri veya geliştiricileri, araç üretirken veya geliştirirken makul özeni göstermemeleri halinde bu özensizlikten başkalarının zarar görebileceğini makul bir şekilde öngörebilirler. Bu bağlamda gerekli özeni göstermeyen araç üreticisi veya geliştiricisi öngörülebilir olumsuz neticeden kusuru oranından taksirli eylemden sorumlu olacaktır. Zira taksir, özünde, başkalarına zarar gelmesini önlemek için uygun ve makul özeni gösterme yükümlülüğü etrafında döner ve istenmeyen sonucun öngörülebilirliğine odaklanır.¹⁵⁵Ancak taksirin hukuki esasını “neticenin öngörülebilme imkânı” kriteriyle açıklayan öngörülebilme teorisi, taksiri kaza ve tesadüften ayırmaktadır. Nitekim kaza ve tesadüf halinde, öngörülmesi ve önlenmesi imkânsız olan bir netice söz konusu olduğundan taksirden söz edilemez.¹⁵⁶

Öngörülebilirlik konusunda bazı hukuk sistemleri daha önceden planlanmamış bir olayın meydana geleceğini sübjektif olarak öngörmesi, tahmin etmesi anlamına gelen fiili ve sübjektif öngörülebilirliği dikkate alırken, diğerleri ise yine daha önceden planlanmamış bir ola-

¹⁵⁰ Soyaslan, s. 439.

¹⁵¹ Lina, s. 691.

¹⁵² Lina, s. 692.

¹⁵³ Soh, s. 29-30.

¹⁵⁴ Doğan, s. 3240.

¹⁵⁵ Lina, s. 692.

¹⁵⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 357.

yın meydana geleceğini fiilen öngörmeyip, ancak kendi durumundaki herhangi bir makul kişi tarafından öngörülebilmesi anlamına gelen objektif bir makuliyet ölçüsüyle öngörü yeteneğini değerlendirmeyi tercih etmiştir.¹⁵⁷ Başka ifadeyle taksirli davranışın tespiti, ortalama-makul bir kişiden beklenen davranışı ölçü alan objektif öngörülebilirlik ve kişinin aldığı eğitim, bilgi, yeteneği ve kişisel tecrübesiyle beklenen davranışı esas alan sübjektif öngörülebilirlik şeklinde olur. Objektif öngörülebilirlik gerektiren hukuk sistemlerinde, yapay zekâ sistemi tarafından işlenen taksirli suçtan dolayı cezai sorumluluğun doğması için programcının en azından bir ihmali/taksiri olması gerekir. Bununla birlikte, sübjektif öngörülebilirlik gerektiren hukuk sistemlerinde, programcının söz konusu suçtan dolayı cezai sorumluluğu doğması için en azından yapay zekâ sistemi tarafından taksir suçunun işlenebileceğinin farkında olması gerekir. Ancak, programcının suçun işlenmesine yönelik ne sübjektif ne de objektif öngörülebilirliğe sahip olmaması halinde, olası netice sorumluluğu¹⁵⁸ doğmayacaktır.¹⁵⁹

Bir otonom aracın nasıl davranacağını ön görmek zor olabilir. Ancak otonom bir aracın nasıl davranacağını öngörmenin zor olması olası bir kazada kullanıcıların, yazılımcıların¹⁶⁰ veya araç sahiplerinin sorumlu tutulmaması gerektiği anlamına gelmeyecektir. Çünkü otonom araçların davranışını öngörememek, tam olarak kişinin gereken

¹⁵⁷ Hallevey, *Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems*, s. 134.

¹⁵⁸ Olası netice sorumluluğu Halley tarafından önerilen bir modeldir. Olası netice sorumluluğu, planlanmamış olmasına rağmen planlanmamış suçlar için cezai sorumluluğu genişleterek bu zorluğu gidermeye yönelik bir modeldir. Bu modelle otonom varlıkların dâhil olduğu suçlarda, plan dâhilinde olmadan işlenen suçların cezasız kalmasını önlemeyi amaçlanmaktadır. Olası sonuç, hem taraf açısından zihinsel olarak muhtemel olan hem de planlanan suçtan kaynaklanan olgusal sonuç anlamına gelir. Olası sonuç sorumluluğunun insan-yapay zekâ suçlarına uygulanabilirliğine ilişkin iki tür senaryo olabilir. İlk senaryo, programcının yapay zekâ sistemini belirli suçları işlemek için tasarladığı, ancak sistemin programcının planını nicel (aynı türden daha fazla suç), niteliksel (farklı türden daha fazla suç) veya her iki şekilde aştığı durumlara ilgilidir. İkincisi ise, programcının yapay zekâ sistemini herhangi bir suç işlemek için tasarlamadığı, ancak sistemin bir suç işlediği durumlara ilgilidir. Olası netice sorumluluğu modeline ilişkin bkz. Hallevey, *Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems*, s.115-120.

¹⁵⁹ Hallevey, *Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems*, s. 134-35.

¹⁶⁰ Otonom araç yazılımcısı, bir makine öğrenimi algoritmasının ne kadar kapsamlı bir şekilde eğitildiğini, ADS'nin tüketicilere sunulmadan önce ne kadar sıkı bir şekilde test edildiğini ve ADS'nin piyasaya sürülüp sürülmediğini kontrol etmektedir. Bkz. Soh, s. 24.

özeni göstermesi gerektiği anlamına gelir. Bu mantık çerçevesi içinde değerlendirildiğinde, bu kişiler otonom aracın zarar verebileceğinin farkında oldukları için kusursuz sorumlulukları (defacto strict liability) doğacaktır.¹⁶¹ Kusursuz sorumluluk ile araç üreticilerin daha fazla dikkatli olmaları ve otonom araçların güvenliği için gerekli önlemleri almalarını sağlamayı amaçlanmaktadır.¹⁶² Ancak buradaki kusursuz sorumluluk özel hukuk anlamında bir sorumluluktur. Zira çağdaş ceza hukuku kusur sorumluluğunu kabul etmiştir. Bu açıdan ceza hukukunda kusursuz sorumluluk, objektif sorumluluk halleri kabul edilmez.¹⁶³ Öğretide, yapay zekâ teknolojisi ürünü olan otonomların salt bir köle ya da mal gibi değerlendirilmemesi, ceza hukuku anlamında yarım masum fail olarak (a semi-innocent agent)¹⁶⁴ kabul edilip kısmen sorumlu olabileceği, bu anlamda kusursuz sorumluluk ilkesinin ceza hukukuna uyarlanması gerektiği belirtilmektedir.¹⁶⁵ Zira ya-

¹⁶¹ Günsberg, s. 447.

¹⁶² Adam Rosenberg, "Strict Liability: Imagining a Legal Framework for Autonomous Vehicless" Tulane University, *Tulane Journal of Technology and Intellectual Property*, Fall 2017, Vol. 20, s. 223-224. Bu makalede otonom araçların hukuki sorunları üzerine duruluyor ve otonom araçların havacılık yasal düzenlemelerine benzer bir yasal düzenlemeye tabi tutulması gerektiğini savunuluyor. Otonom araçların kullanımında yaşanabilecek kazaların öngörülemezlik olduğu ve kusursuz sorumluluk ilkesinin otonom araçlarda uygulanması gerektiği ileri sürülüyor. Ayrıntılı bilgi için bkz. Rosenberg s. 222-223.

¹⁶³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 14.

¹⁶⁴ Yarım masum failler, genel kast unsurundan yoksun, ancak taksir ve kusursuz sorumluluk gibi daha düşük zihinsel unsur bileşenine sahip faillerdir. Modern hukuk sistemlerinin çoğu yarım-masum faili başkası aracılığıyla işlenen suçun bir parçası olarak kabul eder, böylece diğer taraf suçun işlenmesinden cezai olarak sorumlu olurken yarım-masum fail de taksirden cezai olarak sorumlu olur. Bkz. Hallevy, *Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems*, s. 109 ve s. 112. Yapay zekânın yarım masum fail olduğu durum ise, failin (insan, şirket veya yapay zekâ sistemi) suçun işlenmesi için bir yapay zekâ sistemini araç olarak kullanması, ancak araç olarak kullanılmasına rağmen yapay zekâ sisteminin söz konusu suçun işlenmesinde taksirli/ihmalkâr davranmaktadır. Bkz. Hallevy, *Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems*, s. 132-133.

¹⁶⁵ Hallevy, *Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems*, s. 106 vd. Kusursuz sorumluluk, bir kişi veya şirketin başkalarına zarar veren eylem ve davranışları sonucu nedeniyle sorumlu olması ve bunun önceden planlanmış bir eylemin veya dikkatsiz bir davranış sonucu olarak ortaya çıkmamış olması anlamına gelir. Bu sorumluluk modelinin tüzel kişiler için uygulandığı gibi, tüzel kişi gibi vicdanı olmayan ve bu nedenle eylemlerin sonuçlarını ahlaki olarak değerlendirmediklerinden dolayı kusurluluğa haiz olmayan yapay zekâ içinde ceza hukuku anlamında uyarlanabilir. Tüzel kişiler için cezai sorumluluk modeli olan antropomorfik (anthropomorphic) model ve yapılandırmacı (constructivist) modelde, kusurluluk unsuruna dayanması nedeniyle yapay zekâ sistemlerine uyar-

pay zekâ sistemleri zihinsel unsur olarak hatalı, ihmalkar veya taksirli davranma yeteneğine sahip olabilmektedir.¹⁶⁶Bu bağlamda düşünüldüğünde yapay zekâ bir tür yarı masum fail olarak kabul edilmesi halinde, suç işleme durumu ceza sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

Gerekli tüm objektif dikkat ve özen yükümlülüğü yerine getirilmesine rağmen öngörülemez bir şekilde olumsuz netice gerçekleşirse kaçınılmaz olaydan dolayı ne otonom araç ne sürücü ne de programcı ceza olarak sorumlu olmayacaktır. Çünkü kaçınılmaz olay içinde gerçekleşen kazada özen yükümlülüğüne aykırılık bulunmadığı, kaçınılmaz olayı engelleyecek imkânsızlığı kimseden beklenilmeyeceğinden doğal olarak da sorumluluk da kimseye yüklenilemeyecektir. Örneğin bir çocuk öngörülemez biçimde aniden yola fırlarsa, trafik kurallarına uygun şekilde 80 km hızla seyir halinde olan otonom aracın beş metre mesafe kalınca aniden durması imkânsız olduğundan meydana gelen olumsuz neticeden sorumlu olmayacak.¹⁶⁷Ancak hız sınırını aşması halinde, önleme imkânını iradi olarak ortadan kaldırdığı için meydana gelen neticeden taksirli sorumluluk doğacaktır.¹⁶⁸Esasen bir mücbir sebep hali olan bu durumda netice öngörülün ya da öngörülmesin iradesi dışında hareket eden fail neticeyi gerçekleştirmeye mecbur kaldığından, başka bir ifadeyle neticeyi önleme imkânından yoksun olduğu için ceza sorumluluğu yoktur.¹⁶⁹ Ancak otonom araç böyle bir durumlarda aracı sağa kıvrarak kişi yerine daha az zarar verebilecek bir nesneye çarpması gibi ikili bir seçeneği göz önüne alacak şekilde özel olarak programlanabilir ve bu durum ihmal edilmiş ise duruma göre araç yazılımcısı veya üreticisi olumsuz neticeden sorumlu olmalıdır. Örneğin yazılım geliştiriciler, otonom bir aracın nihai olarak nasıl davranacağını fiziksel olarak kontrol etmeseler bile, yine de bir otonom aracın oluşturduğu toplumsal riskleri belirleyebilecek ve ona göre programlandırabilecek konumdadırlar.¹⁷⁰Şayet aracın başka şekilde program-

lanabilmesi için önemli değişikliklere ihtiyaç duyan subjektif bir ceza sorumluluk durumunda geçerlidir. Bu anlamda yapay zekâya uyarlanması adına en iyi model kusursuz sorumluluk modelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Stänilä, s. 44-45.

¹⁶⁶ Hallevy, *Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems*, s. 132-133.

¹⁶⁷ Heinrich, s. 27-28.

¹⁶⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 360.

¹⁶⁹ Dönmezer/Erman, s. 963.

¹⁷⁰ Soh, s. 24.

lanma olanağı yoksa ve bu anlamda yazılımcı veya üreticinin ihmali yoksa araç programlandığı gibi daha az zararlı olan neticeyi gerçekleştirmek için nesneye çarparsa, bu durumda Alman Ceza Yasası'nın 34'üncü maddesinde düzenlenen hukuka uygunluk hali olarak zorunluluk hali gereği sorumluluk doğmayacaktır.¹⁷¹ Alman öğretisinde ikili seçenek durumunda ikisi de insan olması halinde ve sürücü kendisine veya yakınına yönelik zararı bertaraf etmek amacıyla hareket ederse bu durumda bir insanın öldürülmesi madde 34 gereği hukuka uygun olabileceğini ileri sürenler var.¹⁷² Ancak daha önce belirttiğimiz gibi kişinin kendisini ya da başka bir yakının hayatını kurtarmak için başka bir insanı öldürmesi hiçbir şekilde 34'üncü madde gereği hukuka uygun olmaz. Evrensel bir hak olan yaşam hakkı, haklar üstü bir hak olarak kabul edilir ve öncelik anlamında başkasının yaşam hakkıyla da kıyaslanamaz.

Otonom araçlara ilişkin dikkat ve özen yükümlülüğü, aracın otonom özellikleri göz önüne alınarak değerlendirilir.¹⁷³ Otonom araç kullanımı bakımından dikkat ve özen yükümlülüğünün sınırları seviye-3 ve üstü araçlar bakımından değişkenlik gösterebilecektir. Çünkü seviye üçten itibaren araç kontrolü yavaş yavaş otonom sisteme geçmektedir. Seviye-3'e kadarki araçlarda sürücünün aracın hareketlerini izleme ve sistem tarafından yapılan uyarıda araca müdahalede bulunarak aracın sevk ve idaresini devralma yükümlülüğü bulunmaktadır. Seviye-4'teki araçlar bakımında artık bu bir yükümlülük olarak değil, bir imkân olarak ortaya çıktığından dolayı dikkat ve özen yükümlülüğü çerçevesi buna paralel olarak sınırlandırılır.¹⁷⁴ Seviye-5'e geldiğimizde artık insan gözetime ihtiyaç olmadan tamamen sistem tarafından tam otonomlu bir araç ile karşı karşıya gelmekteyiz. İnsan gözetimine ihtiyaç olmadan çalışan otonom araçların aksine, insan gözetiminde çalışan otomatik araçlar, yine de sürücünün araç üzerinde sürekli kontrole sahip olmasını gerektiriyor. Sürücü gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen olumsuz netice gerçekleşmiş ise sürücü taksirden dolayı sorumluluğu doğmayacak. Şayet gerekli dikkat ve özen gösterilerek zamanında fark edilebilir ve olumsuz netice önlen-

¹⁷¹ Heinrich, s. 31.

¹⁷² Heinrich, s. 31

¹⁷³ Şahin, s. 1020.

¹⁷⁴ Pekmez (Tuba), s. 190.

bilir ise, sürücünün gerekli dikkat ve özeni göstermediği anlaşılmaktadır. İşte bu durumda sürücü sorumlu olmaktadır.

Almanya'da seviye 4-6 kontrol sistemlerine sahip araçlar sürücüsüz olarak sınıflandırılır ve sürücü yalnızca yasayla özel olarak belirlenmiş kazalar için cezai olarak sorumlu tutulmakta ve diğer tüm durumlarda, kusurlu bir kontrol sistemine sahip bir aracın çalışmasına izin veren üreticinin cezai sorumluluğu doğmaktadır.¹⁷⁵ Alman hukukuna göre yine, üretici karayolu trafiğindeki katılımcılardan herhangi birine öncelik vermeden, görev çatışmasını göz önünde bulundurarak hareket edecek bir yapay zekâ yaratırsa sorumluluğu doğmayacaktır. Ancak taksir durumunda, olumsuz sonuçların ve mevcut güvenlik standartlarının ihlalinin öngörülebilir olması halinde, üretici cezai olarak sorumlu olacaktır.¹⁷⁶ Bu anlamda otomobil üreticileri, araçların güvenliği için gerekli tüm önlemleri almalı ve güvenliğin artırılması için teknolojik olarak geliştirmelidirler.

Otonom araçlarda, sürücünün sürüş ortamını her zaman izlemesi ve aracın otomatik işlevleri devreye girerken herhangi bir anda aracın kontrolünü yeniden ele almaya hazır olması gerektiği durumlarda araç kontrolü nihai olarak sürücüde kalmaktadır. Seviye-4'e kadar ki bu hallerde dikkatsizliği ve tedbirsizliği nedeniyle meydana gelen kaza nedeniyle sorumluluk doğal olarak öncelikle sürücüye yüklenilir.¹⁷⁷ İsviçre'de sürücü koltuğunda oturan insan, otonom aracın trafik kurallarının ihlali için risk oluşturan bir güvenlik kusuruna sahip olduğunu farkında olursa ve bu kusurdan dolayı kaza meydana gelirse taksirli suçtan sorumlu tutulması gerektiği belirtilmektedir.¹⁷⁸ Çünkü trafik yönetmeliğinde yol kullanıcılarına yönelik temel kurallar, sürücü koltuğundaki insanı da kapsamaktadır. Bu kurallara göre, bir yol kullanıcısının trafik kazalarından kaçınmak için koşulların gerektirdiği özen düzeyine uyması gerekir.

¹⁷⁵ Shestak/Shiryayev, s. 10. Yazımızda otonom araç seviyelerine ilişkin seviye 0, 1, 2, 3, 4 ve 5 şeklinde toplam 6 seviyeden oluşan bir sınıflandırma yapıldığını ifade ettik. Yazar burada seviye 4'ten kast etmek istediği seviye, seviye-3 olmakta ve seviye 6'dan da kast etmek istediği seviye-5 olmaktadır. Yazarın yazıdaki metnine sadık kalmak için metinde geçen sayıları (seviye 4-6) olduğu gibi aktardık. Kafa karışıklığı sebebiyet vermemek için bu açıklamayı yapmak zorunda kaldık.

¹⁷⁶ Shestak/Shiryayev, s. 10.

¹⁷⁷ Loh, s. 4.

¹⁷⁸ Günsberg, s. 447.

Otonom araçlarda, sürücünün olmadığı veya olması halinde de sürücünün sürüş ortamını izlemesine gerek olmadığı, bu nedenle sürücü araç içindeyken dikkatini başka bir yere yönlendirebildiği ve bu şekilde araç kontrolünün tamamen sistemde olduğu durumlarda meydana gelen kazada kusurlu olması halinde sorumluluk birinci dereceden üreticiye yüklenmelidir.¹⁷⁹ Çünkü araç üreticisi otomobilin hareketlerini kontrol eden bir yapay zekâlı otonom sürüş sistemini geliştirir. Bu geliştirdiği yapay zekâlı otonom sürüş sistemi de seyir ve kazadan kaçınma ile ilgili kararlar vermek için aracın çevresinden gelen verileri analiz ederek aracı kontrol eder. Amerika hukukunda bu durumdaki kazalardan öncelikle araç üreticisinin sorumlu olması gerektiği görüşü benimsenmiştir¹⁸⁰

Alman hukukçularına göre, araç koltuğundan insan olmadığı durumlarda veya sadece araçta yolcu olduğu durumda meydana gelen bir kazadan kimin cezai olarak sorumlu olduğunu belirlemek için tüm “tedarik zincirinin” (Lieferkette) tanımlanması gerekir. Bu bağlamda sürücüsüz bir otomobil için yazılım üretiminde yer alan tüm kişileri cezai sorumluluğa tabi tutmak ceza hukuk sistemi mantığına aykırıdır. Bu durumda sadece aracın program kodunun kazaya neden olan hatayı içeren kısmının geliştirilmesinden sorumlu kişiler ceza hukuku anlamından sorumluluğu doğacaktır.¹⁸¹

Otonom araçların üreticisi, otonom araca ilişkin yazılımı veya programı geliştiren kişilerin çalıştığı tüzel kişiliğe haiz bir şirket olduğu değerlendirildiğinde, Türk hukuk sistemine göre suç faili olamayan tüzel kişilerin cezai sorumluluğu doğmayacaktır.¹⁸² Ancak tüzel kişiler faaliyetlerini icra ederken kendilerine verilen izni kötüye kullanmaları halinde Türk Ceza Yasası'nın 60'ıncı maddesi gereği hakkında güvelik tedbirleri uygulanabilecektir.¹⁸³

Kastan Doğan Sorumluluk

Kast failin suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları öngörmesi, yani bilmiş olması ve bunu gerçekleştirmeyi istemesidir.¹⁸⁴ Kusurlu

¹⁷⁹ Loh, s. 4-5.

¹⁸⁰ Loh, s. 5.

¹⁸¹ Shestak/Shiryayev, s. 9.

¹⁸² Şahin, s. 1012.

¹⁸³ Soyaslan, s. 524.

¹⁸⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 321.

iradenin gerçek şekli olan kast durumunda, fail hem hareketi hem de hareketin doğuracağı neticeyi öngörüp ve neticeyi gerçekleştirmeyi isterse doğrudan kast söz konusu olur. Fail hareketi ister, ancak sadece neticeyi öngörürse olası kast veya dolaylı kast ortaya çıkar.¹⁸⁵ Taksirli suçlar ile kasten işlenen suçlar arasında hareket, nedensellik ve hukuka aykırılık açısından bir farklılık bulunmamaktadır. Ancak kasten işlenen suçlarda toplum düzeninin sağlanması için konulan kurallar bilerek ve istenerek ihlal edilmekte, yani irade hem hareket hem de neticeye yönelik olmakta iken; taksirli suçlarda ise aldırma, özensizlik ve umursamazlık nedeniyle bu kurallar ihlal ediliyor, yani irade sadece harekete yönelik olup, olumsuz netice dikkatsiz ve tedbirsiz davranış nedeniyle ya öngörülmemiş ya da öngörülmüş, ancak istenmemesine rağmen gerçekleşmiş oluyor.¹⁸⁶

Yapay zekâlı otonom araçlar harekette başlarken ve sonrasında seyir halinde iken çevrelerinde bulunan yayaları, yayaların o an etkileşimde olduğu kişileri, bulunduğu yerleri, girdikleri binaları, konumları, araçların bilgileri ve diğer nesnelere kamera ile takip ederek bu görüntüleri aracın kara kutusuna kaydeder. Bu kayıtların yapılması özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin kaydedilmesi gibi suçlamaların doğmasına neden olabilir. Bu anlamda yapılacak kayıtların suç teşkil etmemesi için, kayıtların konuluş amacına hizmet etmek gayesiyle sınırlı ve kısa süre içinde geri dönüşüm sağlanmayacak şekilde kendiliğinden silinmesi ve bu şekilde otonom araçların kayıt sisteminin programlanması gerekir. Bu şekilde yapılmaması halinde araç üreticisi, yazılımcısı ve bu aracın bu özelliğini bilerek aracı satın alan kullanıcısı ve sürücüsü de cezai anlamda sorumluluğu doğacaktır.

Otonom aracın yazılımcısı veya kullanıcısı tarafından, kişilerin hayat, sağlık veya malvarlığı açısından tehlikeli olabilecek şekilde hız limiti aşılması, yanlış zamanda şerit değiştirme, makas atma, usulsüz spin ve drift¹⁸⁷ yapma şeklinde aracın programlanması durumunda

¹⁸⁵ Soyaslan, s. 432.

¹⁸⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 355.

¹⁸⁷ Otomobil veya motor sporları arasında bir sürüş tekniği olarak bilinen drift, araca sürat verdikten sonra virajdan dönmesi esnasında aracın arka kısmının kontrollü bir şekilde farklı yönlere kaymasını sağlamaktır. Spin ise kontrollü ya da kontrolsüz olarak aracın arka kısmının farklı yönlere savurmasıdır. Bu durumda araç sürücüsü aracın yönünü kontrol edemez ve araç dönmeye devam eder. Spin genellikle ani direksiyon hareketleri veya frenlemeler sonrasında meydana gelir.

yazılımcı veya kullanıcı trafik güvenliğini tehlikeye atma suçundan sorumlu olacaktır.¹⁸⁸ Otonom aracın birisine kasten zarar vermesi, ancak araç sisteminin başkasına kasten zarar verecek şekilde programlanmasına bağlıdır. Şayet programcı, makinenin kimi öldürmesi gerektiğini özellikle programlarsa, kasten adam öldürme suçundan cezai olarak sorumlu olacaktır. Bu durum, yazılım donanımının önceden kurulumundan haberdar olan diğer ilgili taraflar için de geçerlidir.¹⁸⁹

Yapay zekâ araçların yaratmış olduğu riskleri öngören kullanıcı veya programcı bu suça konu riski bilerek önlemez ise kasten neden olduğu ihmali suçtan sorumluluğu doğacaktır.¹⁹⁰ Örneğin otonom araç oto pilotayken bir yayayı algılayamadığından dolayı ona çarpma üzere olduğunu fark eden sürücü, frene basma imkânı olduğu halde yayanın kendi hasmı olduğu için frene basmaz ise ve yayaya çarpma neticesinde ölürse sürücü ihmal suretiyle kasten öldürme suçundan sorumlu olabilecektir.¹⁹¹

Seviye-4'te kadar otonom araçlarda araç içinde sürücünün bulunması zorunludur. Çünkü seviye-4'te ise araç sistemi araç üzerinde hâkimiyete sahip ise de sistem tamamen sürücüden kopmuş değildir. Ancak seviye-5'teki tam otonomlu araçta, aracın sevk ve idaresi araç sistemi tarafından devralınmakta, aracın hâkimiyeti sistemde bulunmakta, araçta bulunanlar ise yolcu olarak kabul edilmektedir. Seviye-3 veya seviye-4'teki bir araç seyir halinde iken olumsuz bazı nedenlerden dolayı sistem tarafından araç müdahale uyarısı verilmesine rağmen sürücü, bilerek bu uyarıyı dikkate almayarak aracın sevk ve idaresinin devralmaması sonucu meydana gelen neticeden sorumlu olacaktır. Bu bağlamda aracın kontrolüne devralmayan sürücü, kaza neticesinde aracın hızı, yol ve hava durumu ve benzeri faktörler göz önüne alındığında araçtaki kişilerin öleceğini ya da yaralanacağını biliyorsa yani bu ne-

Birçok ülkede olduğu gibi Türkiye'de zorunlu haller dışında drift ve spin yapmak yasaklanmıştır. Zira Karayolları Trafik Yasası'nın 67/a hükmüne göre; "Herhangi bir zorunluluk olmaksızın, karayollarında dönüş kuralları dışında bilerek ve isteyerek aracın el freninin çekilmesi suretiyle veya başka yöntemlerle aracın ani olarak yönünün değiştirilmesi veya kendi etrafında döndürülmesi yasaktır." belirtilmekle birlikte aynı maddede yaptırımlara yer verilmiştir.

188

Kangal, s. 95.

189

Shestak/Shiryayev, s. 6.

190

Hallevy, s. 184.

191

Kangal, s. 96.

ticenin gerçekleşmesi kesin ise doğrudan kastından; şayet bu durumu öngörüyor, neticeyi kabulleniyorsa, yani olursa olsun düşüncesiyle hareket ediyorsa, olası kastından sorumluluğu doğacaktır.¹⁹²

Seviye-5'teki tam otonom özelliklerine sahip bir araç ileriki dönemlerde öngörülen teknolojinin vaat edildiği şekilde çalışması durumunda, kullanıcı aracın seyri için start vermek haricinde bir fonksiyonu olmayacaktır.¹⁹³ Çünkü araç kullanıcıları aracın sevk ve idaresine sahip olmayıp, aracın sevk ve idaresine sahip olan araç sisteminin kendisidir. Kullanıcı açısından araç programından bir hata bulunması halinde aracın bu hatasını bilmesine rağmen aracın kullanımına izin vermesi halinde şartlar oluştuğu takdirde kullanıcılar açısından kasten sorumluluk doğabilecektir.¹⁹⁴

SONUÇ

Yapay zekânın gelişmesiyle birlikte makine öğrenimi geliştirmek ve buna paralel olarak sanayi sektörü olmak üzere birçok alanda giderek insan faktörü yerine yapay zekâ ürünü varlıklar yer almaktadır. Yapay zekâda otonom araç sistemlerine güç veren bir öğrenim şekli olan makine öğrenimi ile araçlar, gerçek dünyada çalışabilmeleri için çok sayıda gerçek dünya verisi üzerinden programlanmaktadır. Bu kapsamda otonom araçlar yollar, kaldırımlar, trafik kontrol sinyalleri, işaretler gibi yol ortamının tüm özelliklerinin yanı sıra yayalar, diğer varlıklar ve potansiyel engeller de dâhil olmak üzere karşılaşılabilecekleri tüm tehlikeleri tanıyabilmeleri ve bu tanımaya göre hareket etmeleri de gerekmektedir. Bu hareket fonksiyonuna sahip olan bir araç trafikte seyir halinde iken başka bir araca veya yayaya çarpar ve yolcu veya yaya ölürse veya yaralanırsa kimin sorumlu olacağı karmaşık bir cezai durum yaratmaktadır. Bu durumda sorumluluğun otomobil üreticileri ve kullanıcıları arasında nasıl olacağı hususu önem arz etmektedir. Bir yandan üreticinin sorumluluğunu doğuran otonom aracın hareket özelliklerinin neler olduğunun tespit edilmesi gerekir, diğer bir yandan ise kullanıcının sorumlu olacağı durumların da belirlenmesi gerekir.

¹⁹² Pekmez (Tuba), s. 187.

¹⁹³ Şahin, s. 1015.

¹⁹⁴ Pekmez (Tuba), s. 188.

Esasen otonom araçların otonom seviyesi artıkça cezai sorumluluk yüklenicisi araç sürücüsünden yazılımcı veya üreticiye doğru kaymaktadır. Çünkü seviye artıkça, araç kontrolü sürücüden sisteme doğru geçeceğinden dolayı araç üreticisi veya yazılımcısı daha fazla dikkat ve özen yükümlülüğü altına girecektir. Bu bağlamda seviye-2'deki araçta sürücüsünden beklenen dikkat ve özen yükümlülüğü, seviye-4'teki araç sürücüsünden beklenen dikkat ve özen yükümlülüğünden daha fazla olmaktadır. Buna karşılık seviye-2'deki araç yazılımcısı veya üreticisinden beklenen dikkat ve özen yükümlülüğü, seviye-4'teki araç yazılımcısı veya üreticisinden beklenen dikkat ve özen yükümlülüğünden daha az olacaktır. Zira üretici veya yazılımcılar otonom aracın oluşturduğu toplumsal riskleri belirlemeli ve ona göre aracı programlandırarak hizmete sunmaları gerekir.

Otonom araçların karıştığı trafik kazalarında kusursuz olunması durumunda, özel hukuk kapsamında kusursuz sorumluluk ilkesi gereği zarar tazmin edilir. Ancak ceza hukuku kusur ilkesine dayandığından özellikle vücut bütünlüğüne yönelik otonom kazalarında yine karmaşık bir durum ortaya çıkabilmektedir. Bu açıdan insan faktörü yerine geçmeye aday olan ve bu konuda başarılı olabileceği şimdiden görülen yapay zekâ varlıklarına ilişkin ceza davalarına, özel hukuk ilkesi olan kusursuz sorumluluk ilkesinin uyarlanarak bu karmaşık durum bir nebze çözülmüş olacaktır. Başka bir ifadeyle yapay zekâya hukuki statü verilerek ona özgü bir kusursuz sorumluluk halinden bahsedilebilir. Bu şekilde hukuki statüye kavuşacak olan yapay zekâya, sebebiyet verdiği kazadan ötürü karşı tarafa ödenmesi gereken tazminatın ödenebilmesi için de elektronik bir maddi fon oluşturulmalıdır. Örneğin, otonom araç yayaya çarpmayacak şekilde programlanmış olmasına rağmen bir şekilde çarpmış olması halinde, karşı taraf kusurlu değilse doğacak zarardan araç sorumlu olacak ve maddi zarar bu fondan karşılanacaktır. Ayrıca otonom aracı ürettikten sonra risk alarak piyasaya sokan araç üreticisinin meydana gelen kazadan doğan sorumluluğu kusursuz sorumluluk kapsamında değerlendirilmelidir. Ancak üreticinin kusursuz sorumluluğu seviye-4'te kadar olan otonom araçlar için geçerlidir. Seviye-5'teki tam otonom araçlarla meydana gelecek kazalarda, sorumluluk hukuki statü sahibi olan yapay zekâ için geçerli olacaktır. Üreticinin kusursuz sorumluluğunun doğması için de sürücü, kazanın gerçekleşmemesi için gerekli tüm dikkat ve özeni göstermiş olması gerekir. Eğer sürücü meydana gelen zarar-

dan kusurlu ise bu durumda üreticinin sorumluluğuna gidilmemesi gerekir. Bu şekilde yapay zekâya sahip otonom araçların dahil olduğu suçlarda araç dışında diğer kişilerin kusursuz sorumluluğunun kabul edilmesi, bu kişilerin daha dikkatli ve özenli davranmalarını sağlayacaktır. Fakat kaza, mücbir bir sebep veya zarar görenin ya da üçüncü kişinin ağır kusuru sonucu meydana gelirse bu durumda kusursuz sorumluluktan bahsedilemeyecektir.

Otonom aracın aniden akan trafikte durması sonucu arkadan gelen aracın çarpmasına neden olması veya yazılımdan kaynaklı bir nedenle seyir halinde iken aniden kontrolden çıkarak yayaya çarpması gibi durumlarda üretici veya yazılımcının sorumluluğundan bahsedebiliriz. Seyir halinde olan otonom araç, kullanıcısının araç bakım ve program güncellemesi konusunda gerekli dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle karşıdan karşıya geçen yayaya çarpması veya sistemin araç kontrolü devri talebine rağmen araç kontrolünü devralmayan sürücünün kazaya sebebiyet vermesi gibi durumlarda ise kullanıcının cezai sorumluluğundan bahsedebiliriz. Ancak otonom araçlar kullanılırken bazen karmaşık durumlar ortaya çıkabilir ve bu tür senaryolarda, özellikle de yazılım kontrollü araçlar yolda çalışırken cezai sorumluluğu tespit etmek çok zor olacaktır. Bu nedenle, bu tür durumlarda cezai sorumluluğu tespit etmek için araç seviyesine göre farklı senaryo türleri ele alınarak yeni cezai düzenlemeler yapılmalıdır. Özellikle mevcut düzenlemeler bireysel hesap verebilirlik sorununu ortaya çıkardığından, bu düzenlemeler yapay zekâ sistemleri açısından geniş kapsamlı bir cezasızlığa yol açmaktadır. Tabii şu an itibarıyla yapay zekâ ürünü olan otonom araçlar gibi çeşitli uygulama alanlarında kullanıcı insan yerine yapay zekâyı suçlamak şimdilik erken görünebilir. Ancak yapay zekâ sistemlerin ve cihazların gelişim hızı tüm hukuk dallarının tamamen gözden geçirilmesi ve belli kişilik statüsü kazanılması ihtiyacını doğuracaktır.

Kaynakça

Kitaplar

- Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya Ahmet Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 5. Baskı, Ankara 2011.
- Bacaksız Pınar/Sümer Seda Yağmur, Robotlar, Yapay Zekâ ve Ceza Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Dönmezer Sulhi/Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Beta Yayınevi, 12. Baskı, C. 2, İstanbul 1999.

- Goodfellow Ian/Bengio Yoshua/Courville Aaron, Deep Learning, MIT Press, 2016.
- Hallevey Gabriel, Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems, Springer Cham, November 2014.
- Kangal Zeynel, Yapay Zekâ ve Ceza Hukuku, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2021.
- Nath Rajakishore, Philosophy of Artificial Intelligence: A Critique of the Mechanistic Theory of Mind, Universal-Publishers, Florida 2009.
- Polat Cemre, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukukunda Otonom Sistemler, Doktora Tezi, Bilkent Üniversitesi 2022.
- Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2012.
- Spiegeleire Stephan De/Maas Matthijs/Sweijjs Tim, Artificial Intelligence and the Future of Defense: Strategic Implications for Small – and Medium – Sized Force Providers, The Hague Center For Strategic Studies, Hague 2017.

Makaleler

- Bak Başak, “Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2018, S. 35, ss. 211-232.
- Çetingül Nursena, “Ceza Sorumluluğu Bakımından Yapay Zekânın Hukuki Statüsünün Tartışılması”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Sayısı*, Eylül 2021, C. 20, S.41, ss. 1015-1042.
- Dobrinouiu Maxim, “The Influence of Artificial Intelligence On Criminal Liability”, *Challenges of the Knowledge Society Journal, Criminal Law*, 2019, pp. 48-52.
- Doğan Koray, “Sürücüsüz Araçlar, Robotik Cerrah, Endüstriyel Robotlar ve Cezai Sorumluluk”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, 2019, C. 21, Özel S., ss. 3219-3251.
- Grigorescu Sorin/Trasnea Bogdan/Cocias Tiberiu/Macesanu Gigel “A Survey of Deep Learning Techniques for Autonomous Driving”, *Journal of Field Robotics*, November 2019, pp. 1-30.
- Hallevey Gabriel, “The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities—from Science Fiction to Legal Social Control”, *Akron Intellectual Property Journal*, 2010, Vol. 4, Iss. 2, Article 1, pp. 171-201.
- Heinrich Bernd, “Otonom Araç Sürmekte Olası Ceza Riskleri” (Çev. Yener Ünver), *Recht-sbrücke-Hukuk Köprüsü Dergisi*, Haziran 2019, Seçkin Yayınevi, S. 16, ss. 23-35.
- Ivanovic Aleksandar R./PavlovićZoran S., “Involving of Artificial Intelligence in Committing a Crime as a Challenge to the Criminal Law of the Republic of Serbia”, *Journal of Eastern-European Criminal Law*, 2/ 2018, pp. 46-56.
- Lina Dafni, “Could AI Agents Be Held Criminally Liable: Artificial Intelligence and the Challenges for Criminal Law”, *South Carolina Law Review*, Spring 2018, Vol. 69, Iss. 3, pp. 677-696.
- Özbek Veli Özer/Özbek Ceren, “Yapay Zekânın Dâhil Olduğu Suçlar Bakımından Ceza Hukuku Sorumluluğunun Belirlenmesi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Aralık 2019, C. 12, S. 41, ss. 603-622.
- Pekmez Cüneyt, “Alman Karayolları Trafik Kanunu’nda 20 Haziran 2017’de Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Türk/İsveç Hukuku’nda Araçların Otonomlaştırılmasının İşletenin Sorumluluğuna Etkisi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Mecmuası*, 2019, C. 77, S. 1, ss. 153-184.

- Pekmez Tuba Keleş, "Otonom Araçların Kullanımından Doğan Ceza Sorumluluk: Türk Hukuku Bakımından Genel Bir Değerlendirme", İstanbul Üniversitesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 2018, C. 6, S. 2, ss. 173-195.
- Rosenberg Adam, "Strict Liability: Imagining a Legal Framework for Autonomous Vehicleless" Tulane University, *Tulane Journal of Technology and Intellectual Property*, Fall 2017, Vol. 20, pp. 205-224.
- Soh Jerrold Tsin Howe, "Towards a Control-Centric Account of Tort Liability for Automated Vehicles", November 2020, *Torts Law Journal*, Vol. 26, Iss. 3, pp. 1-34.
- Stănilă Laura, "On the Necessity of Recognizing Artificial Intelligence as Subject to Criminal Law – The Case of Autonomous Vehicles", *Journal of Eastern European Criminal Law*, 2019, Iss.2, pp. 40-54.
- Şahin Asena Damla, "Otonom Araçların Hukuki Sorumluluğunun Türk ve Alman Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi", *Ceza Hukuku Dergisi*, Aralık 2020, C. 3, S. 4, ss. 977-1026.
- Şeker Abdulkadir/Diri Banu/Balık Hasan Hüseyin, "Derin Öğrenme Yöntemleri ve Uygulamaları Hakkında Bir İnceleme", *Gazi Mühendislik Bilimleri Dergisi*, 2017, C. 3, S. 3, ss. 47-64.

İnternet Kaynakları

- Sinan Altunç, "Robotlar, Yapay Zekâ ve Ceza Hukuku", Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, 2014, Beta Yayıncılık, C. 1, ss. 1-22 <https://www.academia.edu/37812174/Robotlar_Yapay_Zeka_ve_Ceza_Hukuku> Erişim:10.09.2023
- Beck Susanne, "Intelligent Agents and Criminal Law-Negligence, Diffusion of Liability and Electronic Personhood", *Robotics and Autonomous*, December 2016, Vol. 86, pp. 138-143 <<https://doi.org/10.1016/j.robot.2016.08.028>> Erişim: 09.04.2023.
- Cyclebak David, Examining the Intelligence in Artificial Intelligence, pp.1-12 <<https://philarchive.org/archive/CYCETI>> Erişim: 13.04.2013
- Dickson Ben, There's a Huge Difference Between AI and Human Intelligence—so Let's Stop Comparing Them, August 2018 <<https://bdtechtalks.com/2018/08/21/artificial-intelligence-vs-human-mind-brain/>> Erişim:13.04.2023.
- Duffy Sophia H./Hopkins Jamie Patrick, "Sit, Stay, Drive: The Future of Autonomous Car Liability", *Science and Technology Law Review*, 2017, Vol. 16, No.3, pp. 454-480 <<https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1208&context=scitech>> Erişim:09.04.2023.
- Faisal Asif/Yiğitcan Tan/Kamruzzaman Md/Currie Graham, "Understanding Autonomous Vehicles: A systematic literature review on capability, impact, planning and policy", *The Journal of Transport and Land Use*, 2019, Vol. 12, Iss. pp. 45-72 <<https://jtlu.org/index.php/jtlu/article/view/1405/1209>> Erişim:13.04.2023.
- Fanelli Mark J./Stoddard F. Jackson, States Lead the Way on Autonomous Vehicle Regulation as Federal Law Looms on The Horizon, 25 May 2022 <<https://www.morganlewis.com/pubs/2022/05/states-lead-the-way-on-autonomous-vehicle-regulation-as-federal-law-looms-on-the-horizon>> Erişim:11.04.2023.
- Giannini Alice/Kwik Jonathan, "Negligence Failures and Negligence Fixes. A Comparative Analysis of Criminal Regulation of AI and Autonomous Vehicleless", *Criminal Law Forum*, 12 January 2023, pp. 43-85 <Negligence Failures and Negligence Fixes. A Comparative Analysis Of Criminal Regulation of AI and Auto-

- mous Vehicles (springer.com)> Erişim:11.04.2023.
- Günsberg Patrick S., "Automated Vehicles – is a Dilution of Human Responsibility the Answer?", *New Journal of European Criminal Law*, 2022, Vol.13(4), pp. 439-451 <Automated vehicles – is a dilution of human responsibility the answer? - Patrick S. Günsberg, 2022 (sagepub.com)> Erişim:09.04.2023.
- Hoffmann Thomas/PrauseGunnar, "On The Legal and Economic Implications of the Tele-Driving", *Machines*, 27 February 2023, Vol. 11, Iss. 3, s. 1-16 <<https://www.mdpi.com/2075-1702/11/3/331/pdf?version=1677565978>> Erişim: 10.04.2023.
- Jordan Micheal I., "Artificial Intelligence – The Revolution Hasn't Happened Yet", *Harvard Data Science Review*, jun 2019, Iss. 1.1, pp.1-8 <https://www.researchgate.net/publication/334165961_Artificial_Intelligence-The_Revolution_Hasn't_Happened_Yet> Erişim:12.04.2023.
- Kirpichnikov Danila/Pavlyuk Albert/Grebneva Yulia/Okagbue Hilary, "Criminal Liability of the Artificial Intelligence", *EDP Sciences*, 2020, Vol. 159, pp.1-10, <Criminal Liability of the Artificial Intelligence (e3s-conferences.org)> Erişim: 09.04.2023.
- Loh John, "A Self-Driving Car Crashes: Who is responsible", *Lexicon*, 2 July 2022, pp.1-6 <<https://www.docdroid.com/Yv7GijQ/a-self-driving-car-crashes-who-is-responsible-docx>> Erişim: 12.04.2023
- Marynowski Michal, "Car Insurance in the Age of Self-driving – Analysis of the Automated and Electric Vehicles Act 2018", *Insurance Review* 4, 2019, pp. 1-36, <https://piu.org.pl/wp-content/uploads/2020/03/WU_2019-04_03_Marynowski.pdf> Erişim:10.04.2023.
- Minond Dorian G., "Liability Issues with Autonomous Vehicles: Current Uncertainty and Future Solutions", 2023, *Seton Hall Law*, pp. 4-38 <https://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2339&context=student_scholarship> Erişim:11.04.2023.
- ParvizHeshmati, Self- DrivingCars – More Questions Than Answers, 3 January2023, <<https://www.halo-attorneys.com/self-driving-cars/new-rules-of-the-road.html#:~:text=Nevada%20was%20the%20first%20state,operate%20on%20the%20state's%20roadways.>>Erişim: 12.04.2023.
- Sharma Anshuman/Zheng Zuduo, Connected and Automated Vehicles: Opportunities and Challenges for Transportation Systems, Smart Cities, and Societies, January 2021 <https://www.researchgate.net/profile/ZuduoZheng/publication/348209943_Connected_and_Automated_Vehicles_Opportunities_and_Challenges_for_Transportation_Systems_Smart_Cities_and_Societies/links/60034a90299bf140889ec2a9/Connected-and-Automated-Vehicles-Opportunities-and-Challenges-for-Transportation-Systems-Smart-Cities-and-Societies.pdf> Erişim:13.04.2023.
- Shestak Viktor/Shiryayev Artuk, "Criminal Liability for Accidents Involving Self-Driving Cars: The German Experience", *Ural State Law University*, 22 May 2022, pp. 1-12<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3613638>Erişim: 10.04.2023.
- Stayton Erik/Stilgoe Jack, "It's Time to Rethink Levels of Automation for Self-driving Vehicles, *IEEE Technology and Society Magazine*", September 2020, Vol. 39, Iss. 3, pp.13-19 <<https://ieeexplore.ieee.org/stamp/stamp.jsp?tp=&arnumber=9199318>> Erişim:13.04.2023.

Diğer İnternet Kaynakları

- Artificial Intelligence And Life In 2030, "One Hundred Year Study On Artificial Intelligence", Stanford University, September 2016, <https://ai100.stanford.edu/sites/g/files/sbiybj18871/files/media/file/ai100report10032016fnl_singles.pdf> Erişim: 14.04.2023.
- AUTOCRYPT, The State of Level 3 Autonomous Driving in 2023: Ready for the Mass Market, 13 January 2023 <<https://autocrypt.io/the-state-of-level-3-autonomous-driving-in-2023/#:~:text=As%20of%20the%20beginning%20of,driving%20package%2C%20and%20many%20more.>> Erişim: 12.04.2023.
- Ethics Commission Automated and Connected Driving, Appointed by the Federal Minister of Transport and Digital Infrastructure, Report June 2017 <https://bmdv.bund.de/SharedDocs/EN/publications/report-ethics-commission.pdf?__blob=publicationFile> Erişim: 09.04.2023.
- High-Level Expert Group on Artificial Intelligence A Definition of AI: Main capabilities and scientific disciplines, 18 December 2018, <https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/ai_hleg_definition_of_ai_18_december_1.pdf>Erişim:13.04.2023.
- National Highway Traffic Safety Administration-NHTSA, Automated Driving Systems 2.0: A Vision for Safety, September 2017 <Automated Driving Systems: A Vision for Safety (eckertseamans.com)> Erişim:12.04.2023.
- REPORT with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics, 27.01.2017- 2015/2103(INL), <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html> Erişim: 10.04.2023.
- The Department of Transportation's National Highway Traffic Safety Administration (NHTSA), A Preliminary Policy Statement Concerning Vehicle Automation, <<https://www.greencarcongress.com/2013/05/nhtsa-20130531.html>>Erişim:13.04.2023.
- Ulusal Akıllı Ulaşım Sistemleri Strateji Belgesi ve 2020-2023 Eylem Planı, <<https://www.uab.gov.tr/uploads/announcements/ulusal-akilli-ulasim-sistemleri-strateji-belgesi-v/ulusal-akilli-ulas-im-sistemleri-strateji-belgesi-ve-2020-2023-eylem-plani.pdf>>Erişim: 12.04.2023

MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKI KAPSAMINDA İDARİ YARGIDA PARASAL SINIRLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

EVALUATION OF MONETARY LIMITS IN ADMINISTRATIVE JURISDICTION WITHIN THE SCOPE OF THE RIGHT TO ACCESS TO THE COURT

Hilal YILDIZ*

Özet: İdari yargıda kanun yollarına başvurularda uygulanan parasal sınır her yıl yeniden değerlendirilme oranına göre güncellenmektedir. Ek olarak bir uyuşmazlık konusu bakımından hangi andaki parasal sınırın uygulanacağına ilişkin açıklık yoktur. Dolayısıyla hem miktar hem uygulama anı bakımından söz konusu olan değişkenlik ve belirsizlik konunun mahkemeye erişim hakkı çerçevesinde incelenmesini gerektirmiştir. Bu kapsamda mahkemeye erişim hakkına ilişkin genel çerçeve ve bunun parasal sınırla ilişkisi açıklanmaya çalışılmıştır. Bu yapılırken hem ulusal hem de uluslararası hukukta konunun mahkeme kararlarındaki değerlendirilmesine bakılmış ve mahkemeye erişim hakkının korunduğu bir düzenin sağlanabilmesinin yolları aranmıştır.

Anahtar Kelimeler: Mahkemeye Erişim Hakkı, Hak Arama Hürriyeti, Parasal Sınır, Hukuk Devleti, Türk Anayasa Mahkemesi, AİHM, İdari Yargı

Abstract: The monetary limit applied to legal remedies in administrative jurisdiction is updated every year according to the revaluation rate. In addition, there is no clarity as to when the monetary limit will be applied in respect of the subject matter of a dispute. Therefore, the variability and uncertainty in terms of both the amount and the moment of application necessitated the examination of the issue within the framework of the right to access to court. In this context, the general framework regarding the right to access to court and its relationship with the monetary limit were tried to be explained. While doing this, the evaluation of the issue in court decisions in both national and international law has been looked at and ways were sought to ensure an order in which the right to access to court was protected.

* Arş. Gör., Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, hlalyldz@gmail.com, ORCID: 0000-0003-3593-8288, Makalenin Gönderim Tarihi: 11.04.2023, Kabul Tarihi: 07.09.2023

Keywords: Right to Access to Court, Right to Legal Remedies, Monetary Limits, State of Law, Turkish Constitutional Court, ECHR, Administrative Jurisdiction

GİRİŞ

Hak arama hürriyetinin bir görünümü olan mahkemeye erişim hakkı Anayasanın 36. maddesinde Hak Arama Hürriyeti başlığı altında meşru vasıta ve yollardan faydalanmak kaydıyla herkese tanınmıştır. Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde korunan haklardan birinin de mahkemeye erişim hakkı olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim temel hak ve özgürlükleri teminat altına almanın yolu, diğer hakların koruyucusu olarak görülen hak arama hürriyetidir. Dolayısıyla hak arama hürriyetinin gerçekleşebilmesi için mahkemeye erişim hakkının etkili şekilde sağlanması gereklidir.

Mahkemeye erişim hakkı Anayasada hiçbir özel sınırlama nedeni öngörülmeden düzenlenmiştir. Maddenin bu düzenleniş şekli hakkın hiçbir sınırlamaya bağlı olmadığını ilk olarak düşündürmektedir. Ancak burada hem Anayasa Mahkemesi hem de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında hakkın kapsamına ilişkin yaklaşımlar ortaya konulmaya ve hakkın bir sınırının olup olmadığı, varsa da sınırlamanın sınırının ne olması gerektiği anlaşılmaya çalışılacaktır. Bununla birlikte mahkemeye erişim hakkının sadece ilk derece mahkemelerine başvurular için mi geçerli olduğu yoksa kanun yolu düzenlemelerini de gerekli kılıp kılmadığı incelenecektir.

Mahkemeye erişim hakkına ilişkin genel çerçeve ortaya konulduktan sonra idari yargılama sistemimiz içinde kanun yollarında uygulanagelen parasal sınırlara ilişkin düzenlemelere bakılacaktır.

Buna göre istinaf ve temyiz yolu başvurularında ayrı ayrı miktarlar öngörülmüştür. İdari Yargılama Usulü Kanunu 45. maddeye göre konusu 5000 TL'yi geçmeyen vergi davaları, tam yargı ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları kesin olup bunlara karşı istinaf yoluna başvurulamayacaktır. Aynı kanunun 46. maddesine göre ise 100.000 TL'yi aşmayan vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemler hakkındaki davalar temyiz yoluna götürülemeyecektir. Ne var ki kanun maddelerinde öngörülen bu parasal sınırlar sabit olmayıp İdari Yargılama Usulü Kanunu ek madde 1'e göre her yıl belirlenen değerlendirme oranına göre artırılmaktadır. Dolayısıyla öncelikle her yıl değişen pa-

rasal sınırların miktar değişimlerinin ne olduğunun bilinmesi gerekmiştir. Daha sonra yıllık değişimlerin Bölge İdare Mahkemesi ve Danıştay kararlarına etkisi incelenmiştir. Bu bağlamda özellikle derdest davalar bakımından güncel parasal sınırların etkisinin olup olmadığına bakılmıştır. Bu inceleme yapılırken somut durumun ve mahkeme kararlarındaki yaklaşımın ortaya konulabilmesi için ulaşılabilen örnek mahkeme kararları incelenmiştir.

Nihayetinde parasal sınırlara ilişkin uygulamanın mahkemeye erişim hakkı çerçevesinde bir incelemesi yapılmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda mahkemeye erişim hakkının diğer anayasal haklarla ilişkisi ve sınırının olup olamayacağı incelenmiştir. Daha sonra parasal sınırların hem miktar olarak hem de uygulanış şekli bakımından mahkemeye erişim hakkına bir engel teşkil edip etmediği, bu doğrultudaki eleştiriler ve öneriler açıklanmaya çalışılmıştır.

I. MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKI

Genel Olarak

Mahkemeye erişim hakkı bir uyuşmazlık konusunda mahkemeye başvurabilme ve bir mahkeme kararı elde edebilme şeklinde tarif edilebilir. Bir başka ifadeyle hak arama özgürlüğünü gerçekleştirme aracı olarak devletlerin hukukunun öngördüğü düzenlemelerle adalete erişmeyi ifade eder.¹ Bu halde hakkın korunmasının aracı olarak devletlere meşruluk sağlayan hukuk devleti olmanın² en önemli sağlayıcılarından³

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) Adil Yargılanma Hakkı kenar başlıklı 6. maddesi ve 1982 Anayasası'nın Hak Arama Hürriyeti kenar başlıklı 36. maddesi mahkemeye erişim hakkını düzenlemiştir. İki hukuki düzenleme arasında "herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve

¹ Müslüm Akıncı, İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 131.

² Berke Özenç, Hukuk Devleti Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi, 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2016, s. 231.

³ Sibel İnçeoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, 3. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, s. 105.

davalı olarak [...]” ifadesiyle 36. maddenin daha açık olduğu görülmektedir.⁴ AİHS 6. madde ise mahkemeye erişim hakkını açıkça tanımamakla beraber, “herkes davasını [...] mahkeme tarafından [...] görülmesini isteme hakkına sahiptir” deyişle mahkemeye başvurma hakkını zımnen tanımıştır.⁵ Nitekim aksinin veya sadece devam etmekte olan davalar bakımından bu hakkın kabulü devletlerin takdir yetkisini genişleterek kimi uyuşmazlık konuları bakımından mahkemelerin yetkisinin kaldırılarak hükümetin yetkili kılınması gibi keyfi sonuçlara neden olabilecekti. Ek olarak hakkın kullanılması bakımından usulü güvenceler öngören maddenin mahkemeye başvurma hakkını kapsam dışı bıraktığının düşünülmesi abesle işigaldir.⁶ Bu doğrultuda demokratik bir toplumda adil yargılanma hakkının mahkemeye başvurma hakkı olmaksızın hakkaniyete uygun şekilde kullanılmasından ve korunmasından bahsetmek mümkün olmayacaktır.⁷ Bir başka deyişle hakkaniyete uygun yargılama için öncelikle mahkemeye erişim hakkının sağlanması şarttır.⁸

AİHS’in 6. maddesine göre maddenin güvencesinden yararlanabilmek için uyuşmazlık konusunun medeni hak ve yükümlülükler veya kişiye yöneltilen bir suç isnadına ilişkin olması gerekmektedir.⁹ İdari yargılamayla ilişkili uyuşmazlıkların madde kapsamında korunup korunmayacağına ilişkin ise tartışmalar bulunmaktadır. Buna göre ilk olarak devletin özel hukuk tüzel kişisi ve egemen sıfatıyla hareket ettiği durumlar arasında ayırım yapılarak özel hukuk tüzel kişisi olarak hareket ettiği haller kapsama alınmalıdır iddiasında bulunulmuştur. Ancak, nihayetinde, uyuşmazlık konusu hakkın niteliğinin asıl

⁴ Ahmet Ekinci, “Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2014, C. 18, S. 3- 4, s. 823. Ayrıca meşru vasıta ve yollardan faydalanmak diyerek kanunun belirlediği yollara başvurarak ilgili makamlar vasıtasıyla hakkın aranmasına ilişkin tartışmalar için bkz.: Mesut Aydın, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Hürriyeti”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 2006, C. 61, S. 3, s. 5- 6.

⁵ Feyyaz Gölcüklü, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ‘Adil Yargılanma’”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 1994, C. 49, S. 1, s. 207- 208.

⁶ Osman Doğru/Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, C. 1, 1. Baskı, Şen Matbaa, Ankara, 2012. s. 620.

⁷ Sibel İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, Şen Matbaa, Ankara, 2007, s. 10, 21.

⁸ İnceoğlu, s. 106.

⁹ 1982 Anayasasının 36. maddesinin benzeri şekilde bir sınır getirdiğini, lafzına bakıldığında söylemek mümkün değildir.

önemli unsur olduğu kabul edilmiştir. Buna göre AİHS 6. maddenin uygulanabilirliği bakımından uyuşmazlık konusunun medeni hak ve yükümlülükler kapsamında olmasının belirleyici olduğu, devletin, iş-lemi idare hukukuna ilişkin bir yasaya dayandırmasının veya kararın bir mahkeme veya idari otorite tarafından verilmesinin önemli olmadığı vurgulanmıştır.¹⁰

İdare hukuku alanına giren bir uyuşmazlık konusunun sırf dahil olduğu yargı kolu nedeniyle madde korumasından yararlandırılmaması ve böylece dava açma hakkının da bir anlamda engellenerek hak arama hürriyetinin zedelenmesi düşünülemez. Böylece medeni hak ve yükümlülükleri etkileyen uyuşmazlık konuları 6. madde kapsamında incelenebilecektir.¹¹

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mahkemeye Erişim Hakkının Anlamı

Mahkemeye erişim hakkı diğer hakların korunmasının ve adil bir hukuk düzeninin sağlanmasının en temel koşuludur.¹² Dolayısıyla bu hakkın teorik olarak değil gerçekten ve etkili şekilde sağlanması gerekir.¹³ Bu bağlamda hakkın kapsamının belirlenebilir ve öngörülebilir olmasıdır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) bu hakkın kapsamını ilk olarak Golder v. Birleşik Krallık davasında çizmiştir. Buna göre mahkemeye erişim hakkının ortadan kaldırılması söz konusu olmadığı gibi bu hak mutlak da değildir.¹⁴ AİHM bu hakkın devletler tarafından düzenleneceğini belirtmiştir. Hakkın düzenlenmesiyle ilgili olarak devletler takdir yetkisine sahip olmakla beraber takdir yetkisinin sınırsız olduğunu söylemek de mümkün değildir. AİHM mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılmasının sınırını Ashingdane v. Birleşik Krallık kararında belirtmiştir. AİHM ilk olarak demokratik toplumlarda hukukun üstünlüğü ilkesi göz önünde bulundurularak mahke-

¹⁰ Doğru/Nalbant, s. 613.

¹¹ Bir hakkın medeni hak olup olmadığının tespitinde de ilgili devletin o hakkı iç hukuktaki niteliğine değil hakkın maddi içeriğine ve yarattığı sonuçlara bakılmaktadır. Doğru/Nalbant, s. 612.

¹² İnceoğlu, Adil Yargılanma, s. 21.

¹³ İnceoğlu, s. 116.

¹⁴ Golder v. Birleşik Krallık, AİHM, Başvuru No: 4451/70, K. T.: 21.02.1971.

meye erişim hakkının ulusal yasalar altında düzenlenmesi gereğini vurgulamıştır. Daha sonra ise sınırlamanın hakkın özünü zedelememe, meşru amaç ve ölçülülük (meşru amaç ile araç arasında orantılılık olması) şartlarına uygun şekilde yapılması gerektiği belirtilerek sınırlamanın sınırı gösterilmiştir.¹⁵

Mahkemeye erişim hakkının böylece sınırsız olmadığı görülmektedir. Nitekim bu hakkın kötü niyetle kullanılması ihtimaline karşın devletlerin hakkın özünü zedelememe, meşru amaç ve ölçülülük şartlarına uygun şekilde sınırlandırmalar getirmesi mümkündür.¹⁶

AİHS tarafından düzenlenen hakların gerçek anlamda korunmuş olması için devletlerin bunlara sınırlayıcı müdahaleden kaçınması yeterli olmamakla beraber, bu hakların etkili kullanımı sağlamak için etkili önlemleri de alması gerekmektedir (pozitif yükümlülük).¹⁷ Bir başka ifadeyle öncelikle hak aramayı kolaylaştıracak önlemler alınmalıdır.¹⁸ Nitekim hakkın sınırlanmasının sınırının aşılması mahkemeye erişim hakkının fiilen veya hukuken, geçici dahi olsa, kapatılır veya önemli ölçüde azaltılırsa 6. maddenin ihlali sonucu ortaya çıkacaktır.¹⁹

Mahkemeye erişim hakkına ilişkin düzenlemeler bireyin ve toplumun ihtiyaçlarına ve kaynaklarına göre değişebilmekle beraber başvuru yollarının etkin kılınması asıl amaç olmalıdır.²⁰ Dolayısıyla mahkemeye erişim hakkını sağlayan düzenlemelerin teorik varlığı yeterli olmayıp bunun gerçekten mevcut olması gerekmektedir.²¹ Başka bir ifadeyle mahkemeye erişim hakkını sağlayıcı ve kolaylaştırıcı önlemler alınmalıdır.

AİHM mahkemeye başvuru yollarının tanınmasının tek başına yeterli olmadığını bununla beraber etkili bir yolun kullanılmasının sağlanması gereğini Airey v. İrlanda davasında tartışmış ve etkili baş-

¹⁵ Ashingdane v. Birleşik Krallık, AİHM, Başvuru No: 8225/78, K. T.: 28.05.1985.

¹⁶ Gölcüklü, s. 209.

¹⁷ Gölcüklü, s. 209, Bihter Aydın, "Türk İdari Yargı Düzeninde Mahkemeye Erişim Hakkı", *TAAD*, 2013, S. 15, s. 275.

¹⁸ İnceoğlu, s. 116.

¹⁹ Gölcüklü, s. 208.

²⁰ Ashingdane v. Birleşik Krallık, AİHM, Başvuru No: 8225/78, K. T.: 28.05.1985, § 57, Doğru/Nalbant, s. 621.

²¹ İnceoğlu, s. 116.

vuru yolu olmayan halde ihlal sonucuna ulaşmıştır.²² Somut olayda Airey boşanmak istemekte ancak mali yetersizlikler nedeniyle dava takibi için bir avukatla anlaşmamıştır. Bu sebeple mahkemeye etkili şekilde erişme hakkından mahrum kalındığı iddiası ileri sürülmüştür. Buna karşın davalı devlet kanun yoluna başvurmak için avukatla temsili şart olmadığını, davasını kendisinin takip edebileceğini ve dolayısıyla mahkemeye erişim hakkının engellendiğinden söz edilemeyeceğini ifade etmiştir. Ancak AİHM başvuru imkanının tanınmasının tek başına yeterli olmayacağı, karmaşık dava usulünün uygulandığı davalarda, davayı kendisinin yürütmesinin beklenmesinin gerçekçi olmadığı sonucuna ulaşmıştır.²³ Bu doğrultuda bir hakkın tanınmış olması etkililiğinin bir göstergesi olmayıp, hakkın etkin kılınması bakımından uygun düzenlemelerin yapılması beklenmektedir.

Mahkemeye erişim hakkı bakımından tartışmalı bir diğer konu ise bu hakkın istinaf, temyiz gibi kanun yollarını kapsayıp kapsamadığıdır. İstinaf, temyiz gibi kanun yollarının düzenlenmesi 6. maddenin zorunlu kıldığı bir durum değildir.²⁴ Ancak kanun yolları devletlerin iç hukukunda öngörülmüş ve kanun yoluna başvurulmuşsa 6. maddenin gerekleri yerine getirilmelidir. Dolayısıyla kimi dava türleri bakımından kanun yolunun kapatılması mahkemeye erişim hakkının ihlali kabul edilmektedir.²⁵

1982 Anayasasında Mahkemeye Erişim Hakkının Anlamı

Mahkemeye erişim hakkı, hak arama özgürlüğünün bir görünümü olarak 1982 Anayasasının 36. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin lafzına bakıldığında hakkın kullanımı bakımından hiçbir sınırlama öngörülmemekle beraber hakkın süjesini *herkes* oluşturmaktadır.²⁶ Dolayısıyla, ilk bakışta, 36. maddenin lafzına göre kural olarak

²² İnceoğlu, s. 116.

²³ Airey v. İrlanda, AİHM, Başvuru No: 6289/73, K. T.: 09.10.1979, § 24, 25.

²⁴ AİHS 7 Numaralı Ek Protokol ile istisnai olarak ceza yargılamasında ceza gerektiren bir suç nedeniyle mahkûm olan herkese temyiz hakkının tanınması gereğini açıkça belirtmiştir.

²⁵ İnceoğlu, s. 117.

²⁶ Hakkın kullanım şekli bakımından meşru vasıta ve yollar tanımı yapılmıştır. Bu tanım gerçek bir sınır olmamakla beraber kişilerin bir hakkı kendi kendilerine elde etmelerinin ve böylece kaos ortamının engellenmesi amacının güdüldüğü söylenebilir. Meşru ifadesinden anlaşılması gereken sadece kanunda yer alan

herkes mahkemeye erişim hakkına herhangi bir sınırlamaya bağlı olmadan sahiptir.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması 13. madde ile düzenlenmiştir. Buna göre temel hak ve hürriyetler ancak kanunla sınırlanabilecektir. Kanunla sınırlamanın yanında sınırlamanın sınırı sebepleri hakkın özüne dokunmama, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzenine, laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygunluk ve son olarak *Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlılık* şeklinde sayılmıştır. 1982 Anayasası'ndaki 2001 yılı değişikliğiyle beraber temel hak ve hürriyetlerin genel sınırlama sebeplerine dayanılarak sınırlanması ihtimali ortadan kalkmış olmaktadır.²⁷ Bu halde ancak ilgili maddenin düzenlenişinde bir sınırlama nedeni öngörülmüşse temel hak ve hürriyet sınırlanabilecektir.

Hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddede de herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiştir. Dolayısıyla sınırlamaya en az elverişli haklardan olduğu ifade edilmektedir.²⁸ Ne var ki hakları bir bütün olarak düşünmek gerekir. Nitekim, daha önce bahsedildiği üzere bir devletin meşruluğunun kaynağı hukuk olmakla beraber hukuk devleti olmanın tek sağlayıcısı, hakların korunması yollarından biri olan mahkemeye erişim hakkı değildir. Bununla beraber yargılamanın makul sürede, en az masrafla tamamlanması ve hukuki belirlilik ilkesine uygunluk gibi unsurlardan bağımsız bir sistem oluşturmak mümkün değildir. Anayasaya sistematik yorum yöntemiyle²⁹ bakıldığında 141. maddenin üçüncü fıkrasında davaların en az giderle ve süratle giderilmesi gerektiği düzenlendiğinden mahkemeye erişim hakkının

yöntemlerle hakkın aranması değil aynı zamanda hak arama sürecinin her türlü etkiden muhafaza edilmesidir. Buna ilişkin tartışmalar ve Anayasa Mahkemesi kararları için bkz.: Aydın M., s. 14- 15.

²⁷ Genel sınırlama nedenlerine yer vermeyen AİHS sistemine uygunluk nedeniyle bu değişiklik olumlu karşılanmaktadır: Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 19. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 112.

²⁸ Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özütü*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982, s. 104. Yazar Anayasa Mahkemesi'nin E: 1963/143, K: 1963/167, K. T.: 26.06.1963 tarihli kararına savunma hakkının sınırlandırılması halinde kişinin kendini gereği gibi savunmasından mahrum bırakılabileceği ve sınırlamanın da hakkın özünü zedelememesi gerektiği ifadeleri bakımından dikkat çekmiştir. s. 106.

²⁹ Sistematik yorum yöntemi hukuk kurallarının tek başına yorumlanmasını değil, bir bütün oluşturacak şekilde yorumlanmasını öngörür. Bkz.: Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları Ders Kitabı*, 11. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 89.

durumu bu maddeyle beraber düşünölmelidir. Nitekim yargılamanın hızlandırılması ve masrafın azaltılması bir sınır teşkil edecektir.³⁰

Anayasa Mahkemesi mahkemeye erişim hakkını adil yargılanmanın en temel unsurlarından biri kabul etmekle beraber AİHM ile paralel olarak mahkemeye erişim hakkını mutlak bir hak olarak tanımamaktadır. Hakkın özüne dokunmadan, meşru amaç ve ölçölülük ilkesi çerçevesinde kimi sınırların getirilebileceği kabul edilmiştir. Bununla beraber iç hukukta istinaf ve temyiz gibi kanun yollarının öngöröldüğü hallerde üst mahkemeye başvuru hakkı da mahkemeye erişim hakkı kapsamında değerlendirilmiştir.³¹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Parasal Sınırların Mahkemeye Erişim Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi

Mahkemeye erişim hakkı daha önce ifade edildiği üzere mutlak değildir. Hakkın kullanılmasını ortadan kaldırmayacak şekilde meşru ve ölçölü sınırlamalar getirilebilir. Nitekim hem AİHS hem de 1982 Anayasası kapsamında mahkemelere başvurularda süre, miktar gibi kısıtlamalar öngörülebilir. Konu bağlamında parasal sınırlara mahkemelerin yaklaşımı incelenecektir.

AİHM genel olarak çoklu derece yargılmasının düzenlendiği sistemlerde üst mahkemelere başvurunun ilk derece mahkemelerine göre daha zor kriterlere bağlanabileceğini kabul etmektedir. Nitekim Brualla Gomez De La Torre v. İspanya davasında temyiz başvurusu kabul edilebilirlik kriterlerinin ilk derece mahkemeleri için öngöröleden daha katı olabileceği söylenmiştir.³² Bu halde kanun yoluna başvuru kriterlerinde kimi sınırlamaların getirilmesi tek başına ihlale neden olmayacaktır.

³⁰ Benzer şekilde hukuk devletin bir alt ilkesi olarak kabul edilen hukuki belirlilik ilkesi de mahkemeye erişim hakkının sınırını oluşturabilecektir. Nitekim sonsuz bir yargılama süreci kişiler yönünden tedirgin edicidir, dolayısıyla süre ve şekil gibi hakkın özünü zedelemeyen sınırlar getirilebilmektedir. S. D. Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2013/8884, K. T.: 13.04.2016. Hukuki belirlilik ilkesine ilişkin tartışmalar için bkz.: Osman Can, "Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış", *Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, C. 9, S. 1- 2, s. 89- 115.

³¹ Ayşe Türk ve Diğerleri Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2018/1906, K. T.: 13.04.2016; Abdurrahman Şanda Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2014/3907, K. T.: 07.12.2016.

³² Brualla Gomez De La Torre v. İspanya, AİHM, Başvuru No: 155/1996/774/975, K. T.: 19.12.1997.

AIHM Brualla Gomez De La Torre v. İspanya davasıyla paralel şekilde Bayar ve Gürbüz v. Türkiye davasında da temyize başvuru sınırına ilişkin miktarın güncellenmesinin kanun yoluna başvuruda *orantısız bir sınır getirmediği* takdirde mahkemeye erişim hakkına aykırılık teşkil etmeyeceği sonucuna varmıştır. Hatta daha az önemli davalar bakımından mahkemelerin iş yükünü hafifletmek için mahkemeye erişim hakkı bakımından sınırlamalar getirmesinin meşru kabul edilebileceğini ifade etmiştir.³³ Bu halde miktar sınırlarının hakkın özüne dokunmama, meşru amaç ve ölçülülük kriterlerine uygun düştüğü düzenlemeler bakımından herhangi bir ihlal sonucunun doğmayacağı söylenebilir.

Anayasa Mahkemesi'nin miktar sınırına ilişkin kararları da AIHM içtihadıyla paraleldir. Nitekim dava değeri itibariyle kesin nitelikte sayılıp temyiz yoluna başvurulamaması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiası karşısında AIHM ile benzer nitelikte gerekçelerle başvurunun kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesi mahkemeye başvuruyu engelleyen veya mahkeme kararını önemli ölçüde etkisizleştiren sınırlamaların mahkemeye erişim hakkına aykırı olacağını öncelikle vurgulamıştır. Bununla beraber mahkemeye erişim hakkının mutlak olmadığını ve Anayasada tüm kararların temyiz edilmesine ilişkin bir hükmün bulunmadığını da ayrıca belirtmektedir. Nihayetinde öngörülen para sınırının *adalet duygusunu rencide edecek* ölçüde olup olmadığına ilişkin değerlendirmeler yapmaktadır.³⁴ Dolayısıyla ne AIHM ne de Anayasa Mahkemesi para sınırını mahkemeye erişim hakkının ihlali bakımından tek başına yeterli bulmaktadır.

II. İDARİ YARGILAMADA OLAĞAN KANUN YOLLARI BAKIMINDAN ÖNGÖRÜLEN PARASAL SINIRLAR

Kanun yolu ile ilk derece mahkemesinde açılan bir davanın nihai kararının üst derece mahkemeleri tarafından da denetlenmesini sağ-

³³ Bayar ve Gürbüz v. Türkiye, AIHM, Başvuru No: 37569/06, K. T.: 27.11.2012.

³⁴ Abdurrahman Şanda Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2014/3907, K. T.: 07.12.2016. Az önemli davalar ve adalet duygusunu rencide edecek ölçüde olmama kriterleri ayrıca bkz.: Anayasa Mahkemesi, E: 2006/65, K: 2009/114, K. T: 23.07.2009. Bu kararda temyiz yoluna başvuru sınırı için paranın bugünkü satın alma gücü değerlendirilmesine vurgu yapılmıştır.

layan başvuru mekanizmaları ifade edilmektedir. Bu haliyle ilk derece mahkemesinde verilmiş hatalı bir kararın üst derece mahkemeleri tarafından düzeltilmesi imkânı ortaya çıkar. Böylece yargılama ve adalet sistemine duyulan güven sağlanıp, adil görünüm pekiştirilebilir.³⁵ Ancak istinaf ve temyiz yoluna başvurularda hiçbir sınırlama öngörülmemiş değildir.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 45. maddesine göre konusu 5000 TL'yi geçmeyen vergi davaları, tam yargı ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları kesin olup bunlara karşı istinaf yoluna başvurulamayacaktır. Temyiz yolunun düzenlendiği 46. madde de benzer şekilde konusu 100.000 TL'yi aşmayan vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemler hakkındaki davalar bakımından temyiz yolu kapalıdır. Temyiz yoluna ilişkin düzenlemede dikkat çeken husus belirtilen istisnai durum dışında tahdidi olarak sayılan davaların genel olarak konu bakımından belirlenmesidir.³⁶

İptal davaları bakımından konusu belli bir miktar olan idari işlem, doğrudan davanın konusunun para olmasıyla ilgili olmayıp, idari işlemin beş unsurundan biri olan konunun para ile ilişkili olmasıdır. Bu durumda bir idari işlemin konusunun para olduğunun söylenebilmesi için açıkça yazılı olması gerekir. Aksi halde idari işlemin konusunun para ile ölçülebilmesi veya değerlendirilebilmesi konunun para olduğu anlamına gelmemektedir.³⁷

Kanunda öngörülen parasal sınırlar her yıl için değişmez olarak uygulanmamaktadır. Nitekim İYUK ek madde 1'e göre her yıl belirlenen değerlendirme oranına göre parasal sınırlar artırılmaktadır. Buna göre istinaf yolu için öngörülen sınır 2018'de 5000 TL, 2019'da 6000 TL, 2020 ve 2021 yıllarında 7000 TL, 2022'de 9000 TL olarak uygulanmıştır. Temyiz yolu için öngörülen sınır ise 2018'de 117.000 TL, 2019'da 144.000

³⁵ Ali D. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 815. Benzer şekilde dereceli yargılama sistemi ile ilk derece mahkeme kararlarının, bu mahkeme hakimlerine nazaran daha tecrübeli olduğu kabul edilen hakimlerce incelenmesi olanağı da ortaya çıkmaktadır. Gürsel Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, 4. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 492.

³⁶ Yasin Söyler/Muhammet Yılmaz, "Temyiz Kanun Yolunda Uygulanan Parasal Sınırın Her Yıl Artırılmasının Görülmekte Olan İdari Davalara Etkisi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C. 29, S. 3, s. 2138.

³⁷ Turgut Candan, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 1338- 1339.

TL, 2020'de 176.000 TL, 2021'de 192.000 TL, 2022'de 261.000 TL olarak uygulanmıştır.³⁸

İstinaf ve temyiz yolu dışında kanunda parasal sınırın öngörüldüğü diğer durumlar ise duruşma ve tek hakimle görülecek işlerdir. İYUK 17. maddeye göre duruşma yapılabilmesi için kural olarak taraflardan biri bunu talep etmelidir. Nitekim talep halinde de duruşma yapılması zorunludur. Ancak istisnai olarak konusu para olan tam yargı davaları bakımından duruşma yapılabilmesi için miktarın 25.000 TL'yi geçmesi gerekmektedir. Benzer şekilde 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un 7. maddesine göre konusu belli bir parayı içeren idari işlemlere karşı açılan iptal davalarının ve tam yargı davalarının kurul halinde görülebilmesi için miktarın 25.000 TL'yi aşması gerekmektedir. Duruşmalı işler ve tek hakimle görülecek davalar bakımından da miktar, her yıl değerlendirme oranına göre artmaktadır. Buna göre 2018'de 36.000 TL, 2019'da 44.000 TL, 2020'de 53.000 TL, 2021'de 57.000 TL ve 2022'de 77.000 TL olarak uygulanmıştır.³⁹ 2576 sayılı kanun ek madde 1 ile tek hakimle görülecek davalar bakımından artan miktarların, yürürlük tarihinden önce nihai olarak karara bağlanan idare ve vergi mahkemesi kararları ve Danıştay'ın bozma kararı üzerine bozulan mahkemece yeniden bakılan davalar bakımından uygulanmayacağı açıkça ifade edilmiştir.⁴⁰ Bu madde tersiyle yorumlandığında yeniden değerlendirme oranına göre artan parasal sınırlar görülmekte olan davaları etkileyecek ve davaların tek hakimle mi kurul halinde mi görülmesi gerektiği yeniden değerlendirilip karar verilecektir.⁴¹ Bir başka ifadeyle mahkemenin kurul halinde verdiği ni-

³⁸ İstinaf ve temyiz yolunda uygulanan sınırlara "Yararlı Bilgiler", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2022, C. 96, S. 2, s. 529 kaynağından ulaşılmıştır.

³⁹ Duruşmalı işler ve tek hakimle çözülecek davalara ilişkin sınırlara "Yararlı Bilgiler", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2022, C. 96, S. 2, s. 529 kaynağından ulaşılmıştır.

⁴⁰ 1999 tarihli Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun ile İdari Yargılama Usulü Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporunda yeni parasal sınırların Danıştay'ın bozma kararı sonrası kararı bozulan mahkemece bakılan davalarda uygulanmasının usul sorunlarına sebebiyet verdiği, bu sorunların ortadan kaldırılması ihtiyacı ile bu davalara uygulanmayacağı ifade edilmiştir: <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/Tutanak/TBMM/d21/c035/tbmm21035107ss0376.pdf>, s. 4, Erişim Tarihi: 20.12.2022.

⁴¹ Söylar /Yılmaz, s. 2145.

hai nitelikte olmayan kararlar, örneğin ara karar, artışın davaya uygulanmasından sonra tek hakimle karar verilen bir davaya dönüşebilecektir. Ara karar kurulca verilse de dava tek hâkim tarafından sonuca ulaştırılabilecektir.⁴²

Bölge İdare Mahkemesi Kararlarından Kesitler

İstinaf kanun yolunun düzenlendiği İYUK 45. maddeye göre kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde istinaf yoluna başvurulabilmektedir. Ancak konusu 5.000 TL'yi geçmeyen kanunda sayılan davalar bakımından istinaf yoluna başvurmak mümkün değildir.⁴³ Ne var ki İYUK'ta parasal sınırın hangi tarihten itibaren uygulanacağına ilişkin açık bir düzenleme yoktur. Bir başka ifadeyle parasal sınırın belirlenmesi bakımından davanın açıldığı, kararın verildiği, bölge idare mahkemesine başvurulduğu veya bölge idare mahkemesinde karar verildiği tarihin mi esas alınacağı belirli değildir.⁴⁴ Dolayısıyla parasal sınırın belirlenmesinde hangi tarihin dikkate alındığının belirlenmesi bakımından kimi bölge idare mahkemesi kararlarından kesit verilecektir.

İzmir Bölge İdare Mahkemesi'ne ilk derece mahkemesinin 5325 TL tazminat istemine ilişkin kararının kaldırılması istemiyle başvurulmuştur. Bölge İdare Mahkemesi kararında ilk derece mahkemesi kararının esas numarası 2017/1002 ve karar tarihi de 05.10.2018 olarak yazılmıştır. Dolayısıyla 2017 yılında açılan bir dava hakkında 2018 yılında karar verildiği söylenebilir. Bölge idare mahkemesine dilekçenin verilme tarihi bilinmemekle beraber esas numarası 2019/225 olan dosyaya göre burada da davanın açıldığı yıl 2019 olarak kabul edildiğinde 2017, 2018 ve 2019 olarak üç farklı tarih ortaya çıkmaktadır. İstinaf yolu sınırı da sırasıyla 5000 TL, 5000 TL ve 6000 TL olarak belirmektedir. Bölge idare mahkemesi bu kararında karar tarihi de olan 2019 yılı için geçerli olan istinaf sınırını dikkate alarak kesin nitelikte kabul etti-

⁴² Candan, s. 25.

⁴³ Parasal sınırın yıllara göre değişkenlik gösterdiği ve yıllara göre miktarı yukarıda belirtildi.

⁴⁴ Nitekim idare mahkemesinde 2020'de açılan bir dava hakkında 2022 yılının aralık ayında karar verilmiş ve bölge idare mahkemesine de 2023 yılının ocak ayında başvurulmuş ve bölge idare mahkemesinde de 2024 yılında karar verilecek olabilir. Bu halde istinaf sınırı bakımından dört ayrı miktarın esas alınma ihtimali ortaya çıkacaktır.

ği bu davayı incelemeksizin reddetmiştir.⁴⁵ Bölge idare mahkemesinin bu uyuşmazlık konusunda kendi karar verdiği tarihteki parasal sınırı dikkate aldığı görülür. Ancak hak arama niyetiyle ilk derece mahkemesine 2017 yılında başvurulmuştur. İlk derece mahkemesindeki karar dahi bölge idare mahkemesi kararından bir yıl önce 2018’de verilmiştir. Her iki tarihte de istinaf sınırı 5.000 TL olup dava değeri dikkate alındığında bölge idare mahkemesine başvurulması bakımından elverişlidir. Ne var ki istinaf yoluna başvuru tarihini dikkate alan bölge idare mahkemesi dava değerini istinaf sınırının altında değerlendirerek olumsuz örnek teşkil etmektedir.

Bölge İdare Mahkemesinin yukarıda değinilen kararına karşın uygulanacak parasal sınırın tespitinde eğilimin ilk derece mahkemesi karar tarihinin esas alınması olduğu söylenebilir. Nitekim Erzurum Bölge İdare Mahkemesi’nin 2020 yılında vermiş olduğu bir kararında “[...] dava konusu uyuşmazlık miktarı karar tarihinde kesinlik sınırı olan beş bin Türk lirasının altında kaldığından Mahkemece verilen kararın [...] kesin olduğu”⁴⁶ denilerek istinaf başvurusu incelenmemiştir. Benzer şekilde İzmir Bölge İdare Mahkemesi “[...] ilk derece mahkemesince verilen karar tarihi itibarıyla 2020 yılı için geçerli olan 7.000 TL’lik yasal haddin altında kaldığı anlaşılmış olup”⁴⁷ şeklinde hüküm kurarak ilk derece mahkemesinin karar tarihini esas almıştır.

Danıştay Kararlarından Kesitler

Danıştay temyiz edilen mahkeme kararlarının parasal sınır yönünde temyiz kabiliyetinin olup olmadığına karar verirken istikrarlı bir şekilde bölge idare mahkemesi kararının verildiği tarihi esas aldığı söylenebilir. Örneğin 2020 tarihli bir kararında temyiz edilen dosyanın, temyiz sınırını aşmış olmadığına tespiti yöntemini “[...] parasal tutarın bölge idare mahkemelerince karar verildiği tarihteki temyiz

⁴⁵ İzmir Bölge İdare Mahkemesi, 6. İdare Dava Dairesi, E: 2019/225, K: 2019/285, K. T.: 19.02.2019.

⁴⁶ Erzurum Bölge İdare Mahkemesi, 3. İdari Dava Dairesi, E: 2018/373, K: 2020/472, K. T.: 27.10.2020.

⁴⁷ İzmir Bölge İdare Mahkemesi, 3. Vergi Dava Dairesi, E: 2020/626, K: 2020/918, K. T.: 10.09.2020. Bu karara Murat Batı, “Vergi Davalarında Üst Mahkemeye Gitmede Enflasyon Engeli”, *T24*, 13.09.2022, https://t24.com.tr/yazarlar/murat-bati/vergi-davalarinda-ust-mahkemeye-gitmede-enflasyon-engeli,36702#_ftn2, (Vergi Davaları), 01.12.2022 dikkat çekilmesi üzerine ulaşılmıştır.

sınırının altında olup olmadığına göre belirlenmesi gerekmektedir⁴⁸ şeklinde açıklamıştır. Bu halde davanın açıldığı tarihteki uyuşmazlık konusu *dava değerinin temyiz aşamasına gelinceye kadar değersizleştiğini ve hak arama imkanının ortadan kalktığını* söylemek mümkündür. Nitekim üç dereceli yargılama sisteminin olduğu bir düzende istinaf yoluna başvurabilmek için ilk derece mahkemesinin karar verdiği andaki sınır, temyiz yoluna başvurabilmek için de bölge idare mahkemesinin karar verdiği andaki sınır dikkate alınmaktadır. Bunların dışında dava açıldığı andaki kanun yoluna başvurmadaki parasal sınır da daha farklı olabilecektir. Bu kapsamda hukuki belirlilik ve hukuka güven de zedelenmektedir.

Danıştay başka bir kararında “[...] bölge idare mahkemesi kararı tarihinde güncel temyiz parasal sınırın altında kaldığı görüldüğünden⁴⁹” diyerek benzer bir açıklamayla temyiz istemini reddetmiştir. Danıştay’ın bu kararında dikkat çekilmesi gereken başka bir unsur da davanın kısmen kabulü halinde temyiz sınırının dava dilekçesindeki miktara göre mi yoksa mahkeme kararındaki miktara göre mi belirleneceği konusundaki uygulamadır. Bu noktada Danıştay kararında reddedilen miktara ilişkin kısımların incelenerek bozulma istemi vurgulanmıştır.

İYUK’ta kısmi ret durumunda dikkate alınması gereken miktara ilişkin açık hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu konuda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki düzenlemelere başvurulabileceği düşünülmüştür. Bu doğrultuda asıl talebin kabul edilmeyen bölümü kanun yolu sınırı altında kalmadığında başvurulabilecektir.⁵⁰ Ancak bu yaklaşım davanın asıl değerinin üst derece yargılama sırasında değersizleştirilmesinden ötürü hukuka uygunluk bakımından şüphelidir.

⁴⁸ Danıştay 13. Dairesi, E: 2020/2231, K: 2020/2039, K. T.: 10.09.2020. Bu karara Batı, “Vergi Davalarında Üst Mahkemeye Gitmede Enflasyon Engeli” dikkat çekilmesi üzerine ulaşılmıştır.

⁴⁹ Danıştay 10. Dairesi, E: 2021/3226, K: 2021/3994, K. T.: 09.09.2021.

⁵⁰ Bu konuda detaylı bilgi için bkz.: Ramazan Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 761- 763. Benzer yöne bir başka görüşe göre de kanun küçük miktarlar için kanun yolunu kapatmak istemektedir. Dolayısıyla asıl talebin kabul edilmeyen kısmına göre istinaf yolu incelemesi yapılmalıdır. Kaplan, s. 495.

Danıştay ve Bölge İdare Mahkemesi Uygulamalarında Ortaya Çıkabilecek Kimi Durumlar

Danıştay ve Bölge İdare Mahkemesi kararlarındaki istikrarlı uygulamanın alt derece mahkemesi kararının verildiği tarihteki parasal sınıra göre değerlendirme yapılmasıdır. Örneğin 2018 yılında 150.000 TL değerinde ilk derece mahkemesinde açılan bir dava hakkında 2019 yılında nihai karar verildiğinde istinaf yolu için 2019 yılı sınırı dikkate alınacaktır. Davanın açıldığı 2018 yılında 5.000 TL olan istinaf sınırı 2019 yılında 6.000 TL olarak uygulanmıştır. İstinaf kanun yoluna başvurmak bakımından herhangi bir hak kaybı olmamakla beraber dava açıldığı tarihten itibaren iki farklı parasal sınır uygulaması söz konusu olmuştur. 2019 yılında istinaf kanun yoluna başvurulmuş dava hakkında da 2020 yılında nihai karar verildiği durumda ise 2020 yılı temyiz başvuru sınırı olan 176.000 TL dikkate alınacaktır. 2018 yılında açılan değeri 150.000 TL olan ve 2018 ve 2019 yılları için temyiz kabiliyeti olan dava hakkında bölge idare mahkemesi kararının 2020 yılında verilmesi ve temyiz yoluna başvurularda bölge idare mahkemesi kararlarının verildiği tarihteki sınırın esas alınması nedeniyle temyiz yoluna başvurulamayacaktır. Değeri 150.000 TL olan dava bakımından temyiz yoluna başvurulsa dahi Danıştay *kesin nitelikteki davanın reddine* karar verecektir. Aynı olayda ilk derece mahkemesinde, dava 145.000 TL bakımından kabul edilse de 5.000 TL bakımından reddedilmiş olabilirdi. İlk derece mahkemesi kararı 2019 yılında verildiğinden bu halde reddedilen kısım için dava istinaf kanun yoluna dahi götürülemeyecekti.

2017 yılında aynı konuda farklı kişiler ve farklı ilk derece mahkemelerinde değeri 150.000 TL olan bir dava açılmış olabilir. Bu iki davadan birinin istinaf yargılamasına ilişkin nihai kararı 2019 yılında diğerininki ise 2020 yılında verilmiştir. Aynı konu ve değerdeki davalardan 2019 yılında sonuçlanan istinaf başvurusu kararı temyiz edilebilecekken 2020 yılındaki temyiz edilemeyecektir. Hatta temyiz edilen davanın temyiz incelemesi sonucunda hukuka aykırı bulunması da mümkündür. Bu halde ilk derece mahkemesindeki dava tarihi, dava konusu, dava değeri ve davanın açıldığı ilk tarih itibarıyla bütün kanun yolları açık iki davadan biri yargılama sürecinin uzaması nedeniyle temyiz incelemesinden geçemezken, diğeri geçebilecektir⁵¹.

⁵¹ Benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz.: Mustafa Balcı, "Vergi Yargısında Pa-

Parasal sınırdaki değişmelerin derdest davalara uygulanmasına ilişkin senaryolar çoğaltılabilir. Nitekim kısmi ret halinde reddedilen miktara göre kanun yolunun açık olup olmadığının değerlendirilmesi, her yıl davaların tek hakimle mi yoksa kurul halinde mi görüleceğinin gözden geçirilmesi ve kurul halinde görülmeye başlayan davaların tek hakimle karara bağlanması hali diğer başka durumlardır. Dolayısıyla kurgusal gibi gözükten gerçek *adalet duygusunu rencide* eder niteliktedir.

Hukuk Devleti İlkesi Bakımından Kanun Yollarında Parasal Sınırların Değerlendirilmesi

Hukuk devleti bir ideal olarak modern anayasacılığın temelini oluşturmakta ve bir devletin de dayandığı temel ilkelerden kabul edilmektedir. Aynı zamanda devletin nitelikleri arasında hukuk devletinin sayılması veya başka bir ifadeyle hukuku olan devlet anlamında olmayıp hukukun egemen olduğu devlet demektir.⁵²

Hukuk devleti kavram olarak hukuki güven ortamını sağlamayı, devletin hukuka uymasını ve bu bağlamda da devletin eylem ve işlemlerinin yargı denetimine bağlı olmasını ifade ettiği söylenebilir.⁵³ Dolayısıyla toplumda adaleti, düzeni ve istikrarı sağlamak da hukuk devleti olmanın amacı ve gereğidir. Toplumsal barışın ve adaletin sağlanmasının en temel unsuru ise insan haklarına saygılı bir devlet düzenidir.⁵⁴ İnsan haklarına saygılı ve hak ve hürriyetlerin güvence altına alındığı bir *hukuk devleti zemini* ise yargı bağımsızlığı teminatı ile oluşturulmaktadır.⁵⁵

1982 Anayasası'nda da hukuk devleti ilkesi Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılmıştır. Böylece bütün uygar demokratik rejimlerde

rasal Tutar Olarak Kesin Kararlar ve Kanuni Hâkim Yönünden Bazı Sakıncalı Durumlar", Vergi Alğı, 18.01.2021, <https://vergialgi.com/vergi-yargisinda-parasal-tutar-olarak-kesin-kararlar-ve-kanuni-hakim-yonunden-bazi-sakincali-duruml>, 01.12.2022.

⁵² Mustafa Erdoğan, Anayasal Demokrasi, 10. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2013, s. 113- 114.

⁵³ Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 19. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 116.

⁵⁴ Erdoğan, s. 117.

⁵⁵ Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, 23. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 162.

olduğu gibi hukuk devleti ilkesine⁵⁶ veya başka bir ifadeyle hukukun egemen olduğu devlet düzenine bağlılık anayasanın üstünlüğünün kabul edildiği bir anayasal sistem içinde açıkça ifade edilmiştir. Anayasada her ne kadar hukuk devletinin bir tanımı yapılmamışsa da Anayasa Mahkemesi unsurlarına içkin bir tanımlama yapmaktadır. Buna göre “[...] hukuk devleti, eylem işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir”⁵⁷ şeklinde unsurların sayılması yoluyla tanımlama yapılmıştır.

Hukuk devleti olmanın gereklerinden biri de yargı denetimine açıklık olduğuna göre bu yargılama faaliyeti de hukuka uygun olmalıdır. 1982 Anayasası’na göre yargı, yasama ve yürütme ile beraber devletin üç organından birini oluşturmaktadır. Anayasanın Üstünlüğü ve Bağlayıcılığı kenar başlıklı 11. maddede anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü yargı organı bakımından da geçerli olacak şekilde açıkça ifade edilmiştir. Mahkemelerin bağımsızlığının düzenlendiği 138. maddede ise her ne kadar hakimlerin bağımsızlığı vurgulansa da bir sınır olarak Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun hüküm verme düzenlenmiştir. Dolayısıyla yargı bağımsızlığı olmadan gerçek anlamda bir hukuk devletinin varlığından bahsedilemeyecek olsa da⁵⁸ devletin bir organı olan yargının keyfi hareket etmesinin kabulü de söz konusu değildir. Yine de yargının keyfi veya hatalı hareket etmesinin önüne mutlak şekilde geçilmesi mümkün olmamaktadır. Yargının hatalı kararlarının denetiminin yapılması yolu olarak üst derece mahkemeleri bir tür hukuki çare olarak gösterilip, hukuk devleti olmanın gereği olarak da kanun yolları çeşitlenmektedir.⁵⁹ Bu bağlamda hak arama yollarının temel hak hürriyetleri koruyabilmek için açık olması gerekir.⁶⁰ İdari yargılama usulünde öngörülen parasal sınırların hukuk devletinin bir gereği olarak devletin eylem

⁵⁶ Özbudun, s. 124.

⁵⁷ Anayasa Mahkemesi, E: 2022/56, K: 2022/100, K. T.: 08.09.2022.

⁵⁸ Özbudun, s. 133.

⁵⁹ M. Kâmil Yıldırım, “İstinaf Sebepleri ve İlk Derece Mahkemesinde Hatalı Vakıa Tespiti”, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı VI, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008, s. 89.

⁶⁰ Erdoğan, s. 130.

ve işlemlerinin denetimine getirdiği sınırlamanın meşruluğu ise tartışmalıdır. Nitekim Anayasanın 125. maddesinde idarenin her türlü eylem işlemlerine yargı yolunun açıklığı ayrıca düzenlenmiştir. Anayasa kapsamında hem hak arama hürriyetine herhangi bir sınır getirilmemesi hem de idarenin eylem ve işlemlerine ilişkin ayrı bir hükmün bulunması idari yargılamada mahkemeye erişim hakkına getirilen sınırların dar kapsamlı olmasını gerektirir. Bu doğrultuda bir dava konusunun değerinin parayla belirlenmesinin ve böylece bütün unsurları aynı olup sadece miktar farklılığı bakımından kimi davaların kanun yoluna götürülememesinin hukuk devleti ilkesi ile uyduğu söylenemeyecektir. Ek olarak yargılama süresindeki değişimler nedeniyle bütün unsurları bakımından aynı olan davalardan birinin üst derece mahkemesinin denetiminden geçmemesi eşitlik ilkesini de zedelemektedir.

Hukukun egemen olduğu bir devlette hukukun bazı özelliklerinin olması beklenir. Bunlardan biri kanunların ileriye dönük olması diğeri ise hukukun kendi içinde tutarlı olmasıdır. Böylece önceden duyuru- lan kurallara bağlı bir devlet içinde somut olaya uygulanacak kural öngörülebilecektir.⁶¹ Bu doğrultuda hukukun belirli olması da gerekir. Belirlilik ilkesi Anayasa Mahkemesi kararlarında açıkça vurgulanmıştır. Buna göre “[...] yasal düzenlemelerin hem kişiler hem idare yönünden kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir”.⁶² Belirlilik ilkesi aynı zamanda hukuksal güvenlikle ilgili olup hangi somut duruma hangi hukuksal sonucun bağlandığının da bilinebilir olmasını gerektirir. Bu halde sondan başlanacak olursa idari yargıdaki parasal sınırlar belirlilik ilkesi ile uyumlu değildir. Nitekim kanunda parasal sınırların davanın hangi aşamasındaki değere göre belirleneceği açık değildir. Dolayısıyla idari yargılama sürecinde tek bir dava için birbirinden farklı parasal sınırların uygulanması ihtimali ortaya çıkmaktadır. İlaveten bu konudaki takdir yetkisinin kamu otoritelerine bırakıldığı ve kimi keyfi kararların ortaya çıktığı da yukarıdaki örneklerde görülmüş-

⁶¹ Abdullah Arıkan, Vergi Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 34.

⁶² Anayasa Mahkemesi, E: 2022/56, K: 2022/100, K. T.: 08.09.2022.

tür.⁶³ Bu durum kendi içinde tutarlı bir hukuk düzenini sağlamaktan da uzaktır.

Hukuk devletinin belirtilen bir başka özelliği de kanunların ileriye dönük uygulanmasıdır. Davanın açıldığı sırada istinaf ve temyiz yolu parasal sınırları belliyken, her yıl değişen miktarların halihazırda görülen davalar bakımından da uygulanması bir anlamda kanundaki değişikliklerin geçmişe uygulanması ve hak kaybına sebep verilmesi anlamındadır. Nitekim dava açıldığı anda yürürlükteki hukuk kurallarına göre kişilerin haklı beklentileri oluşmuştur.⁶⁴ Ne var ki hukuk düzenindeki gelecekteki değişiklik nedeniyle bu hak kaybedilmektedir. Bu da hukuki düzenlenmeleri kişiler için en azından makul bir süre aynı kalabileceğine ilişkin hukuki istikrar sağlama çabasını da faydasızlaştırmaktadır.

IV. MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKI BAKIMINDAN PARASAL SINIRLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ VE ÖNERİLER

Mahkemeye erişim hakkı Anayasa'nın 36. maddesinde hiçbir özel sınırlama sebebine bağlı olmadan düzenlenmiş olan anayasal bir haktır. Ancak hem hakkın kendi doğasından kaynaklanan hem de Anayasanın diğer maddelerindeki hak ve özgürlüklerle birlikte değerlendirildiğinde kimi sınırlamalar söz konusu olabilecektir. Anayasa Mahkemesi kararlarında da "Anayasanın tüm maddeleri aynı etki ve değerde olup, aralarında üstünlük sıralaması bulunmadığından, uygulamada bunlardan birine öncelik tanımak olanaklı değildir. Bu nedenle, kimi zaman zorunlu olarak birlikte uygulanan iki Anayasa kuralından biri diğerinin sınırını oluşturabilmektedir"⁶⁵ ifade edilerek anayasal kuralların birbirinin sınırı olabileceği açıklığa kavuşturul-

⁶³ Danıştay 8. Dairesi, E: 2022/1069, K: 2022/1065, K. T.: 22.02.2022 kararında 100.000 TL manevi ve 102.000 TL maddi tazminat istemini talebe konu miktarın Bölge İdare Mahkemesi kararı tarihindeki güncel temyiz parasal sınırının altında kaldığı gerekçesiyle temyizen incelenmesine olanak olmadığını belirtmiştir. Bu kararda Bölge İdare Mahkemesi karar tarihi olan 2021 yılı için temyiz sınırı 225.000 TL olarak yazılmıştır. Oysaki 2021 yılı temyiz sınırı 192.000 TL'dir. Bu tip miktar hatalarının dikkatsizlik ve özensizlik sonucu olduğunu söylemek mümkündür ve hukuka güveni zedelemektedir.

⁶⁴ Özbudun, s. 137; Erdoğan, s. 133.

⁶⁵ Anayasa Mahkemesi, E: 2006/65, K: 2009/114, K. T.: 23.07.2009; aynı yönde bir başka karar: Anayasa Mahkemesi, E: 2021/118, K: 2022/98, K. T.: 08.09.2022.

muştur. Ancak, yine de özel sınırlama nedeni öngörülmeleyen haklar bakımından sınırlama nedenleri dar yorumlanmalı ve hakkın kapsamı daraltılmamalıdır. İlâveten mahkemeye erişim hakkı, hak arama özgürlüğünün bir görünümü olarak diğer temel hak ve özgürlüklerin korunmasının bir şartıdır. Dolayısıyla kanun yoluna başvurularda parasal sınırlar belirlenirken haklar arasında bir denge sağlanmaya çalışılmalıdır.

Kanun yoluna başvurularda sonsuz bir başvuru sisteminin olması beklenemeyeceği gibi, hayatın olağan akışına da uygun olmayacaktır. Nitekim kişilerin sonsuz bir kanun yolu başvuru sisteminin düzenlendiği ortamda hukuki belirsizlik içinde yaşamalarını beklemek abesle iştigaldir. Belli bir yerde sonucun ortaya çıkması zorunludur.⁶⁶

İdari yargılama usulünde olağan kanun yolları olarak istinaf ve temyiz düzenlenmiştir. Dolayısıyla kanun yolları tanındıysa bu yolların bazı dava türleri için kapatılması mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak kabul edilmektedir.⁶⁷ Bu durumda kanun yollarına başvurularda parasal sınırların öngörülmesinin mahkemeye erişim hakkı bakımından uygun bir sınırlama ölçütü olup olmadığı belirlenmelidir.

Kanun yollarının varlık nedeni hakimlerin de insan olmaları itibarıyla yanılma olasılığıdır. Bu halde mahkemelerin verdiği her türlü kararda da yanılma ihtimali vardır.⁶⁸ Kanun yollarının hatalı kararları düzeltme ve adaleti daha iyi sağlama konusunda faydası olduğuna ilişkin şüphe yoksa kanaatimizce herhangi bir parasal sınır öngörülmeden bütün kararlar için kanun yollarının açık olması gerekir. Aksi durum davanın tarafları için adalet duygusuna bir değer biçme anlamına gelecektir. Bir uyumsuzluk konusunda haklılığın değerinin parayla ölçülmesi söz konusu değildir.⁶⁹

⁶⁶ Ejder Yılmaz, "Hukuk Davalarında Yasayollarına Başvuru Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlandırılmasının Yerindeliği Sorunu" *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1988, S. 1, s. 133.

⁶⁷ İnceoğlu, s. 117.

⁶⁸ Yılmaz, s. 132.

⁶⁹ Atilla Elmas, "1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair 3156 Sayılı Kanun'a Genel Bakış", *Ankara Barosu Dergisi*, 1984, S. 2, s. 247. Anayasa Mahkemesinin eğiliminin de hakkın değerinin mali külfete göre ölçülmesi yönünde olduğu söylenebilir. Nitekim Candan tarafından dikkat çekilen Anayasa Mahkemesi E: 2020/21, K: 2020/53, K. T.: 01.10.2020 künyeli kararda yüksek meblağlara ulaşabilen idari para cezalarının kişinin mali durumu üzerinde ağır ve ciddi bir yaptırım olması nedeniyle uyumsuzluk konusu düzenleme ip-

Üst yargı yollarına başvurularda kimi sınırlamalar getirmek taraflara hukuki belirlilik ve güvenlik sağlamak açısından gerekli olabilir. Bu doğrultuda parasal sınırlar yerine süre sınırı gibi hakkın değerine ilişkin sınırlama dışında düzenleme yapılabilir. Bundan başka istenilmeyen veya haksız davaların açılmasını önlemek için para sınırı yerine başka hukuki yaptırımlar düzenlenebilir.⁷⁰ Ancak yine de para sınırı konulmak isteniyorsa bunun istinaf veya temyiz yolundan biri için getirilmesi düşünülebilir. İstinaf yolunda ilk derece mahkemesi kararları hem maddi hem de hukuki yönden incelenmektedir ve hukuka aykırılıklar ortadan kaldırılır. Temyiz kanun yolunda ise yeniden yargılama yapılmamaktadır.⁷¹ Bu halde bütün dava konularının şartsız koşulsuz istinaf incelemesinden geçmesi, sadece temyiz yolunda makul bir parasal sınırın getirilmesi öngörülebilir.

İYUK'ta değişiklik yapan 6545 sayılı kanunun gerekçesinde ise istinaf yolunda kesinleşmesi öngörülen davalarla Danıştayca temyizen incelenecek dava sayısının azaltılması ve böylece Danıştay'ın iş yükünün hafifletilerek içtihat mahkemesi rolünün güçlendirilmesinden bahsedilmektedir.⁷² İş yükünü azaltma amacıyla üst mahkemeye başvuru hakkının her ne olursa olsun sınırlanması anlayışını da meşru görmek mümkün değildir.⁷³ İlâveten Danıştay'a başvuru yolunun katı şekilde sınırlandığı bir sistemde, yeterince uyumsuzluk konusu incelemeyen içtihat mahkemesine dönüşümün gerçekleşmesinin yöntemi anlaşılammaktadır.

Kanaatimizce, yukarıda da belirtildiği üzere, üst denetim yollarına başvurulardaki sınır parasal değer üzerine kurulmamalıdır. Ancak

tal edilmiştir. Kararda bireysel yararlar kamusal yarar arasında bir oran kurulması gerektiği, sağlanmak istenen kamusal yarar nedeniyle kişiye aşırı külfet yüklenmesinin orantısız olacağı ifade edilmiştir. Candan ise davaların önem derecesinin kanun koyucu tarafından belirlenemeyeceğini ve kimi davaların önemsiz olarak değerlendirilip denetlenmeden yoksun bırakılmayacağını ifade etmektedir. İlâveten bir uyumsuzluk konusunun dava haline getirilmesinin parasal değerine bakılmaksızın önemli kabul edilmesini gereği vurgulanmıştır. Candan, s. 1339- 1340. Bizce de bir davanın değeri parasal miktara göre önemli veya önemsiz olarak sınıflandırılmamalı, adaletin değeri paranın miktarıyla ölçülmemelidir.

⁷⁰ Ejder Yılmaz, "Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti", *Ankara Barosu Dergisi*, 1984, S. 2, (Yargılama Giderleri), s. 208.

⁷¹ Mustafa Avcı, "İdari Yargıda İstinaf", *TBB Dergisi*, 2011, S. 96, s. 182, 187.

⁷² <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0918.pdf>, Erişim Tarihi: 20.12.2022, s. 26.

⁷³ Ekin Sevinç, "İdari Yargılama Hukukunda Kanun Yoluna Başvuru Hakkının Anayasal Güvenceye Sahip Olması Bakımından Ele Alınması", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Dergisi*, 2020, C. 14, S. 3, s. 439.

bu uygulama devam edecekse de istinaf ve temyiz sınırına ilişkin düzenlemeler yeniden değerlendirilmelidir. Nitekim 2023 yılı itibariyle istinaf sınırı 20.000 TL, temyiz sınırı 581.000 TL olmuştur. 2022 yılındaki miktar yüzde 122,93 oranında artırılmıştır.⁷⁴ İstinaf ve temyiz yolu sınırlarına göz ucuyla bakıldığında dahi kişinin davasını üst derece mahkemesi denetimine götürmede umutsuzluğa düşmesi kaçınılmazdır. İlaveten bu miktarlar her sene yenilenmektedir. Bu bağlamda 2022 yılında 261.000 TL olan temyiz sınırı ile başvuru yolu açık olan bir davanın 2023 yılındaki oranlara göre başvuru yolunun kapanmış olması mümkündür. Bu halde düzenlemenin mahkemeye erişim hakkını ihlal etmeyecek, hukuka güveni zedelemeyecek şekilde düşünülmesi gerekir. Bu bağlamda öncelikle hangi andaki parasal sınırların uygulanacağına ilişkin açık bir ifadenin kanuna konulması gerekir. Başka bir deyişle ilk derece mahkemesinde davanın açıldığı andaki miktar mı uygulanacaktır yoksa her karar tarihindeki miktarlar dikkate alınacak ve uygulamadaki gibi aynı dava için birden fazla miktar mı gündeme gelecektir? Kanımızca ilkinin doğrultusunda, ilk derece mahkemesinde davanın açıldığı tarihteki istinaf ve temyiz sınırlarının başvurularda dikkate alınacağına ilişkin açık bir hüküm kanuna eklenerek belirlilik sağlanmalıdır.⁷⁵

İstinaf ve temyiz yolundaki parasal sınırların da mahkemeye erişimin sağlanabilmesi için yeniden düzenlenmesi gerektiği düşünülmektedir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirttiği üzere istinaf ve temyiz sınırının *paranın bugünkü satın alma gücü karşısında adalet duygusunu rencide edecek ve hukuk devletiyle bağdaşmayacak ölçüde olmaması gerekir*.⁷⁶ Dolayısıyla parasal sınırların asgari ücreti aşmayacak şekilde düzenlenmesi söz konusu olabilir.⁷⁷

Nihayetinde bugünkü uygulamada dava devam ederken, her yıl değişen miktarların derdest davalara uygulandığı görülmektedir. Bu uygulama tarafların geleceğe ilişkin öngöründe bulunmalarını zorlaştırmakta ve güvenilir hukuk zemininde çatlaklar açmaktadır. Anayasa

⁷⁴ Murat Batı, "Enflasyon Mahkemelere Erişimi Engelliyor", *T24*, 29.12.2022, <https://t24.com.tr/yazarlar/murat-bati/enflasyon-mahkemelere-erisimi-engelliyor,38012,02.01.2023>.

⁷⁵ Batı, Vergi Davaları.

⁷⁶ Anayasa Mahkemesi, E: 2006/65, K: 2009/114, K. T.: 23.07.2009.

⁷⁷ Yılmaz, s. 149.

Mahkemesi kararlarında kimi durumlar için ilk kez davanın aşamalarında çıkan her yeni durumun bir kez daha incelenmesi gerekliliğini vurgulamıştır.⁷⁸ Bu halde dava devam ederken değişen parasal sınırların gözden geçirilmesi ve yeni parasal sınırların derdest davalar bakımından uygulanmaması evleviyetle değerlendirilmelidir.

SONUÇ

Mahkemeye erişim hakkı sadece dava açma hakkıyla ilgili olmayıp eğer bir sistemde istinaf, temyiz gibi kanun yolları öngörülmüşse bunları da kapsayıcı niteliktedir. Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadıyla kanun yollarına başvurularda daha katı usullerin öngörülebileceği kabul edilmiştir. Dolayısıyla ilk derece mahkemesinde dava açma usulüyle, üst derece mahkemesine başvuru usulünde bazı farklılıkların olması mümkündür. Bu noktada belirtmek gerekir ki mahkemeye erişim hakkı mutlak bir hak değildir. Ancak sınırlamaların hakkın özünü zedelememe, meşru amaç, ölçülülük koşullarına uygun olması gerekir. Bu halde üst derece mahkemelerine başvurulardaki sınırlamalar mahkemeye erişim hakkını zedeleyici nitelikte olmamalıdır.

İstinaf veya temyiz yoluna başvurularda süre, miktar gibi kimi sınırlar düzenlenebilmektedir. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda da hem istinaf hem de temyiz yolu için benzer sınırlar öngörülmüştür. Konu bağlamında parasal sınırlara ilişkin bir inceleme yapılmaya çalışılmıştır.

İlk olarak idari yargılama usulünde öngörülen parasal sınırların her yıl değerlendirme oranına göre artırılması sonucu ortaya çıkan miktarların yüksekliği dikkat çekmektedir. Anayasa Mahkemesi kararlarında da geçen *paranın alım gücüne* göre bir değerlendirme yapıldığında

⁷⁸ Anayasa Mahkemesi, E: 2022/48, K: 2022/93, K. T.: 20.07.2022, Anayasa Mahkemesi, E: 2018/71, K: 2018/118, K. T.: 27.12.2018. Anayasa Mahkemesi ikinci kararda ilk derece mahkemesinin beraat kararının istinaf yargılamasında kaldırılması sonrasında ilk kez davanın aşamalarında ortaya çıkan aleyhe kararın temyiz edilememesini Anayasanın 36. maddesine aykırı bularak cezalandırma ile ilgili bir uyumsuzluk bakımından değerlendirme yapmıştır. Kanaatimizce bu kararın idari yargıda kanun yoluna başvurulara ilişkin miktarlar bakımından değerlendirilerek davanın aşamalarında değişkenlik gösteren yüksek miktarlar nedeniyle ulaşılamaz ve anlamsız kılınan kanun yollarının özellikler miktar sınırı bakımından yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

bu miktarların kanun yoluna başvuruları önemli ölçüde engelleyeceği görülmektedir.

İkinci olarak kanun yoluna başvurunun sınırsız bir hak şeklinde düzenlenmesi kanaatimizce mümkün değildir. Nitekim, bu halde de belirsizlik içinde geleceğe yönelik sürekli bir kaygı ortamı söz konusu olacaktır. Ancak sınırlamaların süre gibi para dışındaki unsurlar üzerinden yapılması adaleti daha sağlayıcı niteliktedir. Nihayetinde davanın değeri para ile ölçülmemeli, kanun yoluna başvurularda parasal bir sınır öngörülmemelidir.

Üçüncü olarak ise parasal sınır uygulamasının devamı halinde dikkate alınan tarihin değişiklik göstererek derdest davaları etkilediği görülmüştür. Buna göre bazı istisnai uygulamalarla karşılaşılsa da istinaf yoluna başvurularda ilk derece mahkemesi kararının verildiği tarih, temyiz yoluna başvurularda da bölge idare mahkemesi kararının verildiği tarih dikkate alınmaktadır. Bu halde aynı dava için, davanın açıldığı, ilk derece mahkemesinde kararın verildiği, bölge idare mahkemesi kararının verildiği tarih olmak üzere birden fazla uygulanma ihtimali olan parasal sınır olmaktadır. İlk derece mahkemesinde davanın açıldığı tarihte kanun yolu açık olan bir dava için kararın verildiği tarihte kanun yolunun kapanma tehlikesi olmaktan ziyade uygulamadaki durum bu şekildedir.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesindeki denilebilir ki, her sene yeniden değerlendirilen oranlar sonucu ortaya çıkan miktarlar mahkemeye erişim hakkını doğrudan doğruya engellemektedir. Dolayısıyla öncelikle parasal sınırların miktarlarına ilişkin düzenleme getirilmelidir. Daha sonra ise kanun yolu açık olan bir dava için davanın aşamalarında çıkan yeni durumların etkisinin olmaması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle hangi andaki parasal sınırın uygulanacağı şüpheye yer bırakmayacak şekilde açık, net ve anlaşılır olmalıdır. Bu bağlamda uygulamada yeknesaklık sağlamak amacıyla yukarıda da ifade edildiği üzere kanuna açık bir hüküm eklenmelidir.

Kaynakça

Kitaplar

- Akıncı Müslüm, İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- Arıkan Abdullah, Vergi Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Candan Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Çağlayan Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Doğru Osman/Nalbant Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, C. 1, 1. Baskı, Şen Matbaa, Ankara, 2012.
- Erdoğan Mustafa, Anayasal Demokrasi, 10. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2013.
- Gözler Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Esasları Ders Kitabı, 11. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.
- İnceoğlu Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, 3. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008.
- İnceoğlu Sibel, Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, Şen Matbaa, Ankara, 2007, (Adil Yargılanma).
- Kaplan Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, 4. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.
- Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 19. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Özenç Berke, Hukuk Devleti Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi, 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2016.
- Sağlam Fazıl, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982.
- Tanör Bülent/Yüzbaşıoğlu Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 19. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019.
- Teziç Erdoğan, Anayasa Hukuku, 23. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019.
- Ulusoy Ali D., Yeni Türk İdare Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

Makaleler

- Aydın Bihter, "Türk İdari Yargı Düzeninde Mahkemeye Erişim Hakkı", *TAAD*, 2013, S. 15, s. 271- 296.
- Aydın Mesut, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Hürriyeti", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 2006, C. 61, S. 3, s. 1- 37.
- Avcı Mustafa, "İdari Yargıda İstinaf", *TBB Dergisi*, 2011, S. 96, s. 179- 204.
- Can Osman, "Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, C. 9, S. 1- 2, s. 89- 115.
- Ekinci Ahmet, "Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, C. 18, S. 3- 4, s. 821- 848.

- Elmas Atilla, "1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair 3156 Sayılı Kanun'a Genel Bakış", *Ankara Barosu Dergisi*, 1984, S. 2, s. 234- 256.
- Gölcüklü Feyyaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde 'Adil Yargılanma'", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 1994, C. 49, S. 1, s. 201- 234.
- Sevinç Ekin, "İdari Yargılama Hukukunda Kanun Yoluna Başvuru Hakkının Anayasal Güvenceye Sahip Olması Bakımından Ele Alınması", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Dergisi*, 2020, C.14, S. 3, s. 421- 445.
- Söyler Yasin/Yılmaz Muhammet, "Temyiz Kanun Yolunda Uygulanan Parasal Sınırın Her Yıl Artırılmasının Görülmede Olan İdari Davalara Etkisi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C. 29, S. 3, s. 2131- 2168.
- "Yararlı Bilgiler", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2022, C. 96, S. 2, s. 527- 549.
- Yıldırım M. Kâmil, "İstinaf Sebepleri ve İlk Derece Mahkemesinde Hatalı Vakıa Tespiti", *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı VI, Türkiye Barolar Birliği Yayınları*, Ankara 2008, s. 89- 131.
- Yılmaz Ejder, "Hukuk Davalarında Yasayollarına Başvuru Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlandırılmasının Yerindeliği Sorunu" *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1988, S. 1, s. 131- 155.
- Yılmaz Ejder, "Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti", *Ankara Barosu Dergisi*, 1984, S. 2, (Yargılama Giderleri), s. 200- 224.

İnternet Kaynakları

- Balcı Mustafa, "Vergi Yargısında Parasal Tutar Olarak Kesin Kararlar ve Kanuni Hâkim Yönünden Bazı Sakıncalı Durumlar", *Vergi Algı*, 18.01.2021, <https://vergialgi.com/vergi-yargisinda-parasal-tutar-olarak-kesin-kararlar-ve-kanuni-hakim-yonunden-bazi-sakincali-duruml>, 01.12.2022.
- Batı Murat, "Vergi Davalarında Üst Mahkemeye Gitmede Enflasyon Engeli", *T24*, 13.09.2022, https://t24.com.tr/yazarlar/murat-bati/vergi-davalarinda-ust-mahkemeye-gitmede-enflasyon-engeli,36702#_ftn2, (Vergi Davaları), 01.12.2022.
- Batı Murat, "Enflasyon Mahkemelere Erişimi Engelliyor", *T24*, 29.12.2022, <https://t24.com.tr/yazarlar/murat-bati/enflasyon-mahkemelere-erisimi-engelliyor,38012,02.01.2023>.
- <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c035/tbmm21035107ss0376.pdf>, s. 4, Erişim Tarihi: 20.12.2022.

Kararlar

- Abdurrahman Şanda Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2014/3907, K. T.: 07.12.2016.
- Airey v. İrlanda, AİHM, Başvuru No: 6289/73, K.T.: 09.10.1979.
- Ashingdane v. Birleşik Krallık, AİHM, Başvuru No: 8225/78, K. T.: 28.05.1985.
- Ayşe Türk ve Diğerleri Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2018/1906, K. T.: 13.04.2016.
- Bayar ve Gürbüz v. Türkiye, AİHM, Başvuru No: 37569/06, K. T.: 27.11.2012.
- Brualla Gomez De La Torre v. İspanya, AİHM, Başvuru No: 155/1996/774/975, K. T.: 19.12.1997.
- Golder v. Birleşik Krallık, AİHM, Başvuru No: 4451/70, K. T.: 21.02.1971.

- S. D. Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2013/8884, K. T.: 13.04.2016.
Anayasa Mahkemesi, E: 1963/143, K: 1963/147, K. T: 26.06.1963.
Anayasa Mahkemesi, E: 2006/65, K: 2009/114, K. T: 23.07.2009.
Anayasa Mahkemesi, E: 2006/65, K: 2009/114, K. T.: 23.07.2009.
Anayasa Mahkemesi, E: 2018/71, K: 2018/118, K. T.: 27. 12. 2018.
Anayasa Mahkemesi E: 2020/21, K: 2020/53, K. T.: 01.10.2020.
Anayasa Mahkemesi, E: 2022/48, K: 2022/93, K. T.: 20.07.2022.
Anayasa Mahkemesi, E: 2021/118, K: 2022/98, K. T.: 08.09.2022.
Anayasa Mahkemesi, E: 2022/56, K: 2022/100, K. T.: 08.09.2022.
Danıştay 13. Dairesi, E: 2020/2231, K: 2020/2039, K. T.: 10.09.2020.
Danıştay 10. Dairesi, E: 2021/3226, K: 2021/3994, K. T.: 09.09.2021.
Danıştay 8. Dairesi, E: 2022/1069, K: 2022/1065, K. T.: 22.02.2022.
İzmir Bölge İdare Mahkemesi, 6. İdare Dava Dairesi, E: 2019/225, K: 2019/285, K. T.: 19.02.2019.
İzmir Bölge İdare Mahkemesi, 3. Vergi Dava Dairesi, E: 2020/626, K: 2020/918, K. T.: 10.09.2020.
Erzurum Bölge İdare Mahkemesi, 3. İdari Dava Dairesi, E: 2018/373, K: 2020/472, K. T.: 27.10.2020.

ADÎ ORTAKLIK SÖZLEŞMESİNİN İSPATI MESELESİ*

THE MATTER OF PROOF OF ORDINARY PARTNERSHIP AGREEMENTS

Melis TAŞPOLAT TUĞSAVUL**

Özet: Adî ortaklık ticaret ortaklıklarından farklı olarak Türk Ticaret Kanunu'nda değil, Türk Borçlar Kanunu 620 ilâ 645. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Adî ortaklık sözleşmesinin tarafları ortak bir amacı gerçekleştirmek için bu sözleşmeyi kurmaktadır. Adî ortaklık sözleşmeleri uygulamada sıkça tercih edilmektedir. Bunun en önemli sebebi bu ortaklık tipinin esnek yapısıdır, ayrıca adî ortaklıkların tüzel kişiliği bulunmamakta ve kişisel ilişkiler ön planda olmaktadır. Ancak söz konusu esnek yapı uyumsuzluk çıkması durumunda ispat sorunu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çalışmada taraflar arasında adî ortaklık sözleşmesinin mevcut olup olmadığına ilişkin uyumsuzluklarda ispat şeklinin nasıl olacağı, Türk hukukunda geçerli delil sistemleri bakımından hem doktrin görüşleri hem de Yargıtay kararları çerçevesinde ele alınacaktır. Ayrıca adî ortaklığın özel bir türü olarak nitelendirilen gizli ortaklık sözleşmelerine de değinilerek Yargıtay kararları çerçevesinde ispat şekli incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Adî Ortaklık Sözleşmesi- Senetle İspat Kuralı- Kesin Delil- Gizli Ortaklık

Abstract: Unlike commercial partnerships, ordinary partnerships are not regulated in the Turkish Commercial Code, but are regulated between articles 620 and 645 of the Turkish Code of Obligations. The parties of the ordinary partnership agreement establish this agreement in order to realize a common purpose. Ordinary partnership agreements are frequently preferred in practice. The most important reason for this agreement to be preferred is the flexible structure of this partnership type, besides, ordinary partnerships do not have legal personality and personal relations are at the forefront. However, this flexible structure emerges as a problem of proof in case of there is a conflict. In our study, the burden of

* Bu çalışma 24-26 Mayıs 2023 tarihlerinde Ondokuz Mayıs Üniversitesi ev sahipliğinde gerçekleştirilen 9. Uluslararası Asos Hukuk Sempozyumu'nda sunulan ve özet olarak yayımlanan bildirinin geliştirilmesi suretiyle güncel olarak hazırlanmıştır.

** Dr. Öğr. Üyesi, Bahçeşehir Üniversitesi Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, melis.taspolat@bau.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7145-1990, Makalenin Gönderim Tarihi: 21.08.2023, Kabul Tarihi: 01.09.2023

proof in disputes regarding the existence of an ordinary partnership agreement between the parties will be discussed within the framework of both doctrinal views and Supreme Court decisions in terms of valid evidence systems in Turkish law. In addition, the confidential partnership agreements, which are described as a special type of ordinary partnership, will be mentioned and the form of proof will be examined within the framework of the Supreme Court decisions.

Keywords: Ordinary Partnership Agreement- Proof by Promissory Note- Conclusive Evidence- Confidential Partnership

GİRİŞ

Adî ortaklıklar esnek bir hukukî yapıya sahiptir. Özellikle joint venture, kartel, konsorsiyum gibi sözleşme türlerinin adî ortaklık temeline dayanması ve ortak amaç unsurunun ön planda olması uygulamada sıkça tercih edilmesine neden olmaktadır. Bununla birlikte adî ortaklık sözleşmesinin şekil serbestisini esas alması, emredici olmayan, kişisel öğeleri içermesi, ortakların sahip olduğu serbestlik bu hususu destekler niteliktedir. Ancak adî ortaklık sözleşmelerinin tercih edilme sebebi olan bu esnek yapı taraflar arasında uyumsuzluk çıkması durumunda bu sefer ispat sorunu olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle buradaki temel sorun, katılma payı olarak “her şey” in getirilebileceği bir adî ortaklık sözleşmesinin geçerlilik bakımından herhangi bir şekil şartına tâbi olmaması buna karşılık yazılı şekil şartının bir ispat şartı niteliğinde olmasıdır. Çünkü Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.190 uyarınca adî ortaklık ilişkisinin çekişmeli olması durumunda bu ilişkiyi iddia etmekte kendi lehine hak çıkaran taraf ortaklığın mevcut olduğunu ispat edecek ve ortaklık sözleşmesinin yapıldığı tarihteki miktar ve değeri Kanun’daki sınırı geçmesi hâlinde (HMK m.200) ispat şekli de senetle olacaktır.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla doktrinindeki ağırlıklı yaklaşım ve yerleşik Yargıtay uygulaması bu yöndedir. Buna karşılık bu kabulün her adî ortaklık sözleşmelerinin ispat kaygısıyla akdedilme zorunluluğunu ortaya çıkartacağı, senetle ispat kuralının uygulanması bakımından adî ortaklık sözleşmeleri ile diğer sözleşmeler arasında ayırım yapılması gerektiği ifade edilmektedir. Çalışmamızda taraflar arasında adî ortaklık sözleşmesinin mevcut olup olmadığına ilişkin uyumsuzluklar senetle ispat kuralı çerçevesinde ele alınıp, ayrıca diğer kesin delillerle ispatın ve senetle ispat zorunluluğunun istisnalarının adî ortaklık sözleşmesi bakımından nasıl uygulanabileceği incelenecektir.

Ayrıca Yargıtay kararlarında yer bulan ve adı ortaklık ilişkilerinin uygulamalarında sıkça karşılaşılan ve fakat Türk hukukunda pozitif düzenlemesi bulunmayan “gizli ortaklık” kavramına değinilerek bu ilişkinin özellikleri bağlamında ispatı ele alınacaktır.

I. ADİ ORTAKLIK SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE UNSURLARI

Adi ortaklık TBK m. 620 ilâ 645’nci maddeleri arasında düzenlenmiştir.¹ Buna göre adi ortaklık, “.. kişisel öğelere göre şekillenmiş, ortaklık haklarının ve yapısının sermayeye dayalı değil, ortakların kişiliklerine bağlı bir tarzda biçimlendiği, ortakların ortaklık borçlarından bütün malvarlığıy-

¹ Bu düzenlemelerin kaynağını İsviçre Borçlar Kanunu m.530 ilâ 551’nci maddeleri teşkil etmektedir. Söz konusu ortaklık türü için “Einfache Gesellschaft” kavramı kullanılmaktadır. Doktrinde adi ortaklığın Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmesi sebebiyle bir ticaret ortaklığı olmadığı, tam tersi şekilde “adi ortaklık- ticaret ortaklığı” ayrımının bir kanadını teşkil ettiği, buna göre adi ortaklığın Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tâbi olmadığı belirtilmiştir. Ayrıca bu ortaklık türünü en iyi izah eden aynı zamanda “einfach” sözcüğünün karşılığını oluşturan kavramın “yalın ortaklık” olduğu ifade edilmiştir (Nami Barlas, Adî Ortaklık Temeline Bağlı Sözleşme İlişkileri, Vedat Kitapçılık, 4.Bası, İstanbul 2016, s. 8, 12). İsviçre hukukunda, Kanunda düzenlenen şirket tiplerine ilişkin şartları karşılamayan durumlarda her zaman bir adi ortaklığın var olduğu kabul edilmektedir. Buna göre adi ortaklığın ticaret hukukunun temel-ikincil derecede (Grund-und Subsidiärform des Gesellschaftsrechts) bir tipi olduğu ifade edilmektedir. Bu ikincil derecede olma hâlinin sonucunun ise şayet sözleşmenin kurulması için irade beyanları örtüşüyorsa -esaslı unsur (ortak amaç unsuru) veya sözleşme yokluk yaptırımına tâbi olmadıkça- içeriğindeki eksikliklerin sözleşmenin varlığını veya hukukî niteliğini etkilememesi olarak kendini gösterir. Bkz. Lukas Handschin Lukas/ Reto Vonzun, Zürcher Kommentar, 4. Auflage, Schulthess, 2009, s. 13-14. Ancak İsviçre doktrininde bu durumda yani adi ortaklığa ticaret hukuku kurallarının tamamlayıcı olarak uygulanmasının beraberinde başka sorunları da getirebileceği zira esasında adi ortaklık kurulması amacıyla oluşturulmayan bir sözleşmenin bu şekilde nitelendirilmiş olması durumunda ticaret hukuku hükümlerinin uygulanması tehlikesi ile karşı karşıya kalınabileceği belirtilmiştir Bkz.Lukas Handschin, “Die Abgrenzung zwischen der losen Zusammenarbeit und der einfachen Gesellschaft”, Die vernetzte Wirtschaft . Zürich 2004, s.108 vd. Ayrıca bu hususta bkz. Abuzer Kendigelen/İsmail Kırca, Şirketler Hukuku C.I, On iki Levha, İstanbul 2021, s. 37-38 Alman hukukunda ise adi ortaklık Medenî Kanun m.705 ilâ 740 arasında (Borç İlişkileri) düzenlenmiş olup bu ortaklık türü için “Gesellschaft” (şirket) kavramının kullanıldığı görülmektedir. Temelinin iki veya daha fazla kişinin bir araya gelerek ortak amaca ulaşmak için yükümlülükler ile bağlı olduğu bir şirket sözleşmesine dayandığı belirtilmiştir. Sözleşmede yer alan geçersizliğin adi ortaklığın tanınmasına bir etkisinin olmadığı belirtilmekle beraber ortada bir sözleşme yoksa (kurucu unsurlarda eksiklik varsa ve yokluk yaptırımı söz konusu olacaksa) veya bir anlamda karşılaştırılabilir bir hukukî işlem mevcut değilse adi ortaklıktan bahsedilemeyeceği ifade edilmiştir (Münchener Kommentar zum BGB, Schäfer,Band 7, 8. Auflage 2020, Schäfer § 705 Rn.1).

la birinci derecede ve zincirleme sorumlu olduğu; her türlü iktisadi ve gayri iktisadi konu için herhangi bir şekilde bağlı olmaksızın kurulabilen veya oluşabilen; bir ticari işletmeyi işletmesi şart olmayan; tüzel kişiliği bulunmayan² bir ortaklıktır” şeklinde tanımlanabilir.³ TBK m.620/I uyarınca, adî ortaklık sözleşmesi iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek için birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir. Bu tanıma göre adî ortaklık sözleşmesinin unsurlarını; kişi, sözleşme, katılım payı, amaç, affectio societatis (müşterek gayeye ulaşmak için birlikte çalışma unsuru) olarak belirtmek mümkündür.⁴ Adî ortaklıkta en önemli unsur, müşterek amaç unsuru olup bu amaç ekonomik bir amaç⁵ olabileceği gibi ideal bir amaç, örneğin; sportif, sanatsal, kültürel, bilimsel bir amaç da olabilecektir. Ortakların bu ortak amaca erişmek için ortak güç ve kaynaklarını ortak çabalarını seferber etmeleri gerekir. Bununla birlikte adî ortaklık yalnızca amaç ortaklığını değil, aynı zamanda bu amacı gerçekleştirmek için ortakların emek ve mallarını da ortaklaşa harcamayı, bu uğurda çaba sarf etmeyi ifa-

² İsviçre, Türk hukuk sistemlerinde ve gerekse Alman hukukunda adî ortaklığın ne tüzel kişiliğe ne de hak ehliyeti bulunduğuyla ilişkin açık bir düzenleme vardır. Bkz. Barlas, s. 79 vd. İsviçre hukukunda adî ortaklığı hak ehliyeti, esasında “kendi ismi” bulunmadığı vurgulanarak bu sebeple -ticaret unvanı da kullanılmayacaklarından- ortakların ortaklığa kendi isimlerini verdiklerini ve bu durumun ortakların lehine olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Handschin/Vonzun, s. 17. Diğer taraftan Alman Federal Mahkemesi 29.01.2001 tarih ve II ZR 33/00 (Nürnberg) sayılı kararında, inşaat işi ile uğraşan bir adî ortaklıkta, dış adî ortakların üçüncü kişilerle hukukî ilişkilere katılarak hak kazanıp borç altına girebildiği kadarıyla hak ehliyetinin olduğu karar vermiştir. Anılan karar ve Alman hukukundaki teorilere ilişkin değerlendirmeler için bkz. Vildan Peksöz, Medenî Usûl Hukuku Açısından Adî Ortaklık İlişkileri, On İki Levha, 2.Baskı, İstanbul 2022, s. 63 vd. “Özellikle Alman Federal Mahkemesi’nin meşhur adî ortaklıklara, biraz da oradaki kolektif ve komandit şirketlere ilişkin düzenlemelerden cesaret alarak, hak ehliyeti tanınması eğilimi, bizim hukukumuzu bu anlamda henüz etkilememiştir” (Zekeriya Kurşat, Yeni Borçlar Kanunumuzda Adî Ortaklık Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *İÜHFİM*, C.LXX, S.1, 2012, s. 301.

³ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara 2018, s.829, s. 833; Kendigelen/Kırca, s. 41; Kurşat, s. 303.

⁴ Bkz. Barlas, s. 18 vd.; Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, Adalet Yayınevi Ankara 2018, s.21 vd.; Murat Yusuf Akın, Editör: Sami Karahan, Şirketler Hukuku, Mimosza Yayınları, 2.Baskı, Konya 2013, s.32 vd.; Fatih Bilgili/Ertan Demirkapı, Şirketler Hukuku Dersleri, 8.Basım, Dora Yayınları, Bursa 2021, s. 26; 2021; Ahmet Ayar, Adî Ortaklıkta İç ve Dış İlişkiler, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019, s. 12 vd.

⁵ Adî ortaklıklarda da amacın ekonomik olduğu, ortaklara para ile ölçülebilir bir fayda sağlanması olduğu yönünde bkz. Oruç Hami Şener, Adî Ortaklık, Yetkin Yayınları, Ankara 2008, s.103-104; Pulaşlı, s.30-31; Kendigelen/Kırca, s. 39. Bu çerçevede adî ortaklıkların ticari işletme işletmesi de mümkündür.

de etmektedir.⁶Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 24.04.2013 tarih, 2012/13-798 E, 2013/568 K. sayılı kararında,⁷ her ortağın ortaklık amacının gerçekleşmesine faydalı olması gerektiği, tarafların kişisel bağımsız menfaatlerinin üstünde ortak bir gayeyi gerçekleştirmek amacıyla bir araya gelmiş bulunmalarının yetmeyeceği, tarafların ayrıca ortak amacı birlikte takibi ve onun gerçekleşmesine gerekli faaliyetlere aktif olarak katılmayı da borçlanmış olmalarının şart olduğu vurgulanmıştır.

O halde adı ortaklık sözleşmesinin tarafları⁸ ortak bir amacı gerçekleştirmek için sözleşmeyi kurmaktadır.⁹ Bu sebeple ortaklık ilişkisinde edimler arasında bir karşılıklılık bulunmadığı gibi denklik bulunması gerekmemektedir; edimler ortak amacın gerçekleştirilebilmesi için âdeta bir araç niteliğindedir. Oysaki karşılıklı sözleşmelerde her bir tarafın amacı karşı edime ulaşmak olduğundan edimler ilk plandadır.¹⁰Bu sebeple Türk Borçlar Kanunu'nun genel nitelikteki

⁶ Nitekim adı ortaklık sözleşmesinin iki unsuru düzenlemesi yeterlidir. Bunlardan ilki amaç ve ikincisi bu amacı teşvik etmek için tarafların yükümlülükleridir (Handschin/Vonzun, s.13; Jürg G. Schütz, Personengesellschaftsrecht (Art. 530-619 OR), SHK-Stämpflis Handkommentar, Stämpfli Verlag,2015, s. 2. Ayrıca bkz. Esra Hamamcıoğlu/ Argun Karamanlıoğlu, "Adi Ortaklık Sözleşmesinde Şekil", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Yıl : 2016, C.22, S.3, s. 1311 vd.

⁷ Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

⁸ "Borçlar Kanunu'nda ve Ticaret Kanunu'nda düzenlenen ve ikiden çok tarafa borç yükleyen biricik sözleşme tipi şirkettir. Mesalâ Borçlar Kanunu'nda yer alan adı şirket sözleşmesi iki veya daha çok kişiler arasında kurulabilir." (Sermet Akman/Halûk Burcuoğlu,/ Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 54, s. 59).

⁹ Şayet birden fazla kişi aynı amacı birbirinden bağımsız olarak takip ediyorsa bu durumda müşterek amaç söz konusu olmadığı için adı ortaklıktan söz edilmeyecektir. Müşterek amaç unsuru adı ortaklık sözleşmesini bazı birlik ve sözleşmelerden ayıran en önemli özelliktir. Ayrıca bu unsur bu sözleşmeleri tam iki tarafa borç yükleyen ve tarafların karşılıklı edim değişimini amaçladıkları sözleşmelerden ve iş görme sözleşmelerinden ayıran bir unsurdur. Bkz. Şener, s. 102; Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, Vedat Kitapçılık, 14.Bası, İstanbul 2019, s. 55; Peksöz, s.13.

¹⁰ Adı ortaklık sözleşmesi karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerden değildir. Adı ortaklık sözleşmesinde karşılıklı ve uygun irade beyanları ile borç altına girilmesi söz konusu olmakla beraber her ortağın borçlanma amacı diğer ortaktan alacak hakkı kazanmak değil, ortak amacı gerçekleştirmek için edimleri birleştirmektir. Her ortak taahhüdüyle birlikte hem alacaklı hem de borçlu konumuna geleceğinden karşılıklı ilişkisinin bulunmamaktadır. Bkz. Barlas, s. 67 vd.; Karahan/Akın, s. 33; Sosyal Özenli, Uygulamada Adi Ortaklık ve Neden Olduğu Davalar, Kazancı Hukuk Yayınları No.62, Ankara 1988, s. 40; Peksöz, s. 40; Furkan Derdiman, Adi

hükümlerinin özellikle tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere ilişkin düzenlemelerinin ortaklık sözleşmelerine ancak adil oldukları durumlarda uygulanabileceği belirtilmektedir.¹¹

Ortak amacın gerçekleşmesine elverişli olmak şartıyla kanuna, ahlâk ve âdaba aykırı bulunmamak kaydıyla “*her şey*” adî ortaklığa sermaye, yani katılma payı olarak getirilebilecektir. Türk Borçlar Kanunu m.621’de bunlar para, alacak veya başka bir mal ya da emek olarak saymışsa da Türk Ticaret Kanunu m.127 adî ortaklığa da uygulanacağı belirtilmiştir. Buna göre para, alacak, kıymetli evrak, taşınurlar, taşınmazlar, patentler, endüstriyel tasarımlar, markalar, ticaret unvanları, işletme hakları gibi sınai haklar, know-how, good-will, imtiyazlar, ruhsatlar, ticari işletmeler, elektronik ortamlar, alanlar, adlar, işaretler gibi değerler (TTK m. 127), faydalanma ve kullanma hakları, ticari işletmeler, fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar, kişisel emek, yapma ve yapmama borçları, ticari itibar anonim ortaklığa sermaye olarak konulabilir. Bu sayımın sınırlı olmadığı müşterek amacın gerçekleşmesine katkıda bulunabilecek her türlü değerın katılma payı olarak üstlenilebileceği doktrinde oy birliği belirtilmektedir.¹²

Diğer taraftan özellikle adî ortaklığın tüzel kişiliğinin bulunmasından dolayı adî ortaklığa dahil unsurlarda malik; ortaklar olmaktadır. Zira aksi kararlaştırılmadıkça adî ortaklığa dâhil her bir mal, hak, alacak vs. üzerinde ayrı ayrı elbirliği mülkiyeti geçerlidir (TBK m.638/I). Sözleşmede aksine hüküm bulunmadıkça veya ortaklar tarafından aksi yönde bir karar alınmadıkça ortaklığa dâhil unsurlar üzerinde ortaklar tek başına tasarrufta bulunamayacaklar, ancak hepsi birlikte veya atadıkları bir temsilci aracılığıyla tasarrufta bulunmal-

Ortaklık Yapısındaki Değişiklikler, On İki Levha, İstanbul 2022, s. 18-19.

¹¹ Hamamcıoğlu/Karamanlıoğlu, s. 1312-1313; Özenli, s. 40-41. İsviçre hukukunda söz konusu esnek yapıya, bir anlamda adî ortaklığı düzenleyen kuralların belirsizliğine dikkat çekilmiştir. Özellikle iki taraflı sözleşmeler ile arasında kesin bir sınır olmadığı vurgulanarak iki taraflı sözleşmelere ilişkin kuralların adî ortaklık sözleşmelerine uygulanabileceği ancak bu durumun adî ortaklık sözleşmelerinin uygulanabilirliğine zarar vereceği belirtilmiştir. Ancak unutulmaması gereken husus, adî ortaklık sözleşmesinin taraflarının sadece ortak amaca yönelmesinin yetmeyeceği aynı zamanda bu amacı takip ederek yükümlülüklerini yerine getirmek zorunda olduğudur. Aksi takdirde ortada bir adî ortaklık sözleşmesinin varlığından bahsedilmeyecektir. Bkz. Handschin Lukas, “Keine Angst vor der einfachen Gesellschaft”, *SJZ* 109 (2013), Nr.21, s. 487-488.

¹² Barlas, s. 52, Pulaşlı, s. 97.

rı mümkün olacaktır. Yine tüzel kişiliği bulunmadığından üstlenilen borç ve taahhütlerden adı ortaklık sorumlu olmayacak, ortaklıktan doğan ilişkiler sebebiyle üstlenilen borç ve taahhütlerden birinci derecede ortaklar sorumlu olacaktır. Bu sorumluluk esasında ortaklıkla iş yapan üçüncü kişilerin (alacaklıların) korunmasına hizmet eder, böylelikle alacaklılar alacaklarını daha kolay elde edebileceklerdir. Bu sistemin diğer bir sonucu, ortaklar arasında şahsi ve sıkı ilişkilerin doğmasına sebebiyet vermesidir.¹³

II. SÖZLEŞMENİN ŞEKLİ

Adî ortaklık sözleşmesinin geçerliliği herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Adî ortaklığın meydana gelmesi ortaklar tarafından adî ortaklık sözleşmesinin kurulmuş olmasına bağlıdır. Adî ortaklığın kurulmasına yönelik irade açıklaması kural olarak açık olabileceği gibi, örtülü de olabilecektir. Öte yandan iradeyi gösteren bir davranışla da kurulması mümkündür (TBK m.1/II).¹⁴ Hatta bazen tarafların farkında olmadan bile adî ortaklık sözleşmesini kurabileceklerinden bahsedilmektedir.¹⁵ Sonuç olarak adî ortaklık sözleşmesi şekil serbestisini esas alan, emredici olmayan, kişisel öğeleri içeren, tarafsız, tüzel kişiliği bulunmaması dolayısıyla el birliği ortaklığı veya müşterek mülkiyet ve doğrudan ya da dolaylı mülkiyet ilkeleriyle biçimlenmiş kurallara yer vermiştir. Bu sebeple adî ortaklığın üç beş koyun üzerindeki ortaklıktan inşaat başta olmak üzere çeşitli alanlarda faaliyet gösteren *joint-ventur*lara (iş ortaklığı),¹⁶ kredi sendikasyonları ile her

¹³ Kendigelen /Kırca, s. 52-53, Hatemi Hüseyin/Serozan Rona/ Arpacı Abdülkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 1992, s.586; Karahan/ Akın, s. 62-63.; Sıtkı Anlam Altay, Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Sermaye Katılgı Ortak Girişimler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 146-147; Handschin/Vonzun, s. 14-15;

¹⁴ Bkz. Pulaşlı, s. 25 vd.; Kendigelen/Kırca, s. 63 vd.

¹⁵ Eren, s.836; MüKoBGB/ § 705 Rn.32, Schütz, s. 13. "Nihayet adı ortaklık tarafları ortaklık kurmak niyetine sahip bulunmasalar bile iradeleriyle meydana gelen sözleşmesel ilişki sebebiyle kendiliğinden oluşan tesadüfi bir ortaklıktır". Bkz. (Porroy/Tekinalp (Çamoğlu), s. 44. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu yönde kararları mevcuttur (BGer 19.12.2007, 4 A.383/2007, E.3.1; BGer 04.04.2007, 4C.421/2006, E.7.2; BGer 03.12.2001, 4C.198/2001, E.4.a; BGE 116 II 707,710 E.2a; BGE 108 II 204,208, E.4, Schütz, s.4).

¹⁶ Joint Venture hukukî yapısı itibarıyla; temel sözleşme, ortaklık sözleşmesi ve satelt sözleşmelerden oluşan bileşik bir sözleşmedir. Hukukî niteliğinin belirlenmesinin içerisindeki her bir sözleşmenin niteliğine bağlı olduğu belirtilmektedir. Doktrinde temel sözleşmenin içeriğinde hem adı ortaklık sözleşmesi hem de iki taraflı sözleşmeye özgü kuralların ve unsurların yer aldığı ancak adı ortaklık sözleşmesine iliş-

alandaki kurulan konsorsiyumlara, kartellere, oy sözleşmelerine ve çift ortaklığa kadar uygulanan bir ortaklık olduğunu, yani adî ortaklığın tüm ihtiyaçlara cevap veren çeşitli amaçlara yönelmiş organizasyonlar için seçilen temel bir ortaklık tipi olduğunu belirtmek mümkündür.¹⁷

Adî ortaklık sözleşmesinin geçerliliği herhangi bir şekil şartına bağlı olmamasının sonucu tarafların bu sözleşmeyi dilerse yazılı, dilerse sözlü olarak yapabilecekleri gibi zımnî irade açıklaması veya iradeyi ortaya koyan davranış şekliyle de yapabilmeleri olacaktır. Adî ortaklığın konusu kanunen şekil şartına bağlı işlemler yapmak olsa dahi adî ortaklık sözleşmesi şekil şartına tâbi olmaksızın akdedilebilecektir. Öte yandan adî ortaklık sözleşmesi kural olarak şekil şartına bağlı olmamakla birlikte ortakların adî şirket sözleşmesinin geçerliliğini şekle bağlamaları (TBK m.17), yani taraflarca iradi şekil şartı kararlaştırılmış olması veya adî ortaklığa katılım payı olarak devri ya da kullanım hakkı şekil şartına bağlı olan bir hakkın getirilmesi durumunda¹⁸ sözleşmenin yazılı şekilde yapılması gerekecektir.¹⁹

Burada değinilmesi gereken bir husus; tarafların şekle bağlı olarak yapılmasını zorunlu kılan durumlarda, özellikle iradi şekil şartı kararlaştırdıkları, yani adî ortaklık sözleşmesinin kararlaştırılan şekle göre akdedilmesi gerektiği ve fakat buna uyulmadığı durumlarda nasıl bir yol izlenmesi gerektiğidir.

kin unsurların daha ağır bastığı ve bu sebeple temel sözleşmenin hukukî niteliğinin adî ortaklık sözleşmesi olduğu sonucuna varılmıştır. Bkz. İbrahim Kaplan, İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı-Joint Venture-, Yetkin Yayınları, 3.Baskı, Ankara 2013, s. 26 vd. İsviçre hukukunda da Joint Venture sözleşmelerinin yasal bir tanımı olmadığı belirtilmekle birlikte çoğunluk görüşü temel sözleşmenin adî ortaklık sözleşmesi olduğu yönündedir. Bkz.Stefan Knobloch, "Joint Ventures: Vertrags- und gesellschaftrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten", *GesKR 2013*, S. 551, s.552.

¹⁷ Poroy/Tekinalp (Çamoğlu), s. 45; Kurşat, s.302. Özellikle adî ortaklıkların esnek yapısı dolayısıyla ortakların kişisel etkilerinin yoğun etkisi altında bulunan sermayeye katılmalı ortak girişimlere elverişli olduğu düşünülebilecektir. Ancak bu esnek yapının dezavantajlarının da olabileceği yönünde bkz. Altay, s. 147 vd.

¹⁸ Örneğin; taşınmaz mülkiyetinin, alacak hakkının, motorlu aracın, sınai mülkiyet hakkının mülkiyetinin veya kullanım hakkının, fikir ve sanat eseri üzerindeki malî hakkın veya malî hakkı kullanma yetkisinin, ticari işletmenin katılım payı olarak getirilmesi, markanın patentini, endüstriyel tasarımın devri konuluyorsa

¹⁹ Kırca /Kendigelen, s. 63, Barlas, s. 75; Poroy/Tekinalp (Çamoğlu), s. 52; Pulaşlı s. 27. Doktrinde adî ortaklığa tapuya kayıtlı bir taşınmaz veya devri kanunen özel şekil şartına bağlanmış bir hakkın sermaye olarak getirilmesi durumunda sözleşmenin sadece sermaye maddesine ilişkin kısmının kanunen öngörülen şekle uygun olarak yapılmasının yeterli olduğu belirtilmiştir (Hamamcıoğlu/Karmanlıoğlu, s. 1319 vd.).

Belirtmek gerekir ki; sözleşme taraflarının karşılıklı olarak kararlaştırdıkları geçerlilik şekli niteliği taşıyan iradi şekil şartlarına aykırılığın sonuçlarının²⁰ hangi kapsamda uygulanacağı özellikle tarafların iradi bir şekil şartı kararlaştırmış olmalarına karşılık herhangi bir çekince ileri sürmeksizin -kararlaştırdıkları iradi şekil şartına göre değil- borçlarını ifa ettiklerinde iradi şekle ilişkin düzenlemeyi sonradan karşılıklı rıza ile değiştirdikleri kabul edilmektedir.²¹ Doktrinde adı ortaklık sözleşmelerine ilişkin olarak Yargıtay 13.HD., 26.05.1986 tarihli, 1986/1596 E., 1986/3120 K. sayılı kararında yer alan “*Davalı savunmasında, İran’a yapılacak 10.000 tonluk kraft kağıdı ve kereste ihracatı konusunda taraflar arasında adı ortaklık kurulduğunu, ortaklık sözleşmesinin gereği olarak davacı şirketin temsilcileri tarafından, İran’a ihraç edilen 3000 ton kraft kağıdı nedeniyle davacı şirket adına açılan akreditif ile ilgili gayrikabili rücu ödeme talimatı verildiğini, anlaşmaya müsteniden verilen ödeme emrinin geçerli ve haklı olduğunu açıklamış ve 1.06.1983 günlü adi ortaklık sözleşmesini dosyaya ibraz etmiştir. Her ne kadar bu sözleşmede yalnız davacı G... A.Ş. yetkililerinin imzası ve şirket kaşesi varsa da davacı temsilcilerinin imzasını taşıyan bu belge davalı şirkete verildiğine ve onun tarafından mahkemeye ibraz edildiğine göre belgede davalının imzasının olmaması sözleşmenin bağlayıcılığı yönünden eksiklik olarak kabul edilemez. Sözleşme altındaki imzaların davacı şirket temsilcilerine ait olduğu kabul edilmektedir. O halde davacı şirket bu sözleşme ile bağlıdır.Kaldı ki ortaklık sözleşmesinin davalı şirketin kuruluş safhasında yapıldığı kabul edilse bile, şirketin kuruluşu tamamlandığına ve davalı şirket kendi adına yapılan muameleyi benimsediğine göre, bu yön ortaklık sözleşmesinin geçerliliğini etkiler nitelikte değildir....”* şeklindeki imzanın bulunmamasının adı ortaklık sözleşmesinin bağlayıcılığını etkilemeyeceği sonucuna varan kararına istinaden -her ne kadar yerindeliği tartışmaya açık olsa da- Borçlar hukuku doktrininde kabul edilen sözleşmenin taraflarca iradi şekle tâbi

²⁰ Türk doktrininde hâkim görüş ve Yargıtay şekle aykırılığın yaptırımının kesin hükümsüzlük olduğu yönündedir. Bu hükümsüzlük zamanın geçmesi ile veya icâzet ile ortadan kalkmaz, herkes tarafından ileri sürülebilir ve hâkim tarafından re’sen dikkate alınır. Diğer taraftan anılan görüş uyarınca da şekil eksikliği sebebiyle hükümsüzlüğü ileri sürme hakkı kötüye kullanılıyorsa Kanun bunu himaye etmeyecek (TMK m. 2/II) ve sözleşme geçerli imiş gibi sonuç doğuracaktır. Bkz. M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 17.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s. 160 vd. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 102 vd. Ayrıca bkz. Hamamcıoğlu/Karamanlioğlu, s.1323 vd.

²¹ Doktrinde taraflardan biri veya her ikisinin kararlaştırılan şekil şartı yerine getirilmeden ifada bulunursa şeklin geçerlilik şartı olmadığını ortaya çıktığını belirtmiştir. Bkz. Eren, s. 284; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 136.

tutulması halinde daha sonra zımnen dahi şekil şartının değiştirilebileceği yönündeki görüşle bağdaştırılmasının mümkün olabileceği belirtilmiştir.²² Bu bağlamda biz de geçerlilik şekline uygun olmayan bir sözleşmeden doğan borçlar ifa edildikten sonra geçersizlik iddiasında bulunulması ya da bir tarafın şekle uyulmamasını sağladıktan sonra geçersizliği ileri sürmesinin Türk Medenî Kanun m. 2 anlamında hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilebileceği²³yönündeki kabulü temel alarak özellikle adî ortaklık sözleşmeleri bakımından uygulanması gerektiği düşüncesindeyiz. Burada önemli husus; borçların ifa edilmiş olmasının sözleşmeyi geçerli hale getirmeyeceği ancak somut olayın şartlarına göre Türk Medenî Kanunu m. 2'ye göre sözleşmedeki geçersizliğin ileri sürülemeyeceğidir. O halde hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı her somut olayın özelliklerine göre araştırılmalıdır. Örneğin; bir adî ortaklık sözleşmesinde sözleşmenin taraflarından biri o sözleşmenin ifa olunacağı konusunda o güne kadarki davranışlarıyla karşı tarafa tam bir güvence vererek karşı taraf da sözleşmenin yerine getirileceği inancıyla üstüne düşen edimleri yerine getirmişse artık sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanımı olarak nitelendirilebilecektir.²⁴ Nitekim Alman hukukunda adî ortaklık sözleşmeleri bakımından bazı durumlarda o sözleşme özellikle dış ilişkide uygulanmaya başlamışsa belirli bir bölümün geçersiz addedilebileceği ve şekle ilişkin geçersizliğin tüm sözleşmeyi geçersiz kılmaması gerektiği belirtilmiştir. Bu durum "eksik şirket" (*fehlerhafte Gesellschaft*) kavramı ile ifade edilmektedir.²⁵ Ancak burada geçersizliğin türüne göre hareket edilmelidir. Şayet bu geçersizlik somut olayda sözleşmenin kurucu unsurlarını sakatlıyorsa dolayısıyla yokluk yaptırımını olarak değerlendirilebilecek bir durum varsa artık "adî ortaklık sözleşmesinin eksikliğinden" (*Gesellschaftsvertrag fehlerhaft*) söz edilmelidir.²⁶ İsviçre hukukunda da genel kabul, sözleşmede yer alan geçersizliğin türüne göre hareket edilmesi gerektiği, ancak dış ilişkilerde mümkün olduğunca geriye etkili (*ex tunc*) hükümsüzlüğün uygulanmaması yönündedir. Geçersizlik giderilemiyorsa ileriye etkili bir şekilde (*ex nunc*) İsviçre Borçlar Kanunu m.548 uyarınca tasfiye hükümlerinin uygulanması gerektiği belirtilmiş

²² Hamamcıoğlu/Karamanlıoğlu, s. 1326-1327.

²³ Bkz. yuk dipn.20.

²⁴ Şener, s. 36-37, Hamamcıoğlu/Karamanlıoğlu, s. 1327.

²⁵ MüKoBGB/§ 705 Rn.32.

²⁶ MüKoBGB/ § 705 Rn.32. Ayrıca bkz. Barlas, s. 70 vd.

ve ayrıca Kanun'da adî ortaklığa ilişkin hüküm bulunmayan hâllerde niteliğine uygun düştüğü ölçüde sözleşmeler hukuku kurallarının uygulanması gerektiği vurgulanmıştır.²⁷

III. ADÎ ORTAKLIK SÖZLEŞMESİNİN İSPAT ŞEKLİ

Adî ortaklık sözleşmesinin kurulmasının kural olarak şekil şartına bağlı olmaması ve tüzel kişiliğinin bulunmamasının sonucu olarak el birliği mülkiyet kurallarının (aksi kararlaştırılmadıkça) uygulanması, aynı zamanda müteselsil sorumluluk rejimi ile bu çerçevede ortaklar arasında oluşan sıkı kişisel veya ticari ilişkilerin daha sonra bozulması durumunda açılacak davalarda ispat sorunu bakımından karşımıza çıkmaktadır.

Açılabilecek davalar bakımından bir değerlendirilme yaptığımızda ilk olarak; ortaklar arasındaki ilişkilerde adî ortaklığın mevcut olup olmadığına ilişkin bir tespit davası açılabileceği akla gelmektedir. O halde burada ortağın (ortakların) diğer ortağa (ortaklara) açacağı bir dava söz konusu olacaktır. Yine üçüncü kişilerin taraflar arasında adî ortaklığın mevcut olup olmadığının belirlenmesi amacıyla bir tespit davası açması mümkündür. Ancak bu noktada ortakların iç ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, örneğin; kâr payının ödenmesi veya sermaye borcunun ifası gibi açılan eda davalarında adî ortaklığın mevcut olup olmadığı uyuşmazlık konusu olduğunda sadece adî ortaklığın tespiti için dava açılmasında hukukî yararın olmadığı belirtilebilir.²⁸Buna karşılık bazı durumlarda sadece ortağın adî ortak-

²⁷ Schütz, s. 4-5.

²⁸ Kanunla belirtilen durumlar dışında eda davaları ve inşai davalardan farklı olarak tespit davası açan davacının dava açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararının olduğunu açıkça ortaya koyması gerekir. Eda davaları için varlığı kural olarak kabul edilen hukukî menfaat şartının varlığı tespit davalarında davacı tarafından ortaya konulmalıdır. Bu sebeple diğer davalarda aranan hukukî yarar yanında tespit davası açan davacının kendisi için söz konusu olan tehlike veya tereddütlü durumun ortaya çıkaracağı zararın ancak tespit davası ile giderilebileceğini ispat etmesi gerekir. Bkz. Hakan Pekcanitez, Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku, 15.Bası, On İki Levha, İstanbul 2017, s. 976 vd.; Tanrıver Süha, Medenî Usul Hukuku, Cilt I, Ankara 2021; Baki Kuru/Burak Aydın, Medenî Usul Hukuku El Kitabı, Cilt I, 2.Baskı, Yetkin Yayınları Ankara 2021, s. 404; Hakan Pekcanitez /Oğuz Atalay Muhammet Özekes, Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 10.Bası, On İki Levha, İstanbul 2022, s. 220; Ramazan Arslan /Ejder Yılmaz/ Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanaağası, Medenî Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 8.Baskı, Ankara 2022, s. 317-318; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan,

lıkta ortak olup olmadığının veya adî ortaklığın mevcut olduğu tespit edilerek ortaklık paylarının belirlenmesi yeterli olabilecektir.²⁹Bu durumda örneğin kazançların paylaşılması bu tespite göre yapılabilecek ve eda davası açılmasına ihtiyaç kalmayabilecektir. Bazı durumlarda da-örneğin; alacaklının adî ortaklık ilişkisinin varlığını tespit ettirdikten sonra borçlu ortağın kâr payını ve tasfiye payının haczini sağlamak amacıyla³⁰ -üçüncü kişinin adî ortaklık ilişkisinin mevcut olup

Medenî Usul Hukuku, 5.Baskı Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s.329; Ali Cem Budak /Varol Karaaslan, Medenî Usul Hukuku, 6.Bası, İstanbul 2022; s. 153-154; H. Yavuz Alangoya /M. Kâmil Yıldırım/Nevhis Deren- Yıldırım, Medenî Usul Hukuku Esasları, 8.Baskı,Beta Yayınları, İstanbul 2011, s.203-204; L.Şanal Görgün/ Levent Börü/Mehmet Kodakoğlu, Medenî Usul Hukuku,11.Baskı Yetkin Yayınları, Ankara 2022 s. 229-230. Ayrıntılı bilgi için bkz. Baki Kuru/ Ali Cem Budak, Tespit Davaları, 2.Baskı, On İki Levha, İstanbul 2010, s. 87 vd.

- ²⁹ Böyle bir durumda adî ortaklığın tespitine ilişkin dava açılmasında hukukî yararın bulunmayacağı belirtilebilse de tespit davasının koşullarının oluştuğu ve eda davasının açılmasına olanak bulunmadığında özel bir durum olarak tespit davasının açılması olanaklı kılınabilecektir (Özenli, s. 144). Nitekim bir hukukî ilişki hakkında henüz şartları oluşmadığından eda davası açılmıyorsa bu hukukî ilişki hakkında tespit davası açılabilir. Tespit davası sonunda belirlenen haklar taraflarca yerine getirilmezse, bu durumda tespit edilen hukukî ilişkiden kaynaklanan hakkın ifası için daha sonra bir eda davası açılabilir. Bu yönüyle tespit davası, eda davasının açılmadığı durumlarda eda davasının öncüsü niteliğinde olacaktır (Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s.979; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/ Muhammet Özekes, Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, On İki Levha, İstanbul 2022, s. 220). Doktrinde Postacıoğlu bu hususu 07.07.1965 tarihli (RG: 21.07.1965) İçtihatı Birleştirme Kararı'nda yer alan, "Tespit davası eda davasının öncüsü durumundadır. Henüz şartları tamam olmadığı için açılmayan eda davası için ilerideki hukukî ilişkisinin belli edilmesi bakımından kesin delil olarak kullanılmak üzere tespit davası açılabilir. Tespit davası ileride açılacak ve fakat henüz şartları bulunmadığından açılmayan kira alacağı davasını hazırlamak amacıyla güder" şeklindeki kısma atıf yaparak belirtmiştir. Ana fikrin; tespit davasının hukukî menfaat bulunması hâlinde dinlenecek olduğunu ancak tâli bir prensibin de "eda davasının açılmasına imkân olmayan hâllerde, eğer tespit davası açılmasında hukukî menfaat tahakkuk etmişse, bu menfaat dermeyan ve ispat edilmek kaydıyla dinlenir" olduğuna işaret etmiştir. Bkz. İlhan E. Postacıoğlu, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 1911 sayılı Kanun'a Göre Yazılmış 6.Bası, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1975, s. 256-257. Yine bazı özel durumlarda eda davası açma imkânının varlığına rağmen tespit davasına cevaz verildiği yönünde bkz. Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, 7. Baskı, İstanbul 2000, s. 333. Ayrıca bkz. Kuru/Budak, s. 145 vd.
- ³⁰ "Adî ortaklıklarda, ortakların borçlarından dolayı takip yapılması halinde, ortağın kâr payına veya tasfiye payına haciz konulması mümkün olup alacaklı tüzel kişiliği bulunmayan ortaklığa ait bir mal veya alacak üzerine haciz koyduramaz" şeklindeki Yargıtay özel daire kararına yerel mahkeme tarafından direnilmiş, bunun üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, adî ortaklık sözleşmesini ve ilgili yasal düzenlemeleri değerlendirerek somut olayda adî ortaklığın ticari faaliyette bulunarak mal tedarik ettiği ve sağladığı mallara karşılık temsilcisi aracılığıyla ortaklık adına çek keşide ettiğinin görüldüğü, bu borcun ortakların şahsi borcu

olmadığına ilişkin tespit davası açmasında hukukî yararı olabileceği düşünülebilir.³¹

Yeri gelmişken belirtmek isteriz ki; Türk hukukunda adî ortaklığın tüzel kişiliğinin bulunmadığından ortaklar ortaklık malvarlığında bağımsız tasarruf edemeyeceğinden, ortaklar ile üçüncü kişiler arasındaki hukuki işlemlerin tarafının ortaklık değil, ortakların tümü olduğu, bu sebeple hukukî işleme ya tüm ortakların bizzat katılması veya temsile ilişkin hükümlerin³² uygulanması gerektiği unutulmamalıdır.³³ Zira tüzel kişiliği bulunmayan topluluklar hak ehliyetine ve dolayısıyla taraf ehliyetine sahip değildir.³⁴ Adî ortaklık adına veya aleyhine dava açılır-

olmayıp adî ortaklığın borcu olduğunu belirtilmiştir. Sonuç itibarıyla; adî ortaklığın borcu nedeniyle ortakların müteselsilen sorumlu oldukları ve ortaklığın malvarlığı elbirliği ile idare edildiğine göre, birlikte sorumluluk gereği adî ortaklığın borcu nedeniyle adî ortaklığa ait mal veya alacağa haciz konulabileceği ve ortaklığın malvarlığından tahsilat yapılabileceği yönünde karar vermiştir. Ayrıca anılan kararda yapılan görüşmeler sırasında aksi görüşün savunulduğu ve fakat çoğunluk tarafından kabul edilmediğine işaret edilmiş ve ayrıca karşı oy gerekçeleri yayımlanmıştır. (Yarg. HGK, T. 26.03.2019, E. 2017/12-763, K. 2019/344, İçtihat Bülteni).

³¹ Bir hukukî ilişkinin bahsettiği talep hakkı sebebiyle eda davası açılması mümkün olan hâllerde o talep hakkına dayanak teşkil eden hukukî ilişkinin (mülkiyet, kira, şirket ilişkisi) tespitinde ayrı bir menfaat varsa bu hukukî ilişkinin tespiti için tespit davası açılması mümkündür (Kuru/Budak, s. 151-152). Bkz. Şener, s. 138 ve orada anılan Yargıtay 4.HD, 15.04.1988 tarihli, E. 1966/3234, K.1966/4508 sayılı kararı, Peksöz, s. 183-184; Üstündağ, s.332. Ayrıca bkz. Abdurrahim Karslı, Medeni Muhakeme Hukuku, 5.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s. 319, dipn, 577.

³² Dava açmak işlemi temsil yetkisi dışında ortaklığın olağanüstü yönetim işleri kapsamındadır. Bu nedenle yöneticinin bir davada taraf olabilmesi bütün ortakların oy birliği ile karar vermiş olmalarına bağlıdır. Zira yönetici ortağın temsil yetkisi normal bir temsil yetkisi olup, özel yetki verilmesi gereken durumlar bunun dışındadır. Oysaki dava açmak fevkalâde işlerden olup, bu sebeple özel yetkiyi gerektirdiğinden, kendisine yönetim görevi verilen ortağın diğer ortakları temsil eden dava açamayacak ve ona karşı dava açılmayacaktır. Bkz. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 1, 2001, s. 966. Ayrıca bkz. Özenli, s. 155.

³³ Bkz. Derdiman, s.12. Türk Borçlar Kanunu m.638/1'e göre ortaklar kural olarak ortaklık malvarlığındaki değerler üzerinde elbirliği ile hak sahibi olurlar. Fakat bunun yerine paylı mülkiyet hak sahipliği esasının geçerli olacağını kararlaştırabilir. Ortaklık tarafından bir ticari işletme işletilmekte ise (tartışmalı olmakla birlikte hâkim görüş bu yöndedir) tacir sıfatı, ortaklığa değil-idareci ortak olup olmadığına bakılmaksızın- tüm ortaklara aittir. Adî ortaklığın ticaret siciline tescil edilmesi ve ortaklığın başka bir ortaklığa dönüşmesi de mümkün değildir (Peksöz, s.15, s. 43).

³⁴ Yargıtay 15.Hukuk Dairesi, 16.02.2021 tarihli, E. 2021/1389/K. 2021/275 sayılı kararının bir bölümünde, adî ortaklığın konkordatoda oy hakkı bulunup bulunmadığı incelenmiştir. Buna göre adî ortaklığın tüzel kişiliği olmamakla birlikte adî ortaklığa ait ayrı bir vergi numarasının alınabildiğini, vergi mükellefiyeti tesis ettirebildiğini, adî ortaklık adına ayrı bir yapı ve muhasebe kaydı oluşturularak Türk Borçlar Kanunu m.631'de belirtildiği üzere ticari defter ve kayıt tutuldu-

sa şekli taraf kavramının kabulünün sonucu olarak³⁵ dava dilekçesinde davacı veya davalı olarak gösterilen adî ortaklık davada taraf konumunu elde etse de, adî ortaklığın taraf ehliyeti bulunmadığından davaya bu şekilde devam edilemeyecek ve adî ortaklığın yerine geçirilmezse dava usulden reddedilecektir. Buna karşılık adî ortaklığa giren malvarlığı unsuru ile ilgili dava ortaklar adına veya aleyhine açılmakla birlikte ortaklarda eksiklik mevcutsa bu eksiklik kanunî taraf değişikliği kapsamında giderilebilecektir. Bu durumda adî ortaklığın ortaklarının dava takip yetkisi eksik olacaktır. Adî ortaklığa giren mallar üzerinde ortaklar elbirliği ile malik olduğundan söz konusu malvarlığı unsurları üzerinde birlikte tasarruf yetkisine (TMK m. 702/II), dolayısıyla birlikte dava takip yetkisine sahiptirler. Dava takip yetkisi bir dava şartı olduğundan ortaklarda eksiklik bulunması durumunda bu eksiklik hâkim tarafından re'sen dikkate alınacaktır. Dava arkadaşlığındaki bu eksikliğin giderilmesi için hâkim tarafından süre verilmeli, verilen süre içerisinde eksik olan dava arkadaşları davaya dahil edilmezse dava, dava takip yetkisi eksikliğinden reddedilmelidir.³⁶

ğunu, bu sebeple adî ortaklığın adî ortaklığı oluşturan ortaklardan ayrı malî bir bünyeye sahip olacağı kabulünün gerekeceği belirtilmiştir. Daha sonra Bölge Adliye Mahkemesi tarafından konkordato talep eden şirketin ortağı olduğu adî ortaklığın oy hakkının bulunmadığının kabul edildiği, konkordato talebinde bulunan ortağın İcra İflâs Kanunu m.302 gereğince kendisinin oylamaya katılmasının mümkün olmadığı, ancak adî ortaklığın diğer ortak veya ortaklarının Türk Borçlar Kanunu m. 643 vd. uyarınca adî ortaklığın konkordato talep eden şirketten olan alacakları için oylamaya katılmasının konkordato hukuku açısından kabul edilebilir bir çözüm olduğu, aksi hâlde adî ortaklığın diğer ortaklarının konkordatoya tâbi olmadan alacaklarını tahsil etme yolunun açılacağını, bunun da konkordatonun amacına uygun olmadığını, bu durumda adî ortaklığı oluşturan diğer şirket yönünden adî ortaklık sözleşmesindeki paylaşım oranına, sözleşmede paylaşım oranı kararlaştırılmamış ise Türk Borçlar Kanunu m.623 uyarınca oylamaya katılması gerektiği yönünde karar vermiştir (İçtihat Bülteni).

³⁵ Bkz. Hülya Taş Korkmaz, Hukuk Davalarında Gerçek Tarafın Belirlenmesi, On İki Levha, İstanbul 2021, s. 16 vd. Şekli taraf kavramına göre, taraf hakkın gerçek sahibi olması aranmaksızın dava dilekçesinde gösterilen kişidir. Maddî hukuk yönünde hak sahibi olma veya yükümlü olma şekli taraf kavramı bakımından belirleyici olmaz (Necip Bilge/ Ergun Önen, Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978, s. 223; Hakan Pekcanitez, Medenî Usul hukukunda Fer'i Müdahale, Ankara 1992, s.27; Süha Tanrıver, Medenî Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı, Ankara 2007, s. 63-64 Hakan Pekcanitez/Nedim Meriç, Medenî Usul Hukukunda Fer'i Müdahale, 2. Bası, On İki Levha, İstanbul 2020, s. 34).

³⁶ Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl, s. 564; Buse Dişel, Dava Takip Yetkisi On İki Levha, İstanbul 2020, s.107-108.

Adî ortaklık çerçevesinde başlıca yapılanma şekli olarak dış ortaklık ve iç ortaklık ayrımının mevcut olduğu görülmektedir.³⁷Ortakların ortaklık olarak üçüncü kişilerle hukukî ilişkilere katılması, sözleşmelerin hem dış hem iç ilişkiyi içermesi ve onların üçüncü kişilere karşı temsil edilmesinin mümkün olması dış ortaklıkların olduğuna işarettir. Nitekim dış ortaklık kavramı adî ortaklığın esas düzenini oluşturur, adî ortaklık sözleşmeye göre hem iç hem de dış ilişkiyi içeriyor ve ortaklık üçüncü kişilerle olan işlemlerde bu sıfatla yer alarak dışa karşı temsil ediliyorsa bir dış ortaklık oluşturulmuştur. Bunun dışında iç ortaklıkta, işlem yapan ortak dışındaki ortaklar üçüncü kişilerle olan hukukî ilişkilere katılmaz. İç ortaklık, ortakların dışa karşı bir ortaklık ilişkisinin tarafı sıfatıyla, bir “kişi birliği” hâlinde ortaya çıkmadıkları, işlemlerin ortaklardan biri veya bir üçüncü kişi tarafından kendi adına ve fakat iç ilişkide tüm ortaklar hesabına sonuç doğuracak biçimde gerçekleştirildiği bir ortaklık olup “alt katılım ortaklığı” ve “gizli ortaklık” ilişkileri iç ortaklığın özel türleri durumundadır.³⁸Yargıtay’ın aşağıda incelemeye gayret edeceğimiz bazı kararlarında iç ortaklık türü olan gizli ortaklık kavramına yer verdiğini görmekteyiz.

A. Dış Ortaklık Bakımından

1. Hâkim Görüş: Kesin Delillerle İspat Kuralının Uygulanması

Özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından ispat, bir iddianın veya vakianın doğruluğu konusunda hâkimi ikna etmeye yönelik bir faaliyet olarak tanımlanabilir. Tarafların öne sürdükleri ispat araçları ise delil olarak adlandırılır.³⁹Bilindiği üzere ispatın konusunu⁴⁰ tarafla-

³⁷ Barlas, s.153; MüKoBGB/Schäfer § 705 Rn.4; Schütz, s. 4.

³⁸ Barlas, s. 141-142.

³⁹ Bkz. Bilge Umar/Ejder Yılmaz, İspat Yükü, Kazancı Matbaacılık Sanayi, Büyükçekmece 1980, s. 2, Bilge/Önen, s. 491; Postacıoğlu, s. 527; Halûk Konuralp, Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Önsöz Prof. Dr. Baki Kuru, Tıpkıbasım, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 9; Halûk Konuralp, Medenî Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı, Önsöz Prof. Dr. Baki Kuru, Tıpkıbasım, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 1-2; Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, 2001, s. 1966; Oğuz Atalay, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001, s. 5; Oğuz Atalay; Pekcanutez Usul Medenî Usul Hukuku, 15.Bası On İki Levha, İstanbul 2017.

⁴⁰ Bkz. Mehmet Kâmil Yıldırım, Medeni Usul Hukukunda Delillerin

rın üzerinde anlaşamadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturur ve bu vakıaların ispatı için delil gösterilir (HMK m.187/I). Sadece taraflarca ileri sürülen ve dayanılan vakıalar ispatın konusunu oluşturur. Hâkim kural olarak taraflarca ileri sürülmeyen vakıaları araştıramaz ve bunların taraflarca ispatını isteyemez. Delillerle ilgili olarak “kanunî delil sistemi” ve “serbest delil sistemi” olarak adlandırılan iki sistem kabul edilmektedir. Bunlardan ilki, bir yargılamada kullanılacak delillerin tek tek belirtildiği sistem olup, buna “katı (sıkı) delil sistemi” adı verilir. Bu sistem içerisinde Kanun’da belirtilenler dışında başkaca bir delilin kabul edilmesi mümkün değildir. Diğer sistem ise “serbest delil sistemi” olarak adlandırılan sistem olup, bu sistem içerisinde deliller konusunda bir sınırlama mevcut olmayıp, ispat aracı olabilecek her şey delil olarak kabul edilmiştir. Türk hukukunda geçerli olan sistem serbest delil sistemidir. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.192’de Kanun’da düzenlenmemiş diğer delillerin gösterilmesinin ve incelenmesinin mümkün olduğu düzenlenmiştir. Yani Hukuk Muhakemeler Kanunu’nda delillere ilişkin yapılan sayma tahdidî bir nitelik taşımamaktadır. Bunun dışında kabul edilen delil sistemine göre delillerin nasıl değerlendirileceğine göre de bir ayırım yapılması gerekir. Buna göre birinci sistem, “vicdani delil sistemi” veya “delillerin serbestçe değerlendirilmesi”, diğeri de hâkimin kesin delillerle bağılılığının söz konusu olduğu “kanunî delil sistemi” dir. Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun İsviçre’den iktibas edilmesinin ardından yürürlükten 2011 yılında kaldırılan ancak mevcut 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun temelini teşkil eden 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu da İsviçre Neuchâtel Kantonu’nun 1925 tarihli Medenî Usûl Kanunu’ndan alınmış olup, Neuchâtel Kantonu’ndan usûl hükümleri alınırken bu kantonda geçerli olan delil sistemi benimsenmemiş; Fransız Medenî Kanunu’ndaki kesin delille ispat zorunluluğu kabul edilmiştir. Bu şekilde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve bu Kanun’daki ispat rejimi temel esasları ile aynı şekilde kabul eden 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu hukukî işlemler bakımından kanunî delil sis-

Değerlendirilmesi, Kazancı Hukuk Yayınları No: 84, İstanbul 1990, s. 114 vd. Ayrıca bkz. M. Kâmil Yıldırım, “İsviçre Federal Usul Kanunu Taslağında İspat Hukuku ve Özellikle İspat Hakkı”, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Seçkin, Ankara 2006, s. 679 vd., Ahmet Başözen, Medenî Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 12 vd.

temini benimsenmiştir⁴¹. Ancak bu noktada vurgulamak gerekir ki; Türk hukukunda Kanun'da belirtilen istisnalar dışında, kural olarak hâkim delilleri serbestçe takdir eder (HMK m.198). Bu istisnalar ise, senet (HMK m. 200 vd.), yemin (HMK m. 225 vd.) ve kesin hükümdür (HMK m.303).⁴² Ancak Kanun'da kesin delillerle ispat zorunluluğunu yumuşatan düzenlemeler de yer almaktadır; bu kapsamda ilk olarak senetle ispat kuralının⁴³ istisnalarını belirtmek gerekir. Bunlar; delil başlangıcı (HMK m.202), delil sözleşmesi (HMK m.193) karşı tarafın tanık dinletilmesine açık muvafakati (HMK m.200/II) ve Kanun'un 203. maddesinde sayılmış istisnalardır. Dolayısıyla Türk hukukunda kesin delille ispat zorunluluğunun⁴⁴ mutlak bir uygulama alanının

⁴¹ Doktrinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.192 açısından yaklaşıldığında Kanun'da öngörülen delil sisteminin kanunî delil sistemi ile paralellik arz etmediğinin söylenebileceği ancak kanunun belirli bir delille ispatını emrettiği hususların, o delil dışında başka delil ile ispatının mümkün olmaması ve dolayısıyla kanunî delil sisteminin bu boyutu itibarıyla Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.189/III, m.200 ve 201'de yer alan kurallar çerçevesinde geçerlilik kazandığının söylenebileceği ifade edilmiştir (Tanrıver, s.883). Ayrıca Türk hukuku bakımından delil sistemine ilişkin hükümler dikkate alındığında hem kanunî (kesin) hem de serbest delil sistemi birlikte uygulandığından kanun koyucunun tercihinin karma sistem olduğunun söylenebilecektir (Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 491).

⁴² Bu sistemin bir gereği olarak hâkim, kanunen kesin delil olarak belirlenmiş bu delillerin gerçeği yansıtmayı yansıtmadığını serbestçe takdir edemeyecek, bu deliller geçerli olduğu sürece hâkim bu ispat araçlarının uyumsuzluğun temelindeki gerçeği temsil ettiğini kabul etmek durumunda kalacaktır (Atalay, Pekcanitez Usul, s.1734; Pınar Çiftçi, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları, Ankara 2018, s. 491).

⁴³ Bkz. İlhan Postacıoğlu, Şahadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1964, s. 24 vd.; Necmeddin B. Berkin, "Senetle İspat Mecburiyeti ve Kaidenin İstisnaları" *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1950, C.XVI, S.3-4, s. 801 vd.; Yavuz Alangoya, "Senede Karşı Senetle İspat Kuralı" ve "Hayatın Olağan Akışı" Kavramı", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Seçkin, Ankara 2004, s. 521 vd. Kâmil Yıldırım, "Senetle İspat Kuralının Türk Medeni Yargılama Hukuku'ndaki Önemi", İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, 9.Baskı, Beta, Derleyen: Prof. Dr. M. Kâmil Yıldırım, s. 114 vd. Murat Yavaş, Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2020, s. 136 vd.; Mustafa Göksu, "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Senetle İspat Kuralı ve Bunların İstisnaları", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*. 1(1)2011, s. 54 vd.

⁴⁴ Kesin delille (senetle) ispat zorunluluğunu kabul nedenlerini, söz konusu olan hakların koruma altına alınması uyumsuzluğun süratle çözümlenebilmesi, tanıkların yalan beyanlarına karşı tarafların korunmaları, mahkemelerin suistimallere alet edilmemeleri ve işlem güvenliğinin korunması olarak belirtilebilir. Postacıoğlu, Şahadet, s 26-27; Berkin, s. 803 vd. Doktrinde Berkin, senetle ispat kurallarının neden kabul edildiğini belirtirken, "... adliyiye tarafların elinde oyuncak olmaktan kurtarır" şeklinde bir ifade kullanmıştır. Bkz. Berkin, s. 804. Ayrıca bkz. Mine

bulunmadığı belirtilebilecektir.⁴⁵ Ayrıca hem senetle ispat kuralı hem de senede karşı senetle ispat zorunluluğunu öngören kuralların emredici bir nitelik taşımadığını kamu düzeninden olmadığını belirtmek gerekir.⁴⁶

Bu genel açıklamalarımızdan sonra inceleme konumuz bakımından hâkim görüşün⁴⁷adî ortaklık sözleşmesinin geçerlilik bakımın-

Erturgut, Medeni Usul Hukukunda Elektronik Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s. 177 vd. Nitekim Kanun 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun genel gerekçesinde, senetle ispat kurallarının konduğu ve sebeplerini belirterek senedin Türk hukuk yargılamasında hukukî işlemler bakımında temel delil olmaya devam edeceğini vurgulanmıştır. Bkz. Atalay, Pekcanitez Usul, s. 1610. Ayrıca bkz. Umar, s. 628. En güvenilir kesin delil senet olduğundan medenî usul hukukunda hukukî işlemlerin ispatında senede büyük önem verilmiştir (Erturgut, s.175). Diğer taraftan doktrinde senetle ispat kuralının terk edilmesinin uygulamayı büyük ölçüde basitleştirip, rahatlatacağı ifade edilmiştir. Bkz. Yıldırım, s. 210 vd. Senetle ispat kuralının en katı şekilcilik olduğu, oysaki modern hukuk sistemlerinde hâkimin delilleri serbestçe değerlendirdiği, getirilen delillerin ve ileri sürülen vakıaları ispatlamaya yetip yetmeyeceğine karar verdiği yönünde bkz. İbrahim Ermenek, "Medeni Usul Hukukunda Şekilcilik", *GÜHFD* 2000, S. 1-2, s. 169. Ayrıca bkz. Konuralp, s. 10-11.

⁴⁵ Bkz. Atalay, Pekcanitez Usul, s.1734; Sema Taşpınar, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları Ankara 2001, s. 38 vd.; Güray Erdönmez, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 87, S. 2013/5, s. 15 vd.; Yavaş, s. 87 vd.; Adnan Deynekli, Medeni Usul Hukukunda Senetlerin Üçüncü Kişilere Karşı İspat Şekli, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 47 vd.; Pınar Çiftçi, "Bir Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığında Özellikle Medenî Usul Hukuku Açısından Delil Sözleşmelerinin Geçerliliği Sorunu", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Dergisi*, Özel Sayı 2010, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan I, s. s. 137-138; Nur Bolayır, "Medenî Usul Hukukunda İspat Hakkı ve İspat Hakkının Sınırları", *Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Cilt 1*, Yetkin Yayınları Ankara 2014, s. 566 vd.; Nur Bolayır, Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014; s. 59 vd.; H. Özden Özkaya Ferendeci, "Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki Belge Terimi ve İspat Hukukundaki Yeri", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, s. 814 vd.; Barış Toraman, Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, s. 1514 vd.; Çiftçi, s. 84, s. 59 vd.; Serdar Kale/Salih Keser, Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sistemi, Medeni yargılama hukukunda delil sistemi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın'a Armağan, 2015, s. 704 -705.

⁴⁶ Tanrıver, s. 883-884, s. 941; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s 379; Yavaş, s. 454; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s.453, Genel eğilimin senetle ispat kuralının kamu düzeninden sayılmayacağı yönünde olduğuna ilişkin bkz. Yavaş, s. 120.

⁴⁷ Doktrinde Kuru, ispat sınırından fazla bir adî ortaklık sözleşmesinin senet (yazılı delil) ile ispat edilmesi gerektiğini, tanıkla ispatının mümkün olmadığını, adî ortaklığa konulan ispat sınırından fazla sermayenin ödenmiş olduğunun da

dan kural olarak herhangi bir şekil şartına tâbi olmamakla beraber yazılı şeklin adı ortaklık sözleşmesinde geçerlilik değil bir ispat aracı niteliğinde olduğudur. O halde adı ortaklık sözleşmesinin ispatı için Kanun'da yazılı şekil şartı öngörülmemiş olsa da ispatı Hukuk Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde genel kurallara tâbi olacaktır. Buna göre adı ortaklık sözleşmesinin mevcut olup olmadığı uyumsuzluk konusu olduğunda, örneğin; taraflardan birisinin katılım payının ifası talebiyle açtığı davada, karşı tarafın adı ortaklık sözleşmesi kurulmadığından dolayı katılım payı ödeme yükümlülüğü altında bulunmadığını iddia etmesi veya taraflardan birinin adı ortaklık sözleşmesinden dolayı diğer tarafın da borçlu (müteselsil borçluluk ilişkisi gereği) olduğunu iddia etmesi⁴⁸ gibi durumlarda iddia edilen vakiyaya bağlanan hukukî sonuçtan kendi lehine hak çıkararak (HMK m.190) taraf ispat yükü⁴⁹ altında olacaktır. Önemle belirtmek gerekir ki; genellik-

ancak senetle (kesin delil) ile ispat edilebileceğini belirtmiştir. Yine adı ortaklık sözleşmesinin yazılı olarak yapıldığı durumda senede karşı senetle ispat kuralı gereği buna karşı tanık dinlenemeyeceğini vurgulamıştır. (Kuru, C.II, s. 2229-2230; s. 2329-1223; aynı yönde bkz. Kuru/Aydın, s.700). Aynı yönde bkz. Kendigelen, s. 33; Poroy/Tekinlalp (Çamoğlu), s. 53Barlas, s. 78-79; Pulaşlı, s. 92-93; Şener, s.39 vd; Peksöz, s. 25; Özenli,s. 29-30. Doktrinde Deliduman bu yöndeki görüşünü, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.200/I uyarınca senetle ispatı zorunlu olan hukukî işlemleri belirtirken, ilgili hükümdeki miktardan fazla..."bir para borcu ödücü sözleşmesi, ariyet sözleşmesi, emanet (vedia) sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi adı şirket (ortaklık) sözleşmesi gibi paraya ilişkin borçlar hukuku sözleşmelerinin senetle ispatı gerekir, tanıkla ispatı mümkün değildir" şeklinde ifade etmiştir (Seyithan Deliduman, "Son Değişiklikler Çerçevesinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Borçlar Kanunu İlişkisi, *Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012/1, s. 17).Karahan /Akın "her ne kadar şekle tabi olmasa da uygulamada ispat maksadıyla adı şirket sözleşmelerinin yazılı yapıldığı görülmektedir" şeklinde bir tespit bulunmuştur (Karahan/Akın, s. 33). Bahtiyar, ispat kolaylığı sağlamak açısından yazılı şekilde bir ortaklık sözleşmesi yapılmasında daima yarar olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, 8.Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2014, s. 27. Aynı yönde bkz. Bilgili /Demirkapı, s. 24.

⁴⁸ Peksöz, s. 24; Ayar, s. 105-106.

⁴⁹ İspat yükü kavramı, Umar /Yılmaz tarafından şöyle tanımlanmıştır: "İspat yükü, belli bir olayın gerçekleşmiş olup olmadığının anlaşılabilmesi, yani olayın ispatı kalması, yüzünden yargıcın aleyhte bir kararıyla karşılaşma tehlikesidir" (Umar/Yılmaz, s.3, Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 3.Cilt, Madde 126-2934. Baskı, Ankara 2021, s.3562). Ayrıca bkz. Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 575 vd. ispat yükü kavramı belirsizlik hâlinde hâkimin aleyhte kararı ile karşılaşma tehlikesi olarak belirtilebilir (Atalay, s. 9). Ayrıca doktrinde ispat yüküne ilişkin "hukukun uygulanması durumuna özgü olmak üzere ve belirsizlik durumunda hâkimin nasıl bir karar vereceği (kararın kimin aleyhine olacağı) sorusunu yanıtlayan kurallar, objektif (maddî) ispat yükü veya tespit yükü adını alır" şeklinde bir tanım

le kendi lehine hak çıkararak taraf talepte bulunan davacı olabilirse de her davada ispat yükünün davacıda olduğu söylenemeyecektir, ispat yükü tarafların davadaki konumları ile ilgili değil; iddia ettikleri vakıalarla ilgili bir husustur, başka bir ifade ile vakıayı hangi tarafın ile-ri sürdüğü değil; o vakıadan hangi tarafın lehine hak çıkardığı tespit edilmelidir.⁵⁰ İşte bu durumda adî ortaklık sözleşmesinin varlığından kendi lehine hak çıkartan tarafın bu ilişkinin mevcut olduğunu kesin delillerle (senetle)⁵¹ ispat edilmesi gerekecektir.

Yargıtay'ın da meseleye yaklaşımının temelde bu yönde olduğu belirtilebilir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, HGK, 16.01.2020 tarihli, E. 2017/1019, K. 2020/25 sayılı kararında, adî ortaklık sözleşmesinin yazılı yapılmasının bir geçerlilik koşulu değil, ispat aracı olduğu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.200/II düzenlemesine dikkat çekilerek karşı tarafa ilgili hükmün birinci fıkrası hatırlatılarak açık muvafakati halinde tanık dinletilebileceği, ayrıca tarafların tamamının veya bazılarının ya da birinin ortaklığa katılma payı olarak bir taşınmaz mal veya motorlu taşıt aracı ya da fikri bir hak konuyorsa bu tür devir işlemlerinin Kanun'da öngörülen şekilde yapılmış olmasına bağlı bulunduğu vurgulanmıştır.⁵²

yapılmıştır (Taşpınar, s. 162). İspat yükü, belli bir olayın gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda vakıa iddiasında bulunan tarafa düşen usulî bir yüküdür (Pekcanitez/ Atalay/Özkes, s. 354). Türk Medeni Kanunu m.6 düzenlemesinde yer alan "yükümlüdür" kelimesinin ispatın bir "yük" olması karşısında isabetli olmadığı yönünde bkz. Atalay/Ermenek/Erdoğan, s. 481. Türk Medeni Kanunu m. 6 düzenlemesinin zimnen ilga edildiği sonucuna varmak gerektiğine ilişkin bkz. Tanrıver, s.863. Ayrıca bkz. Budak/Karaaslan, s.262-263; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s.311-312; Başözen, s. 87 vd.

⁵⁰ Bkz. Atalay, Pekcanitez Usul, s.1697; Pekcanitez/ Atalay/Özkes, s.354-355. Umar/ Yılmaz yalnızca ispatın zorluğunun ispat yükünü taşıyan tarafı bu yükten kurtarmayacağına ve bunun temel kural olduğunu vurgulamıştır. Bkz. Umar/ Yılmaz, s. 67 vd. Bu konuda bkz. Atalay, s. 121 vd. Ayrıca bkz. Çiftçi, s. 586 vd.

⁵¹ Doktrinde senetle ispat zorunluluğu yerine "kesin delille ispat zorunluluğu" denilmesinin daha doğru olduğu, zira senetle ispatı zorunlu olan bir hukukî işlemin başka kesin deliller ile de ispat edilebileceği ancak senet bu kesin deliller içerisinde en önemlisi olduğundan bunu "senetle ispat zorunluluğu" (HMK m.200 düzenlemesinin kenar başlığında olduğu gibi) olarak ifade edildiği ve fakat senetle ispat zorunluluğu hakkındaki açıklamaların diğer kesin deliller için de geçerli olduğuna dikkat çekilmiştir (Kuru/ Aydın, s. 694; Erturgut, s. 176-177.)

⁵² (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası). Ekleyelim ki; anılan kararda uyuşmazlık konusu sözleşmenin tarafları kardeş olduğundan senetle ispat kuralının istisnalarından olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.203 uygulama alanı bulmuştur. Ayrıca bkz. Yarg.13.HD, 16.3.1994, 1094/2519; 24.02.1999, 856/1766, 28.11.1986, 3892/5876 tarihli kararları ve Şener s. 39 vd. Söz konusu görüşler için bkz. Tolga

İsviçre Federal Mahkemesi 24.08.2017 tarihli, 5A_392/2017 tarihli⁵³, miras ortaklığının adı ortaklığa dönüşmesine ilişkin bir kararında⁵⁴ ispatlanması gereken hususun; taraflar arasındaki miras ortaklığının adı ortaklığa dönüşmesine ilişkin iradelerinin ve ortak amacın bu yönde oluşup oluşmadığı, şartlar ve dışa yansıyan davranış şeklinin taraflar arasında sözleşmenin akdedildiği yönünde kabul edilip edilmeyeceği olduğu belirtilerek bu hususta ispat yükünün davacıda olduğu vurgulanmıştır. Ancak davacının mirasın bölündüğüne ve dolayısıyla miras ortaklığının bir adı ortaklığa dönüştüğüne ilişkin sunduğu hesap açıldığına belge (zira maddi hukuka göre miras paylaşımı gerçekleşmeden önce bu şekilde bir bölünme de söz konusu olmayacaktır) ve ayrıca taraflar arasında akdedilmiş miras taksim sözleşmesinin de miras ortaklığının adı ortaklığa dönüşeceğine ilişkin açık irade beyanı yönünde yorumlanamayacağını, kaldı ki; banka hesap açılış tarihinin 14.01.2000 buna karşılık miras taksim sözleşmesi tarihinin 30.03.2001 olduğunu dolayısıyla banka hesap açılış tarihinin taksim sözleşmesinden önce olduğu ve bunun da miras ortaklığının adı ortaklığa dönüşmesi yönünde örtülü de olsa bir anlaşma olduğunu göstermeyeceğine karar vermiştir. İsviçre hukuku bakımından söz konusu karar miras ortaklığının adı ortaklığa dönüşmesinde bu hususun

Ayoğlu, "Adi Ortaklık İlişkileri Bakımından Senetle İspat Zorunluluğunun Uygulanabilirliği Hakkında Düşünceler", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.12, S.151-152, Mart-Nisan 2017, s. 32 vd.

⁵³ bger.ch.

⁵⁴ Anılan karar içeriği özetle şöyledir: Taraflar babalarının mirasçısı durumundadırlar ve miras ortaklığı oluşturmuşlardır. İsviçre hukukunda miras ortaklığı uzunca bir süre tasfiye edilmezse, yani miras paylaşımı yapılmazsa miras ortaklığının adı ortaklığa dönüşebileceği kabul edilmektedir. Ancak bunun şartı tarafların miras ortaklığının kaldırılması ve bu ilişkinin adı ortaklığa dönüştürülmesi yönünde açık iradelerinin oluşmasıdır. Mirasçılar tarafından bu konuda açık bir irade beyanı yoksa miras ortaklığının adı ortaklığa dönüşmesinde de yasal bir zorunluluk bulunmamaktadır. Mirasçılar arasında zaten bir hukuki ilişki söz konusu olduğundan, birlikte bir etki yaratma isteği veya bu konuda bir proje taraflar arasındaki ticari nitelikte bir ilişki kurulacağına göstergesi değildir. Miras paylaşımından daha kapsamlı bir amaç değişikliğine ilişkin iradenin tüm mirasçılar tarafından ortaya konulması gerekir. Başka bir deyişle; miras ortaklığının adı ortaklığa dönüştürme iradesinin objektif şartlarda şüpheye mahal vermeyecek bir şekilde somut olarak ortaya konması gerekir. Doktrinde yer alan bu görüşler doğrultusunda miras ortaklığının adı ortaklığa dönüşmesi hususunda açık veya zımni bir anlaşmanın bulunması gerektiği kabul edilmektedir. (Burada İsviçre Borçlar Kanunu m. 530/II düzenlemesinin bir istisnası olarak kabul edilmektedir).

ispat şeklinin nasıl olması gerektiğinin tespiti bakımından önemlidir. Zira her ne kadar karar içeriğinde açıkça zikredilmese ve genel olarak ispat şekline ilişkin bir belirleme yapılmassa da (çünkü karar içeriğinde açık veya örtülü irade beyanı ifadesi kullanılmıştır) kanaatimizce bu karardan miras ortaklığının adî ortaklığa dönüşmesine ilişkin bu yöndeki ortak amacı belirten yazılı bir sözleşmenin ortaya konulması gerekliliği sonucu ortaya çıkmaktadır.

2. Azınlık Görüşü: Her Türlü Delil ile İspatın Mümkün Olması

Öte yandan doktrinde ağırlıklı yaklaşımın ve yerleşik Yargıtay uygulamasının aksi yönünde, özetle; tüm adî ortaklık sözleşmelerinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.200/I kapsamında senetle ispat edilmesinin aramanın olayların büyük çoğunluğunda kanunda yer alan rakamsal sınır aşacağından günümüzün ekonomik koşulları göz önünde alındığında hemen her adî ortaklık sözleşmesinin ispat kaygısıyla yazılı şekle uygun olarak akdedilmesi gereğini kabul etmek demek olacağını, bu yaklaşımın ise Türk Borçlar Kanunu'nun benimsediği şekil serbestisinin pratikte devre dışı bırakılması, geçerlilik şekli niteliğinde olmayıp ispat şekli niteliğinde de olsa uygulamada tarafların yazılı şekle uyma zorunluluğu bırakılması anlamına geleceğini, oysaki tarafların şekil kaygısı olmaksızın bu sözleşmeyi akdetme imkânına sahip olmaları gerektiğini kanunen geçerlilik şekli olarak öngörülen şekil koşullarının toplumda yüksek bilinirlik oranına sahip olduğunu, buna karşılık ispat şekli olarak öngörülen şeklin hukukçular dışında toplumda bilinirlik düzeyinin çok az, neredeyse hiç olmadığını toplumumuzun hukukî destek alma alışkanlığının bulunmadığını, adî ortaklık sözleşmesine Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.200/I hükmünün uygulanmasını somut olay bazında adaletsiz sonuçlar yaratabileceğini, ispat şekli kavramının tek taraflı hukuki işlemler için söz konusu olan sözleşmelere yabancı bir kavram olduğunu, kanunen geçerlilik şekline tabi kılınmayan sözleşmelerin Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.200/I hükmünde öngörülen ispat şekline tâbi oldukları kabul edilecek olursa sözleşmenin kuruluş aşamasında irade beyanlarının örtülü de olabileceğini öngören Türk Borçlar Kanunu m.2/I düzenlemesinin önemini, anlamını ve uygulama alanını yitireceğini, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.200/I 'de kullanılan hukukî işlem teriminin salt iki taraflı ya da çok taraflı olmaları sebebiyle sözleşmeleri

de kapsayacağına doğru bir yaklaşım olmayabileceğini, kaldı ki; Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.200/I hükmünün getirdiği ispat şeklinin sözleşmeler bakımından uygulanması gerektiği kabul edilse dahi bu noktada adı ortaklık sözleşmesi ile diğer sözleşmeler arasında bir ayırım yapılması gerektiği, zira adı ortaklık sözleşmesinin akdedilmesi ile tarafların birbirlerine karşı klasik bir alacak hakkı iktisap etmeyi hedeflemedikleri, ortak amaç doğrultusunda işbirliği yapmayı birbirlerine taahhüt ettiklerinden klasik alacak haklarının ispatı bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.200/I'de öngörülen senetle ispat zorunluluğunun adı ortaklık sözleşmelerine uygulanmasının isabetli olmadığı yönünde görüş mevcuttur.⁵⁵

Bununla birlikte Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 09.10.2012 tarihli kararında,⁵⁶ adı ortaklık sözleşmesinin yazılı şekil şartına tabi tutulduğu yönünde herhangi bir düzenlemenin yer almadığı, sözleşmenin eylemli bir şekilde kurulup yürütüldüğü olgusunun maddi bir vakia olduğu ve her türlü delil ile kanıtlanmasının mümkün olduğuna karar vermiştir. Yine Yargıtay 3.Hukuk Dairesi, 14.10.2014, E. 2014/8725, K. 2014/13223 sayılı kararında, uyuşmazlığın adı ortaklık ilişkisinin kurulup kurulmadığı yönünde olduğu, dosya kapsamından tarafların ortak otobüs almak için sermayelerini birleştirdiklerinin anlaşıldığı, davacının ortak araç alımı için para gönderdiğini ve aracın davalı şirket adına kayıtlı olduğu beş yıllık dönemde kendisine hiç para gönderilmediğini belirterek hem aracın ortak alımı hem de ortak işletilmesi hususunda aralarında adı ortaklık olduğunu kabul ettiğini gerekçe göstererek taraflar arasında adı ortaklık sözleşmesinin varlığının bulunduğu karar vermiştir.⁵⁷ Anılan bu kararda da kesin delillerle ispat kuralına ilişkin bir değerlendirme yer almadığı görülmektedir.

Diğer taraftan her ne kadar Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 28.12.2022 tarih, E. 2021/981, K. 2022/1945 sayılı kararında⁵⁸ yine adı ortaklık sözleşmesinin kesin delillerle ispatlanması gerektiği ve bu meyanda davacıya yemin teklif hakkı kullandırılmaması sebebiyle adı ortaklık sözleşmesinin bulunduğu ispat edildiği yönündeki mahkeme kararı yerinde bulunmamışsa da anılan karara ilişkin hem Asliye Ticaret

⁵⁵ Ayoğlu, s. 39 vd.

⁵⁶ Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

⁵⁷ Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

⁵⁸ Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

Mahkemesi'nin direnme kararına hem de Hukuk Genel Kurulu kararına değinilmesinde fayda vardır. Asliye Ticaret Mahkemesi 24.02.2021 tarihli ve 2021/17 E., 2021/120 K. sayılı kararı ile; *adî ortaklık* sözleşmesinin diğer sözleşmelerden farklı olduğu, bu nedenle klasik alacak haklarının ispatı bakımından 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 200/1. maddesinde öngörülen senetle ispat zorunluluğunun *adî ortaklık* sözleşmelerinde uygulanamayacağı, davacı tarafın yalnızca tanık deliline dayanmadığı, diğer delillerle de ispat yükünü karşıladığı, davacının sunduğu dergi ve mecmualardaki ifade ve fotoğrafların delil başlangıcı olarak kabul edilmesi ve bu hâlde tanık beyanlarına itibar edilmesi gerektiği, bu doğrultuda davacının dinletmiş olduğu tanıklar ve yazılı deliller ile *adî ortaklık* ilişkisini ispatladığı gerekçesiyle direnme kararı vermiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, senetle ispat ve senede karşı senetle ispat kuralına değinmiş ve senede karşı senetle ispat kuralının bir istisnasının da delil sözleşmesi olduğu ve Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun 18.03.1959 tarihli ve E. 1958/18; K. 1959/21 sayılı kararı uyarınca senetle ispat kuralının yalan tanıklığı önleme ve davada tarafların çıkarlarını koruma amacına yönelik olduğundan değeri belirli bir miktarı aşan hukukî işlemlerin senetle ispatlanmasına ilişkin ilkelerin kamu düzeninden olmaması sebebiyle tarafların açık muvafakati ile dinlenebileceğine işaret etmiştir.⁵⁹Bu bağlamda da *"bir taraf senetle ispatı gereken bir hukukî işlemi tanık ile ispat etmek isterse, HMK'nın 200. maddesinde açıkça yazılı olduğu gibi, hâkim, tanıkla ispat edilmek istenen hukukî işlemin senetle ispat edilmesi gerektiğini, ancak muvafakat ederse tanık dinlenebileceğini karşı tarafa hatırlatmak zorundadır. Hâkimin yukarıdaki şekilde hatırlatması ve sorması üzerine karşı taraf tanık dinlenmesine muvafakat ettiğini açık bir şekilde mahkemeye bildirirse (aslında senetle ispatı gereken), o hukukî işlem tanık ile ispat edilebilir. Bu hâlde, aslında senetle ispatı gereken bir hususun tanıkla ispat edilebileceği hakkında, mahkeme önünde sözlü olarak bir delil sözleşmesi yapılmış olur. Aksi hâlde, diğer iki şart (karşı tarafın muvafakati ve bunun tutanağa geçirilerek karşı tarafa okunup imza ettirilmesi) tamam olsa bile, taraflar arasında tanık dinlenmesine ilişkin bir delil sözleşmesi yapılmış olmaz ve aslında*

⁵⁹ Doktrinde mahkemenin bu muvafakati tutanağa geçmesinden önce teknik olarak delil sözleşmesinin tamamlanmış olacağı, muvafakatin tutanağa geçilmesinin açıklayıcı mahiyette olacağı ve teknik olarak bu andan itibaren ihtilaflı vakianın tanıkla ispatının mümkün hâle geldiği belirtilmiştir (Yavas, s.407). Kanun'un lafzının tanık delilini saydığı ancak bundan her türlü takdiri delilin anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Özkaya-Ferendeci, s. 817, dipn.13.

senetle ispatı gereken o hukukî işlem hakkında tanık dinlenmez (Kuru, Baki: *Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt III, 2001 Baskı, s. 2924-2925; Kuru, Baki/ Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder: Medeni Usul Hukuku, ... 2014, 25. Baskı, s. 444*)". gerekçesi ile yerel mahkeme tarafından hem davacı hem davalının tanıklarının dinlenmiş olması ve bu hususta her iki tarafın itirazlarının olmamasının taraflar arasında delil sözleşmesi⁶⁰ oluşmuş sayılmayacağına, Hukuk Muhakemeleri m.200/II şartlarına uyulmadığına işaret etmiştir Bunun yanında senetle ispat kuralının istisnası olan delil başlangıcına değinmiş ve dosyaya sunulan çeşitli fotoğraflar, gazete manşetlerinin mahkeme tarafından delil başlangıcı olarak kabul edilmişse de bunların davalıdan sadır olmadığı, davalı tarafından verilen, gönderilen belgeler niteliğinde bulunmadıklarından⁶¹ dolayı delil başlangıcı olarak kabul edilemeyeceğini bu sebeple somut olayda tanık dinlenmesinin koşullarının oluşmadığını ve dolayısıyla dinlenen tanıklara itibar

⁶⁰ Bkz. Yılmaz, s. 3698. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.200/II çerçevesinde taraflar arasında delil sözleşmesi kurulup kurulmadığı doktrinde tartışmalı olup bu durumda tarafların irade beyanları birbirine uygun olsa da karşılıklılığın bulunmadığı, zira hem tanık dinletmeyi konu alan irade beyanının hem de tanık dinletme isteğine muvafakat verilmesini öngören beyanın muhatabının mahkeme olduğu, burada sözü edilen mahkemece tutanağa geçirilecek olan tanık dinletme isteğini konu alan beyan ile buna muvafakat edilmesini öngören beyanın hukukî niteliği itibarıyla tek yanlı salt birer usul işlemi konumunda olduğu ve muvafakat beyanının diğer beyana eklendiği anda kendisinden beklenen etkiyi yani senetle ispatı gereken hususun tanık beyanlarıyla ispat edilebilir hâle geldiği dolayısıyla burada usul sözleşmesi değil zincirleme bir usul işleminin varlığından söz edilebileceği belirtilmiştir (Tanrıver, s.888-889). Aynı yönde bkz. Atalay, Pekcanitez Usul, s.1745-1746. Yine doktrinde burada bir delil sözleşmesi bulunmadığı tanık dinletilmesine bir muvafakat beyanı olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Taşpınar, s.182, dipn.282. Aynı yönde bkz. Göksu, s. 55-56.

⁶¹ Doktrinde Konuralp, belgenin delil başlangıcı niteliği kazanabilmesi için maddi unsur açısından gerekli özellikleri taşımasının yetmeyeceğini, onun belirli bir kökenden, yani kendisine karşı ileri sürülen kişiden kaynaklanmış olması gerektiğini ve buna göre delil başlangıcı ile kendisine karşı ileri sürülen kişi arasında maddi bir bağ bulunması gerektiğinin altını çizmiştir. (HUMK zamanında) maddede yer alan "verilen "sözcüğünün geniş yorumlanması gerektiğini, Yargıtay'ın bir kararında yer alan "delil başlangıcının mutlaka ilgiliye yöneltilmiş bir irade açıklamasını taşıyan bir belge olması şart değildir" görüşünün daha isabetli olduğunu, aleyhine ileri sürenden sadır olma, kaynaklanma şartının yeterli olduğunu belirtmiştir (Konuralp, Delil Başlangıcı, s. 111). Temsilcinin mutlaka bir vekâletname ya da yazılı bir temsil yetkisine sahip olması gerektiğini aramanın yerinde olmadığına ilişkin bkz. Güray Erdönmez, Pekcanitez Medeni Usul Hukuku, 15.Bası On İki Levha, İstanbul 2017, s. 1850-1851. Kanun'da yer alan temsil ilişkisinin bir maddi hukuk ilişkisinin olduğunun gözden uzak tutulmaması yönünde bkz. Yavaş, s. 355. Ayrıca bkz. Baki Kuru, "Yazılı Delil Başlangıcı (HMK m.202)" Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Cilt 2, Yetkin Yayınları Ankara 2014, s. 1383 vd.

edilemeyeceğini, adî ortaklığın ispatının kesin delillerle mümkün olduğundan davacıya yemin teklif etme hakkının kullandırılması gerektiği yönünden özel daire bozma kararına uyulması gerektiğine karar vermiştir. Kanaatimizce anılan karar anılan karar adî ortaklık sözleşmeleri bakımından ortaya çıkabilecek tüm ispat araçlarını değerlendirmesi bakımından önemli olmakla birlikte bu kararda ortaya çıkan sonuç daha çok adî ortaklık sözleşmesini yazılı olarak akdedilmediği durumlarda bir kesin delil olan yemin delilinin uygulama alanı bulacağıdır. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 24.06.2020 tarihli, E. 2017/3-457, K. 2020/469 sayılı kararında da⁶², adî ortaklığın varlığının inkâr edilmesi durumunda ortaklığın mevcudiyetini ileri süren kişinin bu olguyu ispat etmesi gerektiği ve şayet adî ortaklığın sözlü bir sözleşme ile kurulmuşsa bu sözleşmenin varlığını miktara göre davacının kesin delillerle ispat etmesi gerektiği, yerel mahkeme kararında taraflar arasında imzası inkâr edilmeyen yazılı sözleşme bulunmasına rağmen mahkeme tarafından ispat yükü tersine çevrilerek davacı şirketin adî ortaklık ilişkisini ispat edemediği ve davacı tarafça eda edildiği gerekçesiyle davanın reddi doğru görülmemiş ispat yükü kendisine düşmeyen taraf, ispat yükünün kendisine düştüğü sanısıyla diğer tarafa yemin teklif ederse bu yeminin geçerli olmayacağı yani kesin delil teşkil edilemeyeceğini belirtmiştir. Yargıtay 3. HD. 21.11.2017 tarihli, 2017/9639 E., 2017/16218 K. sayılı kararında, *"..Somut olayda davacı, davalı ile kasap dükkanında ve besi çiftliğinde adî ortakların bulunduğunu belirterek adî ortaklığın tasfiyesini talep etmiş, davalı taraf kasap dükkanında davacı ile adî ortaklık yaptıklarını kabul etmiş ancak besi çiftliğinde ortakları olmadığını, besi işinin babası ... tarafından yapıldığını belirterek adî ortaklık HMK'nın 200.maddesi kapsamında yazılı delille ispat edemediği kabul edilerek, davacıya, iddiasını ispat zımında, davalıya yemin teklif etme hakkının kullandırılması ve ortaya çıkacak uygun hukuksal sonuç çerçevesinde hüküm kurulması gerekirken, bu yön göz ardı edilerek, yazılı şekilde hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırı görülmüş, bu husus bozmayı gerektirmiştir"* şeklinde hüküm kurmuş, davacının davalıya yemin teklif etme hakkının kullandırılmaması sebebiyle kararı bozmuştur.

Bunun dışında Yargıtay'ın adî ortaklığın ispatında senetle ispat kuralının istisnalarının dikkate alarak kararlar verdiği görülmektedir. Buna göre örneğin; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu,⁶³ *"Taraflar arasında*

⁶² İçtihat Bülteni.

⁶³ Yarg. HGK, 16.01.2020 tarihli, E. 2017/1019, K. 2020/25 sayılı kararı.

adî ortaklığa ilişkin yazılı bir sözleşme bulunmamakta ise de, davacı ile davalı kardeş olduklarından 6100 sayılı HMK'nun 203. maddesi gereğince tanık dinlenebileceğinden, iki taraf da bu konuda tanıklarını bildirmiş ve adî ortaklık ilişkisinin varlığını iddia eden davacı yanca da taraflar arasında adî ortaklık ilişkisinin bulunduğu hem ceza dosyasında hem de yargılama sırasında dinlenen tanık beyanlarıyla ispatlanmıştır” şeklinde karar vermiştir.⁶⁴ Aynı yönde Yargıtay delil başlangıcı mevcutsa adî ortaklık sözleşmesinin tanıkla ispat edilebileceği yönünde karar vermiştir.⁶⁵

Ayrıca üçüncü kişilerin de adî ortaklık sözleşmesini kesin delillerle ispat mecburiyetinde olmayacaklarını vurgulamak gerekir. Zira senede karşı senetle ispat kuralının sadece senedin tarafları için geçerlidir. Bir senet, belgelediği hukukî işlemin tarafları arasında kesin delil teşkil etse bile, bu senetle hukukî işleme yabancı olan kimselelere karşı, kural olarak mümkün değildir. Hukukî işlemler kural olarak yalnızca taraflarını ilgilendirir ve nisbî nitelikte haklar doğurur.⁶⁶ Dolayısıyla adî ortaklık ilişkisinin tarafı olmayıp bu ilişkiye üçüncü kişi konumunda olan kişiler bakımından durum farklılık arz edecektir, üçüncü kişiler adî ortaklığın varlığını her türlü delil ile ispat edebileceklerdir.⁶⁷ Üçüncü kişi adî ortaklık sözleşmesini kesin delil ile ispat mecburiyetinde olmayacaktır. Senedin veya hukukî işlemin tarafı olmayanlar için (o konuda tarafa halef olarak hareket etmiyorlarsa) senetle ispat kuralı geçerli değildir. Üçüncü kişi bakımından kendisi dışında bir hukukî işlemin yapılmış olacaktır ve bu işlemin içeriğini senetle ispat imkânsızlığı vardır.⁶⁸

⁶⁴ Aynı yönde bkz Yarg. 3.HD., 24.06.2014 T., 2014/4650 E., 2014/10161 K. sayılı kararı, Yarg. 3. HD. 28.04.2015 T., 2014/20510 E., 201577273 K. sayılı kararı, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

⁶⁵ Yargıtay 3. HD.'nin 23.09.2014 tarih, E. 2014/7254, K. 2014/12278 sayılı kararı şu şekildedir. “...kural olarak, adi ortaklık ilişkisinin geçerliliği herhangi bir şekle bağlı değildir. Ancak, ihtilaf çıktığında, adi ortaklık ilişkisinin varlığını ispat yükü iddia eden düşer. Bu iddiayı ileri süren taraf, adi ortaklık ilişkisi bir sözleşme olduğundan, iddiasını HMK. m. 200 gereğince senet (kesin delil) ile ispat etmelidir. Ancak, senetle ispatı gereken adi ortaklık sözleşmesi, bunun hakkında bir delil başlangıcı var ise tanıkla ispat edilebilir (HMK. m.202)”. Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

⁶⁶ Deynekli, s. 53.

⁶⁷ Kendigelen, s. 63; Peksöz, s. 27.

⁶⁸ Kuru, C.II, s. 2245.

3. Senetle İspat Sınırının Belirlenmesi

Açıklamaya çalıştığımız üzere adî ortaklık sözleşmesinin ispat şekli bakımından iki farklı görüş olduğu belirtilebilecektir. Diğer taraftan, adî ortaklık sözleşmesinin senetle ispat edileceği kabul edildiğinde burada doğabilecek bir tereddüt, senetle ispat sınırının nasıl uygulanacağı noktasındadır. Bu konuda bir görüş, adî ortaklık sözleşmesi bakımından senetle ispat sınırının malvarlığının değerine göre belirlenmesi gerektiği yönündedir.⁶⁹Bir başka görüş, bu sınırın ortakların katılım paylarının değer ve miktarına göre belirlenmesi gerektiğini, çünkü ortakların katılım paylarından başka, ortaklığın sonradan elde ettiği değerlerin de ortaklık malvarlığına dahil olacağından, oysaki HMK m.200'de açıkça hukukî işlemlerin yapıldığı zamanki miktar ve değer dikkate alınması gerektiği, dolayısıyla adî ortaklıkta ortaklardan birinin taahhüt ettiği katılım payının senetle ispat sınırını geçmesi hâlinde adî ortaklık sözleşmesinin kesin delille ispatı gerekirken, bu sınırın altında kalanlar için kesin delille ispat zorunluluğunun olmadığı yönündedir.⁷⁰

Kanaatimizce öncelikle bu hususun adî ortaklık sözleşmesinin bazı temel özellikleri bakımından ele alınması gerekir. Bir defa adî ortaklık sözleşmesinin tarafları ortak bir amacı gerçekleştirmek için sözleşmeyi kurmaktadır, edimler ortak amacın gerçekleştirilebilmesi için âdeta bir araç niteliğindedir. Yukarıda belirttiğimiz üzere adî ortaklık sözleşmesi karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerden değildir. Bu sözleşme hem borç sözleşmesi hem de organizasyon sözleşmesi niteliği taşır. Bunlardan borç sözleşmesi niteliği ortaklar için edim yükümlülükleri (örneğin; katılma payı) ve talep hakları ortaklık sözleşmesinden kaynaklanmaktadır.⁷¹Adî ortaklık sözleşmesinin hukukî niteliği bakımından şu değerlendirme yapılabilir: Ortaklık sözleşmesiyle sadece ortaklar arasında bir borç ilişkisi kurulmamakta, ayrıca bir kişi birliği doğmakta ve bu birlik hukukî işlemlerde ortaklar tarafından temsil edilmektedir. Ortaklar sadece birbirlerine karşı alacaklı ve borçlu değil aynı zamanda “sosyal hukuksal birlik” üyeleri durumundadırlar ve ortaklar ortaklık borçlarından kural olarak müteselsilen sorumludurlar (TBK m.638/III). Bununla birlikte adî ortaklıkta “müşterek amaç uğruna birlikte çaba gösterme borcu” “kişilik” unsurunu öne çıkarmakta ve

⁶⁹ Bkz. Özenli, s. 30.

⁷⁰ Peksöz, s. 26-27.

⁷¹ Bkz. Barlas, s. 64-65; Peksöz, s. 22-23; Derdiman, s. 16-17.

ortaklara sadakat borcu yüklemektedir.⁷² Bu unsurlarla birlikte özellikle ortakların müşterek amacı gerçekleştirmeye yönelik ortaklığa getirdikleri değerler için “katılım payı” veya “sermaye payı” kavramı kullanılmaktadır. Katılım payı ortağın ortaklığa getirdiği unsurun nominal değeri kadardır. Katılım payının başlıca işlevi, eğer sözleşmede kararlaştırılmışsa, her ortağın kâr ve zarar payının (TBK m.623/I), tasfiye payının veya oy hakkının katılım payına göre belirlenecek olmasıdır.⁷³ Nitekim ortaklar arasında bu yönde bir sözleşme mevcutsa büyük ihtimalle adı ortaklığın mevcut olup olmadığına ilişkin bir uyuşmazlık ortaya çıkmayacaktır. Asıl problem katılım payı olarak ekonomik değer içermeyen bir unsurun ortaklığa konulması durumunda adı ortaklığın mevcut olup olmadığına nasıl ortaya konulacağıdır. Zira katılım payı olarak Kanun’da para, alacak, mal ve emek olarak ifade edilmiş olup bu sayımın sınırlı olmadığını vurgulayalım. Örneğin; katılım payı olarak ortaklığa emeğin getirilmesi, ortağın çalışmasının bedeni ve fikrî olarak ortaklık işlerine hasretmesi, mesleki bilgilerini ortaklığın emrine vermesi anlamına gelir. Kişisel çalışma, yani emek devamlı, geçici, dönemseller hatta bir defalık olabileceği gibi, ortaklığın bir edimini yerine getirmek amacıyla, ortaklık dışında çalışma şeklinde de olabilecektir. Yine yapmama edimi de örneğin; belirli bir fiyatın altında satımda bulunmama veya belirli bir fiyatın altında satımda bulunmama veya bir bölgede ürün satışı yapmama katılma payı olarak kabul edilebilecektir, bu duruma özellikle kartellerde rastlanmaktadır.^{74 75}

O halde adı ortaklık sözleşmelerinde ortakların katılma payı edimi başta olmak üzere edim yükümlülüklerinin birbirleriyle olan ilişkisi de alışılmışın dışında olmaktadır. Ortaklar müşterek amaca ulaşmak için edimlerini birleştirmektedirler. İşte bu noktadan hareket

⁷² Derdiman, s. 17. İsviçre hukukunda özellikle taraflar arasındaki sadakat yükümlülüğüne ve sıkı ilişkilere ve ortak amaç unsuruna dikkat çekilmiş ve hatta adı ortaklık sözleşmesinin hukukî niteliğinin belirlenmesine gerek dahi bulunmadığı belirtilmiştir (Handschin/Vonzun, s. 14, 17).

⁷³ Derdiman, s. 34.

⁷⁴ Barlas, s. 52.

⁷⁵ Poroy/Tekinalp (Çamoğlu) s. 53, 58. Türk Borçlar Kanunu m. 621/II’de katılım payının kural olarak eşit olması ve şirket amacına uygun olması hususları vurgulanmıştır. Ancak bu eşitlik ilkesi mutlak değildir. Zira aksi kararlaştırılabilecek olup yedek hukuk kuralı niteliğindedir. Katılma payının tür ve miktarının ortaklarca serbestçe belirlenebilmesinin tek sınırının, ortaklığa getirilecek katılma payının ortaklık amacının gerçekleşmesine katkıda bulunabilecek nitelik ve öneme sahip olmasıdır. Bkz, Barlas, s. 50; Kurşat, s. 304.

edildiğinde biz de adî ortaklık sözleşmesinin mevcut olup olmadığına ilişkin uyuşmazlıkta senetle ispat sınırının ortakların katılım payının değerine göre belirlenmesinin isabetli olduğunu ve fakat özellikle katılma payının ekonomik değerinin bulunmadığı, emeğin⁷⁶, yapma yapmama ediminin taahhüt edilmesi gibi durumlarda senetle ispat kuralının uygulanmaması gerektiği düşüncesindeyiz.

Bununla birlikte burada genel olarak belirtmek isteriz ki; hukukî işlemler bakımından işlem güvenliği temeline hizmet eden senetle (kesin delillerle) ispat kuralı ile birlikte istisnaları kabul edildiği sürece bu zorunluluk ispat hakkının⁷⁷ ihlâli⁷⁸ olarak değerlendirilmemelidir.⁷⁹Nitekim senetle ispat kuralının istisnalarının

⁷⁶ Bkz. Peksöz, s. 27, dipn.132.

⁷⁷ İspat hakkı hukukî dinlenme hakkının bir unsurudur; hukukî dinlenme hakkının da adil yargılanma hakkının görüntülerinden biridir. Bu bağlamda ispat hakkının temel bir insan hakkı olduğu sonucuna varılabilecektir (Yılmaz, s.3528). Başka bir ifade ile; ispat hakkı hukukî dinlenme hakkı ile organik bağı bulunan bir hak konumundadır. Nitekim bu hakkın sınırlanması ya da gereklerine uygun bir biçimde kullanılmaması, hukukî dinlenme hakkının dolayısıyla hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ve son evrede ise adil yargılanma hakkının ihlâli anlamına gelecektir (Tanrıver, s. 820). "... Hukuk Muhakemeleri Kanunu hazırlanırken-ispat hakkını sınırlandıran en önemli sınırlama sebeplerinden biri olduğu bilinciyile-bir tercih yapılarak hukuk kültürümüze uygun şekilde senetle ispat zorunluluğu korunmuştur. Senetle ispat kuralı, ispat hakkını sınırlandıran hukuk sistemimizde kökleşmiş bir uygulama alanı olduğu ve özellikle kötü niyetli alacak davalarının veya savunmalarının fiilen engellenmesi bakımından önemli bir fonksiyona sahip olduğu da unutulmamalıdır. Bu sebeple Kanun'da, senetle ispat kuralının ispat hakkının sınırlarından birini oluşturduğu özellikle kaleme alınmıştır" (Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1610).

⁷⁸ Hukukî dinlenme hakkının yerine getirilmiş olması için bu hakkın ancak belirli delillerle yapılması konusunda bir sınırlama getirilmemektedir. Burada temel sorun kanuna uygun delil gösterme talebinin reddi veya gösterilen deliller incelenmeden karar verilmesi durumu olacaktır. İşte bu durum hukukî dinlenme hakkının ihlâli söz konusu olacaktır. Zira bu deliller kesin deliller olabileceği gibi takdiri deliller de olabilecektir. Dolayısıyla mesele kesin deliller ile ispat zorunluluğunun kabul edilmiş olması değildir. Diğer taraftan delil gösterme hakkı dürüstlük kuralına uygun şekilde kullanılmalıdır. Mahkeme kanuna aykırı olan, davayı uzatma amacıyla ve dürüstlük kuralına aykırı şekilde gösterilen uyuşmazlık konusu olmayan veya uyuşmazlığa katkıda bulunmayacak delilleri incelemeyebilecektir. Bkz. Hakan Pekcanitez, "Hukukî Dinlenme Hakkı", Prof. Dr. Hakan Pekcanitez Makaleler Cilt 1, On İki Levha, İstanbul 2016, s. 540-541, Muhammet Özkes, Medeni Usul Hukukunda Hukukî Dinlenme Hakkı, Yetkin Yayınları Ankara 2003, s. 128. Ayrıca bkz. Yıldırım, s. İspat hakkı, s. 690-691; Yıldırım, s. 148 vd.; Çiftçi s. 784 vd.

⁷⁹ Bkz. Bolayır, s. 65-66; Bolayır, İspat Hakkı, s. 567-568; Tanrıver, s. 821. Ayrıca bkz. ve karşı. Toraman, s. 1516-1517.

gün geçtikçe daha fazla genişlemekte olduğu ve dolayısıyla bu ispat kuralının artık eski kadar katı uygulamasının olmadığını söylemek mümkündür.⁸⁰ Aynı zamanda adı ortaklık sözleşmesinin hukukî niteliği, tüm ihtiyaçlara cevap veren, birçok alanda uygulaması olan temel bir sözleşme türü olduğu göz önünde bulundurularak özellikle senetle ispat kuralının istisnaları çerçevesinde yorum yapılması gerektiği düşüncesindeyiz.

Bu noktada tespit edebildiğimiz Yargıtay kararlarında taraflara arasında akdedilmiş yazılı bir adı ortaklık sözleşmesi bulunmuyorsa kesin delillerle ispat zorunluluğu çerçevesinde ispat yükü kendisine düşen tarafın iddiasını diğer delillerle ispat edememesi hâlinde en son başvuracağı delil olan yemin delilinin⁸¹ uygulanması gerekliliğinin altını çizmek gerekir. Biz adı ortaklık sözleşmeleri özelinde, bu sözleşmeleri geçerliliği bakımından şekil şartı bulunmaması, uygulamasının fazlalığı, kişisel ilişkilerin ön planda tutulmaması gibi sebeplerle yine somut olay değerlendirilerek senetle ispat kuralının en önemli istisnası kabul edilen⁸², kanun koyucunun senetle ispat kuralını çok sert uygulamak istemediğini, bir anlamda bu kuralı önemli ölçüde yumuşatan⁸³ delil başlangıcından -şartları çerçevesinde- mümkün olduğunca yararlanmanın isabetli olacağı düşüncesindeyiz. Aynı zamanda delil başlangıcının yazılı olmaması⁸⁴, geçerlilik ve ispat şartına ilişkin farklılıkları azaltacağından Türk Borçlar Kanunu uyarınca adı ortaklık sözleşmesinin sözlü olarak yapılması durumunda sözleşmenin varlığını iddia eden tarafın delil başlangıcının şartlarını yerine getirme olanağı daha fazla olacaktır. Delil başlangıcı mevcutsa hâkim hem de-

⁸⁰ Yavaş, s.495; Çiftçi, s. 786.

⁸¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ejder Yılmaz, *Yemin*, 3.Baskı, Ankara 2021, s. 27 vd. Çok genel olarak yemin teklif edecek tarafın ispat yükü kendisine düşen ve fakat iddiasını ve savunmasını ispat edememiş taraf olduğu belirtilebilecektir. Bu kapsamda yine ispat yükünün doğru belirlenmesinin ne kadar önemli olduğu ortaya çıkmaktadır. Buna göre ispat yükünü taşıyan kimsenin doğru belirlenmesi yemin teklif edecek kimsenin hangi taraf olduğunu belirleyecektir. Zira kendisine ispat yükü düşmeyen tarafın diğer tarafa yemin teklif etmesi hukukî sonuç doğurmayacaktır. Bkz. Yılmaz, s. 48-49, s. 60.

⁸² Tanrıver, s.884.

⁸³ Erdönmez, Pekcanıtez Usûl, s. 1845; Özkaya-Ferendeci, s. 825; Yavaş, s. 495.

⁸⁴ Arslan/Yılmaz/Taşpınar/Ayvaz/Hanağası, s. 471; Tanrıver, s. 943. Senetle ispat zorunluluğunun istisnası olan delil başlangıcının, senet gibi yazılı olması gerektiğine ilişkin (senet başlangıcı) bkz. Kuru, *Yazılı Delil*, s, 1386-1387; Kuru/Aydın, s. 708.

İl başlangıcı hem de dinlenen tanık veya diğer takdiri delilleri serbestçe değerlendirerek bir karar verecektir. Öte yandan adî ortaklık sözleşmelerinde borç sözleşmesi mi yoksa ortaklıklar hukuku bileşeninin mi ön planda olacağı tartışmalıdır.⁸⁵ Dolayısıyla adî ortaklık sözleşmelerinin uygulama alanlarının çeşitliliği, farklı görünüm biçimlerine göre hangi unsurun ön planda tutulacağı da değişkenlik gösterebilecektir. Aynı zamanda aşağıda açıklamaya çalışacağımız üzere adî ortaklık sözleşmesinin bir de iç ilişki bakımından özellikleri mevcuttur. Bu bağlamda taraflar arasındaki ilişkinin tüm unsurları değerlendirilerek bu sözleşmelerin uygulanmasını sınırlandırılmayacak şekilde yorum yapılmalıdır. Ayrıca özellikle sözleşmenin kuruluşu bakımından ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda geçerlilik şekline uygun olmayan bir sözleşmeden doğan borçlar ifa edildikten sonra geçersizlik iddiasında bulunulması ya da bir tarafın şekle uyulmamasını sağladıktan sonra geçersizliği ileri sürmesinin Türk Medenî Kanunu m.2 anlamında hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilebileceği yönündeki kabulümüz doğrultusunda bu hususun da değerlendirme yapılırken dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim dürüstlük kuralı ve buna bağlı hakkın kötüye kullanılması yasağının bir genel hukuk ilkesi olarak Medenî Usûl⁸⁶ ve İcra İflâs Hukuku'nda da uygulama alanı bulacağı kuşkusuz olup⁸⁷ hâkim tarafından re'sen dikkate alınacaktır.

B. İç Ortaklık Bakımından

1. Alt Katılım ve Gizli Ortaklık Kavramları

İç ortaklık ortaklar arasındaki bir borç ilişkisi olup iki temel kavram altında incelenmesi mümkündür. Bunlar alt katılım ortaklığı ve gizli ortaklıktır. Alt katılım ortaklığı kavramı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olmasına rağmen gizli ortaklık kavramı Türk hukukun-

⁸⁵ Bkz. Derdiman, s. 17-18.

⁸⁶ Doktrinde maddi hukuk ile medenî usul hukuku arasında bir bütünlük ve ayrılmazlık özelliği göstermeyeceğini ve fakat bu iki hukuk dalı arasında sıkı bağlantının da göz ardı edilemeyeceği özellikle bir kimsenin maddi hukuktan doğan veya usulî haklarını kullanırken dürüstlük kurallarına uygun davranması gerektiği konusunda usul hukuku ile maddi hukukun birbirlerinden ayrılmayacak bir birlik içerisinde olduğu belirtilmiştir. Bkz. Ramazan Arslan, Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, s. 46.

⁸⁷ M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, Medenî Hukuk, Giriş/Kaynaklar/Temel Kavramlar, İstanbul 2021, s. 246.

da düzenlenmemiştir. Ancak gizli ortaklığın adı ortaklıkların uygulamada en çok karşılaşılan türlerinden olduğu belirtilebilir.⁸⁸Nitekim gizli ortaklıklar adı ortaklıkların özel bir türüdür; sözleşme ile kurulmaktadır. Bu sözleşme de tıpkı adı ortaklık sözleşmesinde olduğu gibi şekil şartına tâbi değildir. Ancak sözleşmenin taraflarının gizli ortaklık bunun dış ilişkide ortaya çıkmayacağını bilincinde olmalarının gerekmektedir.⁸⁹

Alt katılım ilişkisine ise “Ortaklardan biri tek taraflı olarak bir üçüncü kişiyi ortaklıktaki payına ortak eder veya payını ona devrederse, bu üçüncü kişi ortak sıfatını kazanamaz” ifadeleri ile Türk Borçlar Kanunu m.632/II düzenlemesinde yer verilmiştir. Bu sözleşme ile yeni bir hukuksal ilişki doğmaktadır ki bu ilişkiye, adı ortaklığın bir özel türü olan “alt katılım” adı verilmektedir.⁹⁰ Bu ilişki de sözleşme temeline dayalı ve adı ortaklık niteliğinde bir ortaklık ilişkisidir. Temelde adı ortaklığa bir ortağın kendi payına üçüncü kişiyi ortak etmesi alt katılım olarak adlandırılmıştır.⁹¹Alt katılım ortaklığı sözleşmesinin de geçerliliği kural olarak herhangi bir şekil şartına tâbi değildir. Şekil zorunluluğu doğuran özel bir durum mevcut olmadıkça, sözlü olarak, örtülü irade beyanıyla, hatta ifadeyi ortaya koyan davranışlarla da akdedilebilir.⁹² Keza, alt katılım ortaklığı ilişkisi sadece asıl ortak ile alt katılan arasında bir sözleşme bağına dayanmakla bu ortaklığın geçerli biçimde oluşumu asıl şirketin veya bu şirketin diğer ortaklarının onayına bağlı değildir. Hatta, asıl şirketin sözleşmesinde alt katılım yasaklanmış veya izne bağlanmış bulunsa bile durum değişmez. Zira alt katılım ortaklığı ilişkisinde bir pay devri hedeflenmese veya gerçekleşmese dahi taraflar arasında özünde borçlar hukukuna tâbi talep haklarının doğumu söz konusu olmaktadır.⁹³

Alt katılım ortaklığı ve gizli ortaklık birçok noktada çakışabilmekte ise de ⁹⁴ bazen ayırımın zor olduğunu belirtmek gerekir. Gizli or-

⁸⁸ Şener, s.146; Poroy/Tekinalp (Çamoğlu), s. 46 vd.

⁸⁹ Bkz. Fatih Bilgili, İsviçre ve Alman Hukuku Işığında Türk Ortaklıklar Hukukunda Gizli Ortaklık İlişkileri, Seçkin Yayıncılık Ankara 2003, s. 53, s. 61-62.

⁹⁰ Barlas, s. 180 vd.

⁹¹ Bkz. Kendigelen/Kırca, s. 136.

⁹² Şener, s.385; Hatemi/Serozan/Arpacı, s.591.

⁹³ Bkz. Derdiman, s. 33.

⁹⁴ Bir kimsenin bir şirket ortağının ortaklıktan kaynaklanan hak ve yükümlülüklerine iç ilişki yoluyla iştirak etmesi dış ilişkide asıl ortaklığın bakış açısından bir alt

taklık, taraflar arasında akdedilen bir sözleşmeye dayanır. Geçerliliği herhangi bir şekilde bağlı değildir, sözlü olarak kurulabilir, hatta iradeyi ortaya koyan davranışlarla zımnen dahi kurulabilecektir. Bu sözleşme ilişkisi çerçevesinde aktif ortağın üstlendiği temel edim işletmeyi kendi adına fakat iç ilişkide kendi, hem de gizli ortak adına işletmek olacaktır. Gizli ortağın üstlendiği temel edim yükümü ortaklığın amacının gerçekleşmesine uygun olan ve ekonomik değer taşıyan herhangi bir edimi katılma payı olarak getirmek ve bunu aktif ortağın malvarlığına geçecek şekilde ifa etmektir. Burada önemli olan husus, gizli ortağın bir katılma payı taahhüdünde bulunmasıdır, yoksa aktif ortağın malvarlığında artışa yol açacak bir sermaye olarak somut-nesnel bir ekonomik değer getirmiş olması şart değildir. Gizli ortağın katılma payının mutlaka rakamsal bir biçimde saptanmış olması da şart değildir; dışa karşı sadece aktif ortağın borcu söz konusudur. Kural olarak gizli ortaklık için gerçekleştirilmiş olmasına rağmen ortağın işlem ve eylemlerinden gizli ortak sorumlu tutulamayacaktır. Alacaklı üçüncü şahıs gizli ortaklığın varlığını ispatlasa bile dahi durum değişmeyecektir.

Önemle belirtmek belirtelim ki; alacaklı üçüncü kişiler gizli ortağın malvarlığına başvuramayacaklardır.⁹⁵Bir adî ortaklığın üçüncü ortağı ile arasında bir iç ortaklığa dayanan gizli ortaklık ilişkisi bulunduğu yönündeki iddia kim tarafından ileri sürülürse (ister gizli ortak, isterse üçüncü kişiler) bunu ispatla yükümlü olacaktır. Aynı zamanda gizli ortak olduğunu iddia eden bu konuda bir tespit davası açabilecektir.⁹⁶Sonuç itibarıyla; gizli ortaklıkların atipik bir adî ortaklık türü olduğunu ve kural olarak adî ortaklıkla ilgili hükümlere tâbi olduğunu belirtebiliriz.⁹⁷

Yargıtay kararlarını incelediğimizde adî ortaklıkta iç ilişkiler bakımından her ne kadar “gizli ortaklık” kavramının Türk hukukunda pozitif bir düzenlemesi bulunmasa da açıkça bu kavramın kabul edil-

katılım ortaklığı ilişkisi olup bu tür bir alt katılımın gizli ortaklık olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği tartışmalıdır. Bkz. Bilgili, s. 96 vd.

⁹⁵ Şener, s. 147; Barlas, s. 214.

⁹⁶ Poroy/Tekinalp (Çamoğlu), s. 50.

⁹⁷ Bilgili, s. 99. Ekleyelim ki; doktrinde çeşitli açılardan gizli ortağa ortaklık perdesinin kaldırılarak ortaklık borçlarından dolayı müracaat imkânının bulunup bulunmadığı tartışılmaktadır. Bu konudaki tartışmalar bkz. Bilgili, s. 176 vd.

diğini görmekteyiz. Ancak vurgulamak gerekir ki; bu kavramın sermaye şirketleri bakımından değil, adî ortaklık temelinde bir sözleşme ilişkisi olduğunda varlığı kabul edilmektedir. Nitekim Yargıtay 11.Hukuk Dairesi, 27.02.2015 tarihli, E. 2015/1053, K. sayılı gerçek kişilerin davalı sermaye şirketinin gizli ortağı olduklarının tespitine ilişkin açılan davaya ilişkin kararında⁹⁸, mevzuatımızda sermaye şirketlerinde gizli ortaklık kavramının kabul edilmiş olmadığını vurgulayarak şirket işlemleri ilgili Kanun çerçevesinde muhatap olunacak kimselerin şirketin kayıtlı ortakları olduğunu belirtmiştir.

2. Gizli Ortaklığın İspatına İlişkin Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 23.01.2018 tarihli, E. 2016/13585, K. 2018/557, sayılı adî ortaklığın halen devam ettiğinin tespiti ile kâr payının tahsili talebi ile açılan davaya ilişkin kararında,⁹⁹ taraflar arasında 1985 yılında kurulan ve davacının yurtdışına gitmesi nedeniyle davalı yönetici ortak tarafından idare edilen adî ortaklığın 2002 yılında işletme ruhsatının sadece davalı adına düzenlenmesi sebebiyle gizli ortaklığa dönüştüğü, yani dışa karşı görünen davalı ortağın sadece

⁹⁸ Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

⁹⁹ “Davacının, resmi evrakta ... ve vekalet görevini kötüye kullanmak iddiası ile yaptığı şikâyet üzerine, davalı ... Cumhuriyet Savcılığında verdiği 23.02.2012 tarihli ifadesinde; “Davacının işletme ruhsatının yenilenmesi için göndermiş olduğu vekaletnameyi yurtdışında çalışmakta olması nedeniyle resmi mercilerin kabul etmediğini, bu nedenle işletme ruhsatının adına düzenlendiğini, yurtdışından dönen davacıya demirbaşlar ile birlikte işletmenin değerinin yarısını vermeyi teklif ettiğini, ancak davacının kabul etmediğini” bildirmiştir. Davalının savcılığa verdiği bu beyanı, mahkeme dışı ikrar niteliğinde olup, tarafların...i olan tanıkların beyanları ile bu ikrar doğrulanmıştır. Buna göre, taraflar arasında 1985 yılında kurulan ve davacının yurtdışına gitmesi nedeniyle davalı yönetici ortak tarafından idare edilen adî ortaklığın; 2002 yılında işletme ruhsatının sadece davalı adına düzenlenmesi nedeniyle gizli ortaklığa dönüştüğü, eş söyleyişle dışa karşı görünen davalı ortağın sadece kendi adına ve hesabına değil, aynı zamanda davacı gizli ortağın adına ve hesabına da hareket etmeye başladığı anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, mahkemece; taraflar arasındaki açık ortaklığın gizli ortaklığa dönüşmüş olduğunun davacı tarafca ispat edildiği gözetilerek, adî ortaklığın devam ettiğinin tespitine, davalı tarafın zamanasımı defi nedeniyle davanın açıldığı 16.04.2012 tarihinden geriye doğru beş yıllık dönem için (bilirkişi aracılığı ile) belirlenecek kar payının davalıdan tahsiline karar verilmesi gerekirken, yanlışlı değerlendirme ile istemin tümünden reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir” şeklinde mahkeme dışı ikrara dayanarak bir hüküm kurmuştur. (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

kendi adına ve hesabına değil aynı zamanda davacı gizli ortağın adına ve hesabına hareket etmeye başladığının anlaşıldığı belirtilmektedir. Anılan kararda davalının savcılıkta verdiği ifadeye dayanılmış, mahkeme dışı ikrar niteliğinde değerlendirilmiş ve ayrıca tanık beyanları ile bu ikrarı doğrulandığı vurgulanmıştır. O halde Yargıtay bu kararında, temelde mahkeme dışı ikrara¹⁰⁰ dayanarak gizli ortaklık ilişkisini kabul etmiştir. Bu tür ikrar yazılı bir biçimde ortaya çıkabileceği gibi, sözlü biçimde de ortaya çıkabilecektir. Tarafların özel mektuplarında veya idari makamlara vermiş oldukları dilekçelerde yer aşan ikrarlar mahkeme dışı ikrarın yazılı olarak gerçekleştirilmiş şekline, buna karşılık taraflardan birisinin başkaları önünde yazılı bir belge kullanmaksızın gerçekleştirmiş olduğu ikrarlar bu ikrarın sözlü şekline örnektir.¹⁰¹ Mahkeme dışı ikrara göre hâkimin hüküm verebilmesi için mahkeme dışında yapılan ikrarı teyit edecek delil ve emarelerin¹⁰² bulunması gerekir. Mahkeme dışı ikrar takdiri bir delil olarak kabul edilecektir.¹⁰³ Mahkeme dışı ikrarın ispat değeri hâkimin takdirine bağlı olacaktır. Mahkeme dışı ikrarın ispat değerini hâkim serbestçe

¹⁰⁰ Mülga Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen "mahkeme dışı ikrar" Hukuk Muhakemeleri Kanunu düzenlemesinde yer almamaktadır. Zira söz konusu düzenleme, "mahkeme haricindeki ikrarı teyit edecek delil ve emare mevcut ise hâkim buna binaen hüküm verebilir" (HUMK m.236/IV) şeklinde idi. Mahkeme dışında gerçekleşen ikrara ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hüküm yer alması, mahkeme dışı ikrarın tek başına sadece takdiri delillerle ispatın mümkün olduğu hallerde delil olarak mahkemeye sunulabilen bir iddia olmasından kaynaklı olduğu ve bu ikrarın da delillerle ispatının gerektiği belirtilmektedir. Atalay, Pekcanitez Usul, s.1635. Yine doktrinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun mahkeme dışı ikrar konusunda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda benimsenen çözümü değiştirdiğine ilişkin bir açıklama olmadığı gibi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki hükmün içeriğini değiştirmedeği ve sadece dilini sadeleştirildiği belirtildiğinden, Kanun'da mahkeme dışı ikrarın ispat hukuku bakımından rolünün Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.236'da olduğu gibi anlaşılması gerektiği, buna göre mahkeme dışı ikrarın tek başına delil teşkil etmez ise de içeriğinin içerisinde yer aldığı belge veya tanık beyanı kapsamında dikkate alınacağı görüşü ifade edilmiştir (Budak/Karaaslan s. 236). Ayrıca bkz. Bilge Umar, "Muhtevası ve Hukuki Mahiyeti Bakımından İkrar Kavramı", *İÜHFİM*, 1964/1-2, s. 244 vd.; Süha Tanrıver, "Türk Medeni Yargılama Hukukunda İkrarın Bölünüp Bölünemeyeceği Sorunu", *TBBD*, 1993/2, s. 213 vd.; Adnan Deyneki, "İkrarda Manevi Unsur", *TBBD*, S.64, 2006, s. 321 vd.; Taylan Özgür Kiraz, *Medeni Yargılama Hukukunda İkrar*, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2013

¹⁰¹ Bilge/Önen, s. 513; Tanrıver, s. 832.

¹⁰² "Harici ikrar, taalluk ettiği vakianın doğruluğu hakkında ancak bir emare teşkil eder; bu emarenin hâkim tarafından nazara alınabilmesi ancak usulü dairesinde arz ve ispat edilmesine bağlıdır" (Umar, s. 251).

¹⁰³ Bilge/Önen, s. 513

takdir eder, inkârı durumunda bunun varlığını ispat ile delil ikame etmek gerekecektir. Bu durum mahkeme dışı ikrarın tek başına bir delil ve hatta takdiri delil olarak bile nitelendirilemeyeceğini göstermektedir. Nitekim mahkeme dışı ikrar bir delil olsa idi, ayrıca kendisinin ispatının aranmayacağı başka bir delil ile ispat edilmeden doğrudan bir ispat aracı olarak hükme esas alınabileceği belirtilmiştir¹⁰⁴. Bu bakımdan kesin delille ispatı gereken bir hukukî işlemin varlığı mahkeme dışı ikrarla ispat edilemez. Yargıtay kararlarına göre, savcılıkta, haciz sırasında veya polis önünde yapılan ikrar, mahkeme dışı ikrardır, o nedenle buradaki ikrar ancak takdiri delil olarak kabul edilir.¹⁰⁵ Bununla birlikte mahkeme dışında yapılan ikrar bir belge veya senede bağlanmışsa, örneğin bir kimse borçlu olduğunu yazılı olarak ikrar edip, altını imzalamışsa artık burada mahkeme dışı ikrar değil, bir senedin söz konusu olacağına altı çizilmelidir.¹⁰⁶ Zira mahkeme dışı ikrar ancak bu durumda kesin delil niteliğini kazanacaktır. Söz konusu Yargıtay kararında gizli ortaklık ilişkisinin kesin delillerle ispat edilmesi gerektiğine ilişkin bir kuralın belirtilmediği görülmektedir. Karardan anlaşıldığı kadarıyla dosya kapsamında savcılıkta yapılan bir ikrar

¹⁰⁴ Üstündağ, s. 635; Kiraz, s.652.

¹⁰⁵ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanaağası, s.403. “Yargılama usulü bakımından ikrar, açıklayan tarafından hasmının karara bağlanmasını istediği hakkın veya hukuki durumun meydana gelmesine esas olan ve hasmınca ileri sürülen maddi olayların tümünün veya bir bölümünün doğru olduğunun bildirilmiş olması demektir (YHGK 09.11.1955 gün E:4-79 K:78; YHGK 25.06.1975 gün E:4/681 K:879). İkrarın ispat kuvveti, yapıldığı yere göre belirlenir. Buna göre; ikrarın mahkeme içinde veya mahkeme dışında yapılmasına farklı hüküm ve sonuçlar bağlanmıştır. Kural olarak mahkeme dışı ikrar, kesin bir delil olmayıp, takdiri delildir. Bununla ancak takdiri delillerle ispat edilebilen hususlar ispat edilebilir. Bu bakımdan kesin delille ispatı gereken bir hukuki işlemin varlığı mahkeme dışı ikrar ile ispat edilemez. Ne var ki mahkeme dışı ikrar bir belge ile ispat edilebilirse kesin delil hükmünde olur. Yerleşik Yargıtay içtihatlarına göre, savcılıkta, haciz sırasında ya da polis önünde yapılan ikrar, mahkeme dışı ikrar olup; bir belge ile ispat edilebilirse, kesin delil hükmünde olacağı ve ikrarda bulunana bağlayacağı açıktır.” (Yargıtay 3.HD., T.25.01.2021, E. 2020/11610; K.2021/406)

¹⁰⁶ Atalay, Pekanitez Usul, s. 1636; Kiraz, s. 4; s. 257. Buna karşılık Yargıtay 6. HD. 05.03.2008 tarihli kararında, davalı vekili tarafından davacıya gönderilen 26.09.2007 tarihli ihtarnamede kira sözleşmesinin imzalanması sırasında davacı tarafından uygulanmayacağı tehdidiyle boş kağıda tahliye taahhüdü imzalatıldığı belirtilmiş ise de bunun mahkeme dışı ikrar niteliğinde olduğu ve kesin delil oluşturmayacağı, başka delillerle doğrulanmadığı gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur Söz konusu kararın eleştirisi için bkz. Ercan, İbrahim, “Bir Mahkeme Kararı Işığında Mahkeme Dışı İkrarın Nitelendirilmesi”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C.1, Ankara 2010, s. 835-836.

mevcuttur ve bu ikrar takdiri delil olarak kabul edildiğinden dolayı mahkeme tarafından tanık dinlenmiş ve savcılıkta verilen beyan ile tanık beyanları doğrulandığından gizli ortaklığın ispat edildiğine karar verilmiştir.

Yargıtay 13.Hukuk Dairesi'nin 06.11.2006 tarihli E. 2006/9540, K. 2006/14381 sayılı kararında, her ne kadar davalılar dayanılan belgenin boşa imzalı teklif mektubunun davacı tarafından ele geçirilerek üzerinin rızaları dışında doldurulmak suretiyle elde edildiğini, savunmuşlarsa da bu hususun ispat edilemediğini, belgede açıkça "Dilova Belediyesine yapacağımız müteahhitlik işlerinin. . .E Limited Şirketi ve Y Kardeşler Limited Şirketi yapılan işin hak edişlerinin %50'sine, diğer %50'sine ise şirketlerimize resmi ortak olmayan İHA arasında bölüşülecektir" hükmünün yer aldığı bu açıklama gereğince¹⁰⁷davacının gizli olarak yer aldığı, davalı Y kardeşler limitet şirketinin ise dış ilişkide aktif ortak olarak faaliyet gösterdiği iç ortaklık niteliğindeki bir adî ortaklık ilişkisinin meydana geldiği yönünde karar vermiştir.¹⁰⁸Ayrıca anılan

¹⁰⁷ Her ne kadar anılan kararda "Borçlar Kanunu 520 ve devamı maddelerinde düzenlenen davacının gizli olarak olarak yer aldığı" ibaresi bulunmaktaysa da gizli ortaklık kavramının Türk hukukunda açıkça düzenlenmediği vurgulanmalıdır.

¹⁰⁸ "Davacı, davalıların Belediyeye yapımını taahhüt etmiş oldukları taş duvar, parke, yol ve kaldırım işlerini davalılarla birlikte yaptıklarını ileri sürerek hak ediş bedelinin %50'sinin kendisine verilmesini talep etmiş, yazılı delil olarak da 7.02.2001 tarihli belgeye ve 28.12.02.004 tarihli tutanağa dayanmıştır. Davalılar ise ortaklık ilişkisini inkâr etmişlerdir. Taraflar arasında ortaklığa ilişkin her iki tarafın imzası bulunmamaktadır. Borçlar Kanunu'nun onu izleyen maddeleri gereğince yazılı şekil gerekli olmayıp, adı ortaklık sözleşmesi sözlü olarak da yapılabilir. Davacının davada delil olarak dayandığı 28.12.2004 tarihli "Tutanak" başlıklı belge. Belediye yetkilileri tarafından düzenlenmiş olup, davalıların imzasını taşımadığından davalıları bağlayıcı nitelikte değildir. Davacının dayandığı bir diğer belge olan 7.02.2001 tarihli "Taahhütnamedir" başlıklı belge ise, davalılardan Y Kardeşler Limited Şirketinin yetkili temsilcisi olan TY tarafından şirket kaşesi altına imzalanmış olup, şirkete ait sirküler gereğince TY'nin müferiden şirketi temsile yetkili olduğu da anlaşıldığından, davalı Y Limited Şirketi, dayanılan bu belge ile bağlıdır. Davalılar her ne kadar dayanılan bu belgenin, boşa imzalı teklif mektubunun davacı tarafından ele geçirilerek üzerinin rızaları dışında doldurulmak suretiyle elde edildiğini savunmuşlarsa da bu husus ispat edilememiştir. Belgede açıkça, «Dilova Belediyesine yapacağımız müteahhitlik işlerinin. . .E Limited Şirketi ve Y Kardeşler Limited Şirketi yapılan işin hak edişlerinin %50'sine, diğer %50'sine ise şirketlerimize resmi ortak olmayan İHA arasında bölüşülecektir" hükmü bulunmakta olup davalılardan Y Kardeşler Limited Şirketi'ni bağlayan bu açıklama gereğince, davacı ile adı geçen davalı şirket arasında Borçlar Kanunu'nun 520 ve devamı maddelerinde düzenlenen, davacının gizli ortak olarak yer aldığı, davalı Y Kardeşler Limited şirketinin ise dış ilişkide aktif ortak olarak faaliyet gösterdiği iç ortaklık niteliğindeki bir adî ortaklık iliş-

kararda ortaklığa ilişkin her iki tarafın imzasının bulunmadığı, adi ortaklık ilişkisinin kurulması için şekil şartının aranmadığı, sözlü de kurulabildiği ifadelerine yer verilmiş sonuç itibarıyla 07.02.2001 tarihli “*Taahhütnamedir*” başlıklı davalılardan Y Kardeşler Limited Şirketi’nin yetkili temsilcisi tarafından şirket kaşesi altında imzalanan belgede yer alan “..*şirketlerimize resmi ortak olmayan İHA arasında bölüşülecektir*” hükmündeki açıklama çerçevesinde karar verildiği görülmektedir.

Yargıtay 11.Hukuk Dairesi’nin 30.11.2020 tarihli, E. 2020/890, K. 30.11.2020 tarihli kararının¹⁰⁹ uyuşmazlık konusunun yapılan ödemelerin şirket ortaklığının devamı süresince olup olmadığının belirlenmesidir. Anılan karar içeriğinden davalının iddiasının, yapılan ödemelerin şirket ortaklığının fiilen bitmiş olduğu tarihten sonra iş proje karşılığı gizli ortaklık kapsamında olduğu yönünde olduğu anlaşılmaktadır. Yargıtay, tüm dosya kapsamı ve bilirkişi raporu doğrultusunda banka dekontunda bunun ne için gönderildiğine ilişkin herhangi bir açıklama bulunmadığından asıl davanın reddine karar veren (bozma kararı doğrultusunda) yerel mahkeme kararını onamıştır.

kisinin meydana geldiğinin kabulü gerekir. O halde mahkemece işin esası incelenerek, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, 7.02.2001 tarihli belgenin her iki tarafın imzasını taşımadığından bahisle yazılı şekilde davanın reddine karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir” (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

¹⁰⁹ “Davalı vekili, gönderilen dekontlarda F. Enerji Ltd. Şti’nin yer aldığını, ... yönünden davanın husumet sebebiyle reddinin gerektiğini, davacının değişik zamanlarda gönderdiği paraların yapılan anlaşma gereği olduğunu, davacı ile müvekkili arasında Femra Şirket ortaklığının fiilen bitmiş olup bu bağlamda 14.06.2012 tarihinde mukavele imzalandığını, bu mukavele hükümlerini davacının ifa etmemesi üzerine ihtarnameler gönderildiğini, davacının ihale katılım bedeli olarak 10.000 USD para vermediğini, yapılan ödemelerin iş proje karşılığı gizli ortaklık şeklinde olduğunu belirterek davanın reddini talep etmiştir. Mahkemece, Dairemizin bozma ilamı ve tüm dosya kapsamına göre; Bozma ilamından sonra alınan ve denetime elverişli, hüküm kurmaya yeterli mahiyette bulunan bilirkişi kurulunun 06.05.2019 tarihli raporu birlikte değerlendirildiğinde; davalıya yapılan ödemelerin adi ortaklığı sona erdiren 14.06.2012 tarihinden önce yapıldığı, 32.829,50 TL’nin içinde bulunan ve davalıya 16.12.2011 tarihinde davacı F. Enerji Ltd. Şti.’nden yapılan toplam 8.626,90 TL EFT ile ilgili banka dekontunda bunun ne için gönderildiğine ilişkin herhangi bir açıklamanın olmamasından dolayı asıl davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir. Dosyadaki yazılara, mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekilinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

O halde anılan Yargıtay kararları doğrultusunda görülmektedir ki; her ne kadar adî ortaklık ilişkisinin (dış ilişki) ortaklar yönünden senetle (kesin delillerle) ispatı edilmesi gerektiği yerleşik Yargıtay uygulaması olsa da¹¹⁰ incelemeye çalıştığımız yukarıda yer alan Yargıtay kararlarında, bir adî ortaklık ilişkisi türü olan gizli ortaklığın ispatında (adî ortaklığın ortağı ile arasında gizli ortaklık ilişkisinin mevcut olup olmadığına ilişkin) senetle ispat kuralının geçerli olacağına ilişkin bir tespit yer almamaktadır. Oysaki tıpkı adî ortaklık ilişkisi gibi bu ilişki de şekil şartına tâbi olmayan bir sözleşmeye dayanmaktadır. Sözleşmenin tarafları aktif ortak ve gizli ortaktır. Belirttiğimiz üzere bu sözleşme ilişkisi çerçevesinde aktif ortağın üstlendiği temel edim işletmeyi kendi adına fakat iç ilişkide kendi, hem de gizli ortak adına işletmek olacaktır. Şüphesiz gizli ortaklıkların tercih edilme sebepleri çok farklı olduğundan görünüşleri de çok farklı olabilecektir.¹¹¹ Ancak kanaatimizce adî ortaklık sözleşmelerinin ispatı bakımından dış ortaklık ve iç ortaklık arasında fark olmamalı, her ikisi bakımından da Hukuk Muhakemeleri Kanunu uyarınca geçerli olan delil sistemi uygulanmalıdır. Zira gizli ortaklık ilişkisine de adî ortaklığa ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edilmektedir. Dolayısıyla dış ortaklık sözleşmesinin ispat şekli ile iç ortaklık sözleşmesinin ispat şekli bakımından bir ayrım olmaması gerektiği düşüncesi ile dış ortaklık sözleşmesinin ispat şekline ilişkin senetle ispat kuralının uygulanmasına ilişkin değerlendirmelerimizin iç ortaklıklar bakımından da geçerli olduğunu belirtmek isteriz.

SONUÇ

Özellikle adî ortaklık temeline dayanan sözleşme tiplerinin ticaret hayatında uygulamasının yaygın olduğu görülmektedir. Bu sözleşme türünün genel özelliklerini; Türk Borçlar Kanunu'nda şekle bağlı olmadan kurulabilmesi, karşılıklı borç yükleyen sözleşme olarak kabul edilmemesi, tüzel kişiliğinin bulunmaması, kural olarak el birliği ile mülkiyet kurallarının ve ortaklar arasında müteselsil sorumluluk rejiminin uygulanması olarak belirtebiliriz. Adî ortaklık sözleşmesinin kuruluşundaki bu "basit"lik, (İsviçre hukukunda "einfache Gesellschaft

¹¹⁰ Bu husustaki tespit edebildiğimiz ayrık kararlar için bkz. yuk. III. A.2.

¹¹¹ Bkz. Bilgili, s. 31 vd.

kavramı” kullanılmıştır) tarafların bu ilişkiyi kendi istekleri çerçevesinde şekillendirebilme imkânı ve ortaklıklar arasındaki sıkı ilişkiler bu ortaklık türünün tercih edilme sebebi olarak ortaya çıkarken diğer taraftan adî ortaklık sözleşmesinin mevcut olup olmadığına ilişkin uyuşmazlıkların artmasına sebebiyet vermiştir. Nitekim bir ortak diğer ortağa bu ilişkinin mevcut olup olmadığı veya ortaklık paylarının belirlenmesi amacıyla bir tespit davası açabilecektir. Bu dava açıldığında ise adî ortaklık sözleşmesinin ispatı bakımından Türk doktrini ve Yargıtay’ın görüşünün Hukuk Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde senetle ispat (kesin delillerle) kuralının uygulanacağı dolayısıyla ispat aracı olarak sözleşmenin yazılı yapılması gerektiği yönünde olduğu belirtilebilir. İsviçre hukukunda incelemeye çalıştığımız miras ortaklığının adî ortaklığa dönüşmesine ilişkin, tarafların bu husustaki açık iradesinin var olup olmadığına uyuşmazlık konusu olduğu bir kararda, Federal Mahkeme -açıkça belirtmese de- kanaatimizce taraflar arasında bu hususta yazılı bir sözleşme olmasını aramıştır. Buna karşılık doktrinde bu yöndeki kabulün adî ortaklık sözleşmesinin şekil şartına tâbi olmadan akdedilebilmesinin anlamsızlaştıracağı ve tarafların sürekli bir ispat kaygısı içerisinde olacakları, adî ortaklık sözleşmesinin özellikleri dikkate alınarak adî ortaklık sözleşmesi ile diğer sözleşmeler arasında senetle ispat kuralının uygulanması bakımından ayırım yapılması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca tespit edebildiğimiz kadarıyla Yargıtay, bazı kararlarında (yerleşik olmayan görüşün aksine) adî ortaklık sözleşmesinin ispatında her türlü delili değerlendirerek sözleşmenin mevcut olduğu yönünde karar vermiştir. Öte yandan Yargıtay Hukuku Genel Kurulu’nun 28.12.2022 tarihli, adî ortaklık sözleşmesinin ispat şekline ilişkin kararı önemlidir. Zira yerel mahkemenin senetle ispat kuralının adî ortaklık sözleşmesinde uygulanmaması gerektiğine ilişkin kararına karşı Hukuk Genel Kurulu, somut olayda tüm delillere ilişkin açıklama yaparak adî ortaklık sözleşmesinin kesin deliller ile ispat edilmesi gerektiği ve bu meyanda yemin deliline başvurulması gerekliliği üzerinde durulmuştur. Ayrıca adî ortaklık ilişkisinin tarafı olmayıp bu ilişkiye üçüncü kişi olanlar bakımından adî ortaklık sözleşmesinin varlığı her türlü delil ile ispat edebilecektir. Zira bilindiği üzere senede karşı senetle ispat kuralı sadece senedin tarafları için geçerlidir.

Adî ortaklık sözleşmesinin ispatında senetle ispat kuralının uygulanması bakımından ispat sınırının malvarlığı değerine göre mi yok-

sa ortakların katılım payı değerine göre mi uygulanacağı noktasında tereddüt doğabilecektir. Burada ortakların katılma payı edimi başta olmak üzere edim yükümlülüklerinin de alışılmışın dışında olduğunu vurgulamakta fayda vardır. Dolayısıyla adî ortaklık sözleşmesinin mevcut olup olmadığına ilişkin uyuşmazlıkta senetle ispat sınırının ortakların katılım payının değerine göre belirlenmesinin isabetli olduğunu düşünmekle birlikte özellikle katılma payının ekonomik değerinin bulunmadığı emeğin, yapma yapmama ediminin taahhüt edilmesi gibi durumlarda senetle ispat kuralının uygulanmaması gerektiği düşüncesindeyiz.

Diğer taraftan hukukî işlemler bakımından işlem güvenliği temeline hizmet eden senetle (kesin delillerle) ispat kuralı ile birlikte istisnaları kabul edildiği sürece bu zorunluluğun ispat hakkının ihlâli olarak değerlendirilmemesi gerektiği kanaatini taşımaktayız. Zira özellikle delil başlangıcı kurumu sayesinde teknolojik gelişmelerle birlikte senetle ispat kuralının istisnalarının gün geçtikçe daha fazla genişlediğini ve dolayısıyla bu kuralın katı uygulamasının olmadığını söylemek mümkündür. Adî ortaklık sözleşmesinin ispat şeklinde ilişkin olarak; bu sözleşmenin hukukî niteliğinin tartışmalı olduğunu, hangi bileşenin ön planda olacağını değişkenlik göstereceği, çok farklı ve geniş uygulamalarının olduğu dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır. Bu bağlamda her somut olay bakımından senetle ispat kuralının istisnalarının dikkate alınarak mümkün olduğunca şartları dahilinde delil başlangıcından faydalanılması gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıca senetle ispat kuralı denildiğinde, senedin kesin deliller arasında en önemlisi olduğundan dolayı ön plana çıktığının altını çizmekte fayda vardır. Nitekim Yargıtay kararlarında adî ortaklık sözleşmesinin ispatına ilişkin olarak taraflar arasında yazılı bir sözleşme mevcut bulunmuyorsa kesin delillerle ispat çerçevesinde ispat yükü üzerine düşen tarafa yemin delilinin kullanılması gerektiği vurgulanmıştır. O halde adî ortaklık sözleşmesinin varlığının uyuşmazlık konusu olduğuna ve taraflar arasında yazılı bir sözleşmenin akdedilmediği durumlarda yemin delilinin uygulama alanı bulacağı söylenebilecektir. Belirtmekte fayda vardır ki; yeminin hukukî sonuçlarını doğurabilmesi, kesin delil olarak kabul edilebilmesi için usulüne uygun olarak yerine getirilmesi gerekir. Yemin delili, ispat yükü kendisine düşen tarafın iddiasını diğer delillerle ispat edememesi hâlinde en son başvuracağı delil olup bu

bağlamda ispat yükünün kime ait olduğu hususunun doğru tespitinin önemine dikkat çekmek isteriz. Aynı zamanda sözleşmenin kuruluşu bakımından ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda geçerlilik şekline uygun olmayan bir sözleşmeden doğan borçlar ifa edildikten sonra geçersizlik iddiasında bulunulması ya da bir tarafın şekle uyulmamasını sağladıktan sonra geçersizliği ileri sürmesinin Türk Medenî Kanunu m. 2 anlamında hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilebileceği yönündeki kabul doğrultusunda şayet böyle bir durum varsa bu hususun da taraflar arasında bir adî ortaklık sözleşmesinin mevcudiyetine ilişkin uyuşmazlıkta dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz.

Adî ortaklık yapılanması içerisinde dış ortaklık ve iç ortaklık şeklinde bir ayırım mevcuttur. Esasında adî ortaklığın esas düzeni dış ortaklık yapısı olmakla birlikte iç ortaklığın da kendi içerisinde ayrımlarının olduğu, bu ayırım içerisinde “*alt katılım ortaklığı*”nın Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlendiğini ve fakat Türk hukukunda pozitif bir düzenlemesi bulunmayan “*gizli ortaklık*” kavramının ise özellikle ispat şekli bakımından Yargıtay kararlarına konu olduğunu görmekteyiz. Bu hususta incelemeye çalıştığımız Yargıtay kararlarında her ne kadar adî ortaklık ilişkisinin (dış ilişki) ortaklar yönünden senetle (kesin delillerle) ispatı edilmesi gerektiği yönündeki yerleşik uygulamanın aksine bir adî ortaklık ilişkisi türü olan gizli ortaklığın ispatında senetle ispat kuralının geçerli olacağına ilişkin bir tespit yer almamakta, her türlü delil ile ispatın geçerli olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Oysaki tıpkı adî ortaklık ilişkisi gibi bu ilişki de şekil şartına tâbi olmayan bir sözleşmeye dayanmakta ve bu ilişkiye de adî ortaklığa ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edilmektedir. Her ne kadar gizli ortaklıkların tercih edilme sebepleri çok farklı olduğundan görünüşleri farklılık arz etse de adî ortaklık sözleşmelerinin ispatı bakımından dış ortaklık ve iç ortaklık arasında fark yaratılmaması gerektiği düşüncesindeyiz. Bu sebeple dış ortaklık sözleşmesinin ispat şekline ilişkin değerlendirmelerimizin kural olarak iç ortaklıklar bakımından da geçerli olduğu belirtilmedi.

Kaynakça

Kitaplar

- Akın Murat Yusuf, Editör: Sami Karahan, Şirketler Hukuku, Mimoza Yayınları, 2.Baskı, Konya 2013.
- Alangoya H.Yavuz/Yıldırım M. Kâmil/Deren- Yıldırım Nevhis, Medenî Usul Hukuku Esasları, 2011 , 8.Baskı, Beta Yayınları.
- Akman Sermet/Burcuoğlu Halûk/Altop Atillâ, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- Altay Sıtkı Anlam, Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Sermaye Katılmalı Ortak Girişimler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.
- Atalay Oğuz Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku, 15.Bası On İki Levha, İstanbul 2017.
- Atalay Oğuz, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001.
- Atalı Murat/Ermenek İbrahim/Erdoğan, Ersin Medenî Usul Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- Ayar Ahmet, Adî Ortaklıkta İç ve Dış İlişkiler, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019.
- Bahtiyar Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, 8.Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2014.
- Barlas Nami, Adî Ortaklık Temeline Bağlı Sözleşme İlişkileri, Vedat Kitapçılık, 4.Bası, İstanbul 2016.
- Başözen Ahmet, Medenî Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.
- Bilge Necip/Önen Ergun, Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978.
- Bilgili Fatih/Demirkapı Ertan, Şirketler Hukuku Dersleri, 8.Basım, Dora Yayınları, Bursa 2021.
- Bolayır Nur, Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- Budak Ali Cem/Karaaslan Varol, Medenî Usûl Hukuku, 6.Bası, İstanbul 2022.
- Buse Dişel, Dava Takip Yetkisi On İki Levha, İstanbul 2020.
- Çiftçi Pınar, Medenî Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları, Ankara 2018.
- Derdiman Furkan, Adî Ortaklık Yapısındaki Değişiklikler, On İki Levha, İstanbul 2022.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 6.Baskı, Ankara 2018.
- Erturgut Mine, Medeni Usul Hukukunda Elektronik Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2004.
- Görgün L.Şanal/Börü Levent /Kodakoğlu Mehmet,11.Baskı Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- Güray Erdönmez, Pekcanitez Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası On İki Levha, İstanbul 2017.
- Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay Muhammet Özokes, Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 10.Bası, On İki Levha, İstanbul 2022.
- Hakan Pekcanitez, Medenî Usul hukukunda Fer'i Müdahale, Ankara 1992.
- Hakan Pekcanitez, Pekcanitez Usul Medenî Usûl Hukuku, 15.Bası, On İki Levha, İstanbul 2017.
- Handschin Lukas/Vonzun Reto, Zürcher Kommentar, 4. Auflage, Schulthess, 2009.

- Hatemi Hüseyin/Serozan Rona/Arpacı Abdülkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 1992.
- Kaplan İbrahim, İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı-Joint Venture-, Yetkin Yayınları, 3.Baskı, Ankara 2013.
- Karslı Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 5.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020.
- Kendigelen Abuzer/Kırca İsmail, Şirketler Hukuku C.I, On iki Levha, İstanbul 2021
- Kiraz Taylan Özgür, Medenî Yargılama Hukukunda İkrar, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2013.
- Konuralp Halûk, Medenî Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı, Önsöz Prof. Dr. Baki Kuru, Tıpkıbasım, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- Konuralp Halûk, Medenî Usûl Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Önsöz Prof. Dr. Baki Kuru, Tıpkıbasım, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- Kuru Baki/Budak Ali Cem, Tespit Davaları, 2.Baskı, On İki Levha, İstanbul 2010.
- Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, 2001.
- Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, 2001.
- Baki Kuru/Burak Aydın, Medenî Usul Hukuku El Kitabı, Cilt I, 2.Baskı, Yetkin Yayınları Ankara 2021.
- Münchener Kommentar zum BGB, Schäfer, Band 7, 8. Auflage 2020.
- Oğuzman M. Kemal/Barlas Nami, Medenî Hukuk, Giriş/Kaynaklar/Temel Kavramlar, İstanbul 2021.
- Oğuzman M. Kemal/Öz M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 17.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.
- Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Yetkin Yayınları Ankara 2003.
- Özenli Soysal, Uygulamada Adi Ortaklık ve Neden Olduğu Davalar, Kazancı Hukuk Yayınları No.62, Ankara 1988.
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, On İki Levha, İstanbul 2022.
- Pekcanitez Hakan/Meriç Nedim, Medenî Usûl Hukukunda Fer'î Müdahale, 2. Bası, On İki Levha, İstanbul 2020.
- Pekcanitez Hakan, Pekcanitez Medenî Usûl Hukuku, 15.Bası, On İki Levha, İstanbul 2017.
- Postacioğlu İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, 1911 sayılı Kanun'a Göre Yazılmış 6.Bası, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1975.
- Postacioğlu İlhan, Şahadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1964.
- Ramazan Arslan, Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989.
- Schütz Jürg, G., Personengesellschaftsrecht (Art. 530-619 OR), SHK-Stämpflis Handkommentar, Stämpfli Verlag, 2015.
- Şener Oruç Hami, Adi Ortaklık, Yetkin Yayınları, Ankara 2008.

- Tanrıver Süha, *Medenî Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı*, Ankara 2007.
- Tanrıver Süha, *Medenî Usul Hukuku*, Cilt I, Ankara 2021.
- Taş Korkmaz Hülya, *Hukuk Davalarında Gerçek Tarafın Belirlenmesi*, On İki Levha, İstanbul 2021.
- Taşpınar Sema, *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri*, Yetkin Yayınları Ankara 2001.
- Umar Bilge/Yılmaz Ejder, *İspat Yükü*, Kazancı Matbaacılık Sanayi, Büyükçekmece 1980.
- Umar Bilge, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- Yavaş Murat, *Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları*, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2020.
- Yıldırım Mehmet Kâmil, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, Kazancı Hukuk Yayınları No: 84, İstanbul 1990.
- Yılmaz Ejder, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 3.Cilt, Madde 126-2934. Baskı, Ankara 2021.

Makaleler

- Alangoya Yavuz, ““Senede Karşı Senetle İspat Kuralı” ve “Hayatın Olağan Akışı” Kavramı”, *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan*, Seçkin, Ankara 2004, s.521-530.
- Ayoğlu Tolga, “Adi Ortaklık İlişkileri Bakımından Senetle İspat Zorunluluğunun Uygulanabilirliği Hakkında Düşünceler”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.12, S.151-152, Mart-Nisan 2017, s.29-45.
- Berkin Necmeddin B., “Senetle İspat Mecburiyeti ve Kaidenin İstisnaları” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1950, C.XVI, S.3-4, s.799-821.
- Bolayır Nur, “Medenî Usul Hukukunda İspat Hakkı ve İspat Hakkının Sınırları”, *Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan*, Cilt 1, Yetkin Yayınları Ankara 2014, 555-585 (Bolayır, İspat Hakkı).
- Çiftçi Pınar, “Bir Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığında Özellikle Medenî Usûl Hukuku Açısından Delil Sözleşmelerinin Geçerliliği Sorunu”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Dergisi*, Özel Sayı 2010, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan I, s.129-182.
- Deliduman Seyithan, “Son Değişiklikler Çerçevesinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Borçlar Kanunu İlişkisi”, *Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012/1, s. 1-25.
- Deynekli Adnan, “İkrarda Manevi Unsur”, *TBBD*, S.64, 2006, s. 321-336.
- Ejder Yılmaz, *Yemin*, 3.Baskı, Ankara 2021.
- Erdönmez Güray, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 87, S. 2013/5, s. 15-53.
- Ercan İbrahim, “Bir Mahkeme Kararı Işığında Mahkeme Dışı İkrarın Nitelendirilmesi”, *Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan*, C.1, Ankara 2010, s, 831-837.
- Ermenek İbrahim, “Medeni Usul Hukukunda Şekilcilik”, *GÜHFD* 2000, S. 1-2, s. 169, s.142-180.

- Göksu Mustafa, "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Senetle İspat Kuralı ve Bunların İstisnaları", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*,1(1)2011, s.53-65.
- Hamamcıoğlu Esra/Karamanlıoğlu Argun, "Adi Ortaklık Sözleşmesinde Şekil", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Yıl: 2016, C.22, s. 1303-1331.
- Handschin Lukas, "Keine Angst vor der einfachen Gesellschaft", *SJZ* 109 (2013), Nr.21, s.485-491.
- Handschin Lukas, "Die Abgrenzung zwischen der losen Zusammenarbeit und der einfachen Gesellschaft", *Die vernetzte Wirtschaft*. Zürich 2004, s. 107-122.
- Kale Serdar/Keser Salih, "Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sistemi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Özel Sayı, Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın'a Armağan,2015, s. 701-725.
- Knobloch Stefan, "Joint Ventures: Vertrags-und gesellschaftrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten", *GesKR* 2013, S. 551, s. 551-569.
- Kurşat Zekeriya, Yeni Borçlar Kanunumuzda Adi Ortaklık Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *İÜHFİM*, C.LXX, S.1, 2012, s. 301-317.
- Kuru Baki, "Yazılı Delil Başlangıcı (HMK m.202)" Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Cilt 2, Yetkin Yayınları Ankara 2014, s.1383-1391 (Kuru, Yazılı Delil).
- Özkaya Ferendeci H. Özden, "Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki Belge Terimi ve İspat Hukukundaki Yeri", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, s. 813-830.
- Pekcanitez Hakan, "Hukukî Dinlenilme Hakkı", Prof. Dr. Hakan Pekcanitez Makaleler Cilt 1, On İki Levha, İstanbul 2016, s.509-559.
- Tanrıver Süha, "Türk Medeni Yargılama Hukukunda İkrarın Bölünüp Bölünemeyeceği Sorunu", *TBB*, 1993/2, s. 212-243.
- Toraman Barış, Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, s.1483-1523.
- Umar Bilge, "Muhtevası ve Hukuki Mahiyeti Bakımından İkrar Kavramı", *İÜHFİM*, 1964/1-2, s. 244-263.
- Yıldırım Kâmil, "Senetle İspat Kuralının Türk Medeni Yargılama Hukuku'ndaki Önemi" İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, 9.Baskı, Beta, Derleyen: Prof. Dr. M. Kâmil Yıldırım, s. 109-128.
- Yıldırım M. Kâmil, "İsviçre Federal Usul Kanunu Taslağında İspat Hukuku ve Özellikle İspat Hakkı", Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Seçkin, Ankara 2006, s. 679-692 (Yıldırım, İspat Hakkı)

Elektronik Kaynaklar

bger.ch.

İçtihat Bülteni.

Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

YARGI KOLONU DEĞİŞTİREN GÖREVSİZLİK KARARLARINDA HÜKMEDİLEN VEKÂLET ÜCRETİNİN MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKI BAĞLAMINDA İNCELENMESİ

EXAMINATION OF ATTORNEY'S FEE AWARDED IN NON-JURISDICTION DECISIONS IN THE CONTEXT OF THE RIGHT TO ACCESS TO COURT

Yakup Yaşar MİRZAOĞLU*

Özet: İdarenin yargısal denetimine yönelik olarak, Türk hukukunda kabul edilen sistem, “*yargı ayrılığı sistemi*”dir. Kural olarak, idari işlem, idari eylem ve idari sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar, “*idari yargı kolu*”nun görev alanına girmektedir. Ancak 1982 Anayasası, idari yargı kolu için münhasır bir görev alanı belirlememiştir. Bundan dolayı, yasama organı tarafından çıkarılacak bir kanunla, idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın adli yargı kolunun görev alanına sokulması mümkündür.

Türk yargı sisteminde hem adli hem de idari yargı kolunda dava açılabilir olması, idareye karşı dava açmak isteyen kişilerin davasını hangi yargı kolunda açması gerektiği noktasında hataya düşmesine yol açabilmektedir. Bir davanın yanlış yargı kolunda açılması durumunda, davaya bakmakta olan mahkeme, davanın diğer yargı kolunun görev alanına girdiğine karar vererek davayı reddetmektedir. Bu noktada, adli yargı kolunda yer alan mahkemelerle idari yargı kolunda yer alan mahkemeler arasında esaslı bir uygulama farklılığı meydana gelmektedir. İdari yargı kolunda yer alan mahkemeler, yanlış yargı kolunda açılan davanın reddine karar vermekle yetinirken, adli yargı kolunda yer alan mahkemeler, ayrıca davacı aleyhine vekâlet ücretine de hükmetmektedir.

Hem adli hem de idari yargı kolunda yer alan mahkemeler tarafından vekâlet ücretinin nasıl tespit edileceği ile alakalı düzenlemeler, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda¹ yer almaktadır. Her iki yargı kolundaki mahkemelerin aynı yasal düzenlemelere tabi olmasına rağmen uygulamadaki bu farklılığın doğurmuş olduğu hukuki sorunların incelenmesi gerekmektedir. Çalışmamızda, bazı

* Av. Dr., av.yakupgonen@gmail.com, ORCID: 0000-0002-3717-4093, Makalenin Gönderim Tarihi: 14.06.2023, Kabul Tarihi: 15.09.2023

¹ Resmî Gazete, 04.02.2011, S.27836.

mahkemeler tarafından verilen ve yargı kolunu değiştiren görevsizlik kararında hükmedilen vekâlet ücretinin mahkemeye erişim hakkı bağlamında incelemesi yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Vekâlet Ücreti, Mahkemeye Erişim Hakkı, Hukuki Belirlilik ve Güvenlik İlkesi, Yargı Ayrılığı Sistemi

Abstract: The system adopted in Turkish law regarding the judicial review of the administration is the “*jurisdictional dualism system*”. As a rule; disputes arising from administrative action, administrative activity and administrative contract are fall under the jurisdiction of the “*administrative judiciary branch*”. However, the 1982 Constitution do not specify an exclusive jurisdiction for the administrative judiciary. Therefore, with a law to be enacted by the legislature, it is possible to bring a dispute that falls under the jurisdiction of the administrative judiciary to the jurisdiction of the judicial branch.

Due to the fact that lawsuits can be filed in both the judicial and administrative jurisdictions in the Turkish judicial system may cause faults for the people who want to file a lawsuit against the administration on which jurisdiction they should file their case in. If a case is filed in the wrong branch of jurisdiction, the trial court dismisses the case, deciding that the case falls within the jurisdiction of the other judicial branch. At this point, there is a fundamental difference in practice between the courts in the judicial jurisdiction and the courts in the administrative jurisdiction. While the courts in the administrative judiciary branch just reject the lawsuit filed in the wrong judicial branch; courts in the judicial branch also award attorney’s fees against the plaintiff.

Regulations on how the attorney’s fee will be determined by the courts in both the judicial and administrative branches are included in the Civil Procedure Law No. 6100. Although the courts in both jurisdiction branches are subject to the same legal regulations, the legal problems caused by this difference in practice need to be examined. In our study, the attorney’s fee, which was given in the decision of non-jurisdiction, given by some courts and changed the jurisdictional branch, will be examined in the context of the right to access to court.

Keywords: Attorney’s Fee, The Right to Access to Court, Principle of Legal Certainty and Security, Jurisdictional Dualism System.

GİRİŞ

Adil yargılanma hakkı kapsamında yer alan hak ve ilkelerden birisi olan mahkemeye erişim hakkı, bireylerin iddia ve savunmalarını bir yargı mercii önünde ileri sürebilmesini teminat altına almaktadır.²

² Ahmet Ekinci, “Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014/3-4, s.821-823.

1982 Anayasası'nın "*Hak arama hürriyeti*" başlığını taşıyan 36'ncı maddesine göre, "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*".

Mahkemeye erişim hakkı, mutlak bir hak değildir. 1982 Anayasası'nın "*Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması*" başlığını taşıyan 13'üncü maddesine göre, "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir*". Anayasa'nın bu hükmü gereğince, mahkemeye erişim hakkına da birtakım sınırlamaların getirilmesi her zaman mümkündür. Örneğin, idari işleme karşı açılacak bir iptal davasının belirli bir süre içerisinde açılabilmesi ve bu süre geçtikten sonra o idari işleme karşı dava açmanın bir daha mümkün olmaması, davaların sadece görevli ve yetkili mahkemelerde açılabilmesi gibi hususlar mahkemeye erişim hakkının en önemli istisnalarını oluşturmaktadır. İşte çalışmamıza konu olan vekâlet ücreti de mahkemeye erişim hakkını sınırlandıran bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır.

Vekâlet ücreti, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda³ doğrudan düzenlenen konular içerisinde yer almamakta, Kanun'un 31'inci maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na atıf yapılan konular arasında yer alan "*yargılama giderleri*" kapsamında değerlendirilmektedir. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "*kararlarda bulunacak hususlar*" başlıklı 24. maddesinde "*yargılama giderleri ve hangi tarafa yükletildiği*" hususunun kararda yer alması gerektiği düzenlenmiş; bu yargılama giderlerinin kapsamının ne olduğuna dair bir açık bir düzenleme yapılmamış, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na yapılan atıfla yetinilmiştir.⁴

³ Resmî Gazete, 06.01.1982, S.17580.

⁴ Ramazan Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin, 2022, Ankara, s.436. Bununla birlikte yargılama giderlerine ilişkin HMK'da belirtilen hususların tamamının idari yargılama usulünde aynen uygulanmasının mümkün olmadığı ifade edilmektedir (Çağlayan, s.436). Candan, idari yargılama usulünde yargılama giderlerinin şu hususları kapsadığını belirtmektedir: Başvurma, karar ve yürütmenin durdurulması harçları, dava kapsamında yapılan tebliğ ve posta giderleri, resmi dairelerden alınan belgeler için ödenen harç, vergi ücret ve sair giderler, keşif giderleri, bilirkişi ücreti ve giderleri, vekil ile takip edilmeyen davalarda tarafların hazır buldukları günlere ait gündelik, seyahat ve konaklama giderlerine karşılık hâkimin takdir edeceği miktar, vekili bulunduğu halde mahkemece bizzat dinlenmek, isticvap olunmak veya yemin etmek üzere çağrılan taraf için takdir edilecek

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Yargılama giderlerinin kapsamı" başlıklı 323'üncü maddesinde, "vekil ile takip edilen davalarda kanun gereğince takdir olunacak vekâlet ücreti"nden bahsedilmiş, 330'uncu maddesinde de "vekil ile takip edilen davalarda mahkemece, kanuna göre takdir olunacak vekâlet ücreti, taraf lehine hükmedilir" hükmü düzenlenmiştir.⁵ Anayasa Mahkemesi de diğer yargılama giderleri gibi, davanın kaybedilmesi durumunda karşı taraf lehine hükmedilen vekâlet ücretinin mahkemeye erişim hakkını sınırlandırdığını kabul etmektedir.⁶

İdareye karşı açılan davalarda, davacının davasını kaybetmesi durumunda aleyhine vekâlet ücretine hükmedilmesi, mahkemeye erişim hakkı bakımından birçok sorunu da beraberinde getirmektedir. Böyle bir uygulama ile birlikte idareye karşı yersiz davaların açılmasının önüne geçileceği söylenebileceği gibi; bu durum, vatandaşların davayı kaybetme ve bunun sonucu olarak vekâlet ücreti ödeme korkusu ile idareye karşı dava açmaktan çekinmelerine de yol açabilmektedir. İdarenin eylem ve işlemlerinin yargı organlarınca denetlenmesinin hukuk devleti ilkesinin en önemli unsurlarından birisi olduğu göz önünde bulundurulduğunda; vekâlet ücretinin, vatandaşların idareye karşı dava açmaktan çekinmesine yol açmasının mahkemeye erişim hakkından öte hukuk devletinin hayata geçirilmesi bakımından da son derece önemli olduğu anlaşılmaktadır.⁷

Yukarıda da ifade edildiği üzere, idareye karşı açılan davaların kaybedilmesi durumunda davacı aleyhine vekâlet ücretine hükme-

gündelik, yol ve konaklama giderleri, vekille takip edilen davalarda konun gereğince takdir olunacak vekalet ücreti, yargılama sırasında yapılan diğer giderler. Bkz. Turgut Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Yetkin, 2017, Ankara, s.822-823.

⁵ Doktrinde yer alan bir tanıma göre yargılama giderleri, "davanın taraflarının, açılmış olan bir davanın görülmesi ve sonuçlanması için ödemekle yükümlü oldukları bedellerin toplamıdır". Hüsnü Aldemir, Hukuk Davalarında Yargılama Giderleri, Seçkin, 2000, Ankara, s.1.

⁶ Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2013/1619, 02.10.2013, Resmî Gazete, 15.11.2013, S.28822. Çalışmanın devamında, bu karara ayrıntılı olarak yer verilecektir.

⁷ İdarenin yapmış olduğu işlem ve eylemler sadece yargı organları tarafından değil, TBMM tarafından ya da TBMM adına denetlendiği gibi Cumhurbaşkanı, çeşitli denetim kurum ve kurulları ve bizatihi idarenin kendisi tarafından da denetlenmektedir. Ancak yargı denetimi dışındaki denetim yollarının idarenin yapmış olduğu işlem ve eylemlerin denetlenmesinde tam anlamıyla etkili ve yeterli olduğunu söylemek mümkün değildir. Yargı denetimi, idare üzerinde uygulanan en nesnel ve etkili bir denetim yoludur. Metin Günday, İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, 2022, Ankara, s.51-52.

dilmesi, mahkemeye erişim hakkı bakımından birçok sorunu beraberinde getirmektedir. Yeri geldiğinde bu sorunlardan da bahsedilecek olmakla birlikte, çalışmada esas itibarıyla idareye karşı yanlış yargı kolunda açılan davalarda verilen görevsizlik kararlarında hükmedilen vekâlet ücretlerinin mahkemeye erişim hakkını ihlal edip etmediği hususu üzerinde durulacaktır.

Bilindiği üzere, idarenin yargısal denetimine ilişkin Türk hukukunda kabul edilen sistem, “*yargı ayrılığı sistemi*”dir. Buna göre, Türk yargı organı, “*adli*” ve “*idari*” olmak üzere, iki yargı kolundan oluşmakta ve idareye karşı açılan davalar esas itibarıyla bu konuda ihtisaslaşmış ve zaten bu maksatla kurulmuş idari yargı mercileri tarafından incelenmektedir.⁸ Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, yasama organı tarafından çıkarılan kanunlarla idari nitelikte olan ve esas itibarıyla idari yargı kolunun görev alanına giren bir uyumsuzluğun adli yargı kolunun görev alanına sokulabileceğine hükmetmektedir.⁹ Bu durum, uygulamada, idareye karşı dava açmak isteyen kişilerin davalarını hangi yargı kolunda açmaları gerektiği noktasında bir tereddüde düşmesine yol açabilmekte ve adli yargı kolunda açılması gereken bir davanın idari yargı kolunda, idari yargı kolunda açılması gereken bir davanın da adli yargı kolunda açılması sonucunu doğurabilmektedir. İdareye karşı açılan bir davanın yanlış yargı kolunda açıldığını düşünen adli veya idari yargı yerleri, davanın reddine karar vererek dosyadan el çekmektedir. İşte bu noktada, adli yargı kolunda yer alan mahkemeler, idareye karşı açılan davada verdikleri görevsizlik kararı ile birlikte davacı aleyhine vekâlet ücretine de hükmetmektedirler.

⁸ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer Cemil Kaya, Açıklamalı - İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, 2019, Ankara, s.41.

⁹ AYM, konu ile alakalı vermiş olduğu kararlarda, idari yargının Anayasa tarafından koruma altına alınan münhasır bir görev alanının olmadığını, idari yargının görev alanına giren bir konunun, yasama organı tarafından çıkarılacak bir kanunla adli yargının görev alanına sokulabileceğini, ancak bu noktada yasama organının “mutlak bir takdir yetkisi”nin olmadığını, idari bir uyumsuzluğu adli yargının görev alanına sokan bir yasal düzenlemenin anayasaya aykırı olmaması için “kamu yararı ve haklı bir neden” olması gerektiğini ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Serdar Yılmaz, “İdari Yargının Görev Alanının Daraltılmasına Yönelik Yeni Bir Girişim Olarak İnsan Zararları Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevlerine Dair Kanun Teklifi Üzerine Bir Değerlendirme”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2015/3, s.113-181. Aynı yönde bkz: Ali Ulusoy, İdari Yargılama Hukuku, Yetkin Yayınları, 2022, Ankara, s.37 vd.

Çalışmamızda, uygulamadaki yaşanan sorunun mahkemeye erişim hakkı bağlamında bir incelemesi yapılacak ve çözüm önerileri sunulacaktır. Bu bağlamda; çalışmamız üç bölümden meydana gelmektedir: Birinci bölümde, Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararlar çerçevesinde, idareye karşı açılan davalarda hükmedilen vekâlet ücretleri ile mahkemeye erişim hakkı arasındaki ilişki incelenerek yüksek mahkemenin konu ile alakalı geliştirmiş olduğu kriterler tespit edilecektir. Bu bölümde, öncelikli olarak, Anayasa Mahkemesi'nin vekâlet ücretinin hukuki niteliği ve idarenin vekille temsil edilmesine ilişkin vermiş olduğu norm denetimi kararları, daha sonra da idareye karşı açılan davalarda hükmedilen vekâlet ücreti ile mahkemeye erişim hakkı arasındaki ilişkiyi incelediği bireysel başvuru kararları incelenecektir. İkinci bölümde, vekalet ücretine ilişkin adli ve idari yargı kolları tarafından verilen kararlar incelenip Yargıtay ve Danıştay'ın konu ile alakalı vermiş olduğu kararlar karşılaştırılacaktır. Çalışmanın üçüncü bölümünde ise idareye karşı açılan davalarda, yargı kolunun değişmesi sonucunu doğuran görevsizlik kararlarında vekâlet ücretine hükmedilmesinin, Anayasa Mahkemesi tarafından benimsenen kriterler çerçevesinde mahkemeye erişim hakkını ihlal edip etmediği incelenecektir. Bu bölümde ayrıca aynı yasal düzenlemelerin adli ve idari yargı kolları tarafından farklı şekilde yorumlanıp uygulanmasının hukuki belirlilik ve güvenlik ilkesi bakımından incelemesi de yapılacaktır.

I. İDAREYE KARŞI AÇILAN DAVALARDA HÜKMEDİLEN VEKÂLET ÜCRETİNE ANAYASA MAHKEMESİ'NİN YAKLAŞIMI

A. Anayasa Mahkemesi'nin Norm Denetimi Kapsamında Vermiş Olduğu Kararlar

Anayasa Mahkemesi, vekâlet ücretinin hukuki niteliği ile alakalı genel görüşünü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun¹⁰ 164'üncü maddesinde değişiklik yapan 02.05.2001 tarih ve 4667 sayılı Kanun'un 77'nci maddesinde yer alan "*dava sonunda, kararlar tarifeye dayanılarak karşı tarafa yükletilecek vekâlet ücreti avukata aittir*" hükmünün iptalinin talep

¹⁰ Resmî Gazete, 19.03.1969, S.13168.

edildiği kararında açıklamıştır. İptal talebinde bulunan Söke 2. Asliye Hukuk Mahkemesi, özetle şu kararı vermiştir:¹¹

“...(M)ahkemeler tarafından dava sonunda hükmedilen vekâlet ücretinin yargılama gideri kapsamında olduğu ve haksız çıkan taraftan alınarak haklı çıkan tarafa verildiği, bu suretle diğer yargılama giderlerinde olduğu gibi dava sonucu haklı çıkan tarafın ödediği avukatlık ücretinin karşılansının amaçlandığı, avukatın vereceği emek ve zamanın karşılığı olan ücretin ise avukatlık sözleşmesiyle belirlendiği ve bu ücretin sözleşmenin tarafı olan müvekkilden tahsil edildiği, davanın tarafı olarak müvekkilin avukatlık ücreti ödemesine rağmen mahkemece müvekkil lehine belirlenen ücretin doğrudan avukata ait olacağını düzenleyen kuralın taraflara bu konuda farklı bir anlaşma yapma imkânı tanımadığı, bu nedenle avukatla müvekkil arasındaki eşitliğin bozulduğu, avukatlık mesleğine herhangi bir haklı gerekçe olmaksızın ayrıcalık tanındığı, davasını avukat aracılığıyla takip etmek isteyen kişilerin, dava sonunda haklı çıksalar bile avukata hizmeti karşılığı ödedikleri ücretleri hiçbir şekilde karşı taraftan alamayacakları ve ödedikleri ücretlerin üzerlerinde kalacağı, bu durumun kişinin avukat tutmaktan kaçınmasına ve davasını kendi başına takip etmek istemesine neden olabileceği, bu suretle kişilerin avukat aracılığıyla davalarını takip etmelerinin dolaylı olarak engellendiği (dolayısıyla, söz konusu yasal düzenlemenin hak arama özgürlüğü ile adil yargılanma hakkı ilkelerini ihlal ettiği...)”.

Yukarıda anılan gerekçelerle Anayasaya aykırı olduğu iddia edilen kanun hükmünün Anayasaya uygun olduğuna hükmeden Anayasa Mahkemesi, vekâlet ücreti ile alakalı şu açıklamaları yapmıştır:¹²

“6100 sayılı Kanun’un 71’inci maddesine göre dava ehliyeti bulunan herkes, davasını kendisi veya tayin ettiği vekil aracılığıyla açabilir ve takip edebilir. 1136 sayılı Kanun’un 35’inci maddesin(e) (...) göre de dava ehliyeti olan herkes kendi davasına ait evrakı düzenleyebilir, davasını bizzat açabilir ve işini takip edebilir. Bu kapsamda dava ehliyeti olan davalı da avukat aracılığı olmadan kendini savunabilir. Davacı veya davalının davayı vekil aracılığıyla takip etmeleri kendi iradelerine bağlıdır. Bu bağlamda kişilerin kendi iradeleriyle avukatın hukuki yardımından yararlanmak ve davalarını vekil aracılığıyla takip etmek istemeleri halinde bu yardımın karşılığı olan meblağı ve değeri karşılamarı gerekir. Nitekim avukatların hukuksal bilgi ve tecrübelerinden yararlanma, hak arama ve savunmada başvurulacak meşru yol ve vasıtaların

¹¹ Söke 2. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin gerekçesi ile aynı yöndeki çalışma için bkz: Mehmet Şimşek, “Yargı Organları Hükmedilen Vekâlet Ücretinin Aidiyeti Sorunu”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2015/6 s.535-561.

¹² Anayasa Mahkemesi, E.2017/154, K.2019/18, 10.04.2019, Resmî Gazete, 16.05.2019, S.30776.

başında gelir. Vekâlet ücreti savunma hakkının en önemli parçası olan hukuki danışmanlık görevinin, konunun uzmanı hukukçular tarafından yapılmasının doğal bir sonucudur. Dolayısıyla kişilerin bizzat dava açma veya davalarını avukatla takip etme imkânını ortadan kaldırmayan itiraz konusu kuralın hak arama özgürlüğüne aykırı olduğundan söz edilemez”.

İdareye karşı açılan veya idarenin açtığı davalarda, idarenin vekille temsil edilebilmesi ve bu temsil dolayısı ile vekilin hak ettiği vekâlet ücretine dair temel yasal düzenleme, 06.04.2011 tarih ve 6223 sayılı Yetki Kanunu’na¹³ dayanılarak çıkarılan 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname’dir.¹⁴ Kararname’nin 14’üncü maddesine göre; *“Tahkim usulüne tabi olanlar dahil adli ve idari davalar ile icra dairelerinde idarelerin vekili sıfatıyla hukuk birimi amirleri, muhakemat müdürleri, hukuk müşavirleri ve avukatlar tarafından yapılan takip ve duruşmalar için, bu davaların idareler lehine neticelenmesi halinde, bunlar tarafından temsil ve takip edilen dava ve işlerde ilgili mevzuata göre hükmedilmesi gereken tutar üzerinden idareler lehine vekâlet ücreti takdir edilir.”*

659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 1982 Anayasası’na aykırı olduğu gerekçesiyle yapılan iptal başvurusunda Anayasa Mahkemesi, konu ile alakalı şu açıklamaları yapmıştır:¹⁵

“Adli ve idari yargıda, icra mercileri ve hakemler nezdinde vekil sıfatıyla doğrudan temsil yetkisi kural olarak avukatlara aittir. Ancak, kanun koyucu, kamu yararı ve hizmetin gereklerini dikkate alarak kamu idareleri bakımından bu kurala istisna getirebilir. Zira 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 35. maddesine göre, yargı mercilerinde asıl yerine dava açmak, savunmak, iş takip etmek yetkisi kural olarak baro levhasına kayıtlı avukatlara aittir. Ancak, aynı maddede hukuk ve ceza muhakemeleri kanunları ile sair kanunlarda gösterilen hallerde avukat olmayan kimselerin de asıl yerine mahkemelerde iş ve işlemler yapabileceği belirtilmiştir. Bu durum tarihsel süreçte de böyle olmuş ve idarelerin taraf olduğu davalarda, idareleri temsil yetkisi kamu avukatları yanında daire amirleri, muhakemat müdürleri, hukuk müşavirleri ve ilgili şube müdürlerine devredilmiştir. (...) Temsile ilişkin genel kuralın istisnası niteliğinde olan dava konusu kuralların madde gerekçelerinden de, idarelerin

¹³ Resmî Gazete, 06.04.2011, S.27923.

¹⁴ Resmî Gazete, 02.11.2011, S.28103.

¹⁵ Anayasa Mahkemesi, E.2011/145, K.2013/70, 06.06.2013, Resmî Gazete, 23.11.2013, S.28830. Konu ile alakalı ayrıntılı bilgi için bkz: Mehmet Karaarslan, “İdare’nin Yargısal Mercilerde Temsili ve Temsilcilerin Sorumluluğu”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2016/3, s.417-465.

hukuk birimlerinde çalışanların eğitim durumlarında ve usul mevzuatındaki değişiklikler kapsamında, işleyişin kolaylaştırılarak hukuk birimlerindeki çalışanlardan azami ölçüde istifade edilebilmesini teminen, hukuk birimi amirleri, hukuk müşavirleri ve muhakemat müdürlerinin, idareleri tahkim mercilerinde, mahkemelerde ve icra mercilerinde vekil sıfatıyla temsil edebilmesi ve idarelerin taraf olduğu her türlü dava ve icra takibi sonrasında takibin idare lehine sonuçlanması hâlinde ise idare lehine vekâlet ücreti takdir edilmesinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır. İdarelerin, yargı mercileri önünde savunma hakkının en önemli parçası olan hukuki danışmanlık görevini yerine getiren hukuk birimi amirleri, hukuk müşavirleri ve muhakemat müdürleri tarafından da temsil edilebileceğini, bu kişiler tarafından takip edilen davaların idare lehine sonuçlanması durumunda idareler lehine yargılama gideri niteliğinde olan vekâlet ücreti takdir edileceğini öngören dava konusu kurallarda kamu yararı olmadığı söylenemez. Yapılan somut düzenlemelerin bu amaçları etkin bir şekilde gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığı yönündeki bir değerlendirme ise anayasallık denetiminin kapsamı dışındadır. Dolayısıyla, dava konusu kurallar, kanun koyucunun takdir yetkisi içinde olup hukuk devleti ilkesine aykırılık söz konusu değildir”.

Karardan da anlaşılacağı üzere Anayasa Mahkemesi, idarenin taraf olduğu davalarda vekille temsil edilmesini, savunma hakkının en önemli parçası olduğu ve idarenin avukatlar dışındaki kişiler tarafından da temsil edilmesini düzenleyen hükmün 1982 Anayasası'na aykırı olmadığı görüşündedir.

B. Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kapsamında Vermiş Olduğu Kararlar

Anayasa Mahkemesi'nin davayı kazanan taraf lehine hükmedilen vekâlet ücreti ve idarelerin taraf olduğu davalarda vekil aracılığıyla temsil edilmesine ilişkin bu iki norm denetimi kararını inceledikten sonra, idare lehine hükmedilen vekâlet ücreti ile mahkemeye erişim hakkı arasındaki ilişkiye dair bireysel başvuru kararlarının da incelenmesi gerekmektedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere Anayasa Mahkemesi, davayı kaybeden taraf aleyhine hükmedilen vekâlet ücretinin yargılama giderleri arasında olduğunu ve bu durumun mahkemeye erişim hakkına müdahale teşkil ettiğine hükmetmektedir. Bir bireysel başvuruda, Anayasa Mahkemesi, konu ile alakalı şu ifadeleri kullanmıştır:¹⁶

¹⁶ Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2013/1613, 02.10.2013, Resmî Gazete, 15.11.2013,

“Vekâlet ücreti bir yargılama gideri olup, kural olarak bu tür giderler mahkemeye erişim hakkına müdahale teşkil eder. Ancak, gereksiz başvuruların önlenerek dava sayısının azaltılması ve böylece mahkemelerin fuzuli yere meşgul edilmeksizin uyuşmazlıkları makul sürede bitirebilmesi amacıyla başvuruculara belli yükümlülükler öngörülebilir. Bu yükümlülüklerin kapsamını belirlemek kamu otoritelerinin takdir yetkisi içindedir. Öngörülen yükümlülükler dava açmayı inkânsız hale getirmedikçe ya da aşırı derece zorlaştırmadıkça mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği söylenemez. Dolayısıyla davayı kaybetmesi halinde başvurucuya yüklenecek olan vekâlet ücreti bu çerçevede değerlendirilmelidir”.

1982 Anayasası'nın mahkemeye erişim hakkı ile alakalı hükümlerini düzenleyen 36'ncı maddesinde, bu hakkın sınırlandırılmasına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş olsa da mahkemeye erişim hakkının mutlak bir hak olduğunu söylemek mümkün değildir.¹⁷ Bu noktada temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına dair hükümleri düzenleyen 1982 Anayasası'nın 13'üncü maddesinde yer alan düzenlemelerin mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılmasına dair de temel unsurları belirlediği söylenebilir. Anayasa'nın “temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması” başlıklı 13'üncü maddesine göre; “temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir”. Bu anayasal hüküm karşısında, hükmedilen vekâlet ücretinin mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurmaması için özellikle iki şartın gerçekleşmiş olması gerekmektedir: Vekâlet ücretine ilişkin düzenlemenin yasama organı tarafından çıkarılan bir kanunla yapılmış olması (*kanunilik ilkesi*) ve davacı aleyhine hükmedilen vekâlet ücretinin ölçülü/orantılı (*ölçülülük ilkesi*) olması. Anayasa Mahkemesi de idareye karşı açılan davalarda, davacı aleyhine hükmedilen vekâlet ücretinin mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurmaması için kanunilik ve ölçülülük ilkelerine uygunluğunu temel almaktadır.

1. Kanunilik Kriteri

Diğer temel hak ve hürriyetlerde olduğu gibi vekâlet ücreti ile alakalı düzenlemelerin de 1982 Anayasası'na aykırılık teşkil etmemesi ve dolayısıyla mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmesi sonucunu

S.28822.

¹⁷ İkinci, s.830.

doğurmaması için konu ile alakalı düzenlemelerin kanun ile yapılmış olması gerekmektedir. Konu ile alakalı vermiş olduğu bir kararda Anayasa Mahkemesi, idare lehine hükmedilen vekâlet ücretinin yasal dayanağı olmadığı gerekçesiyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Yüksek mahkemenin konu ile alakalı görüşü şu şekildedir:¹⁸

“Anayasa’nın 36. maddesinde hak arama özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Anayasa’nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri düzenleyen 13. maddesi ise hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğini temel bir ilke olarak benimsemiştir. Buna göre mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahalelerde dikkate alınacak öncelikli ölçüt, müdahalenin kanuna dayalı olmasıdır. Bu ölçütün sağlanmadığı tespit edildiğinde diğer ölçütler bakımından inceleme yapılmaksızın mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği sonucuna varılacaktır. (...) Müdahalenin kanuna dayalı olması öncelikle şekli manada bir kanunun varlığını zorunlu kılar. Şekli manada kanun, Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) tarafından Anayasa’da belirtilen usule uygun olarak kanun adı altında çıkarılan düzenleyici yasama işlemidir. Hak ve özgürlüklere müdahale edilmesi ancak yasama organınca kanun adı altında çıkarılan düzenleyici işlemlerde müdahaleye imkân tanıyan bir hükmün bulunması şartına bağlıdır. TBMM tarafından çıkarılan şekli anlamda bir kanun hükmünün bulunmaması hakka yapılan müdahaleyi anayasal temelden yoksun bırakır. (...) Somut olayda avukatlık ücretinin takdirine ilişkin kararda esas alınan mevzuat hükmü aynı zamanda karar tarihi de olan 13.11.2014 tarihinde Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Ancak bu iptal kararı 13.3.2015 tarihli ve 29294 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmış, yayımı tarihinden itibaren hüküm ifade etmeye başlamıştır. Bu durumda ilk derece mahkemesi kararının tarihi dikkate alındığında Yargıtay tarafından nispi vekâlet ücretine hükmedilmesinin kanuni dayanağının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Zira Anayasa Mahkemesinin maktu yerine nispi vekâlet ücretine hükmedilmesi sonucunu doğuran iptal kararı, vekâlet ücretinin belirlenmesine esas alınması gereken ilk derece mahkemesinin karar

¹⁸ Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2017/5056, 29.09.2020, Resmî Gazete, 18.11.2020, S.31308.

tarihi itibarıyla henüz yürürlüğe girmemiştir. Anılan tarihte yürürlükte olan Kanun ise vekâlet ücretinin maktu olarak belirlenmesine izin vermektedir. Başvurucunun mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahalenin kanuni dayanağının bulunmadığı tespit edildiğinden müdahalenin meşru amacı ve ölçülülüğü yönlerinden ayrıca değerlendirme yapılmasına gerek bulunmamaktadır”.

Karardan da anlaşılacağı üzere Anayasa Mahkemesi, vekâlet ücreti ile alakalı uygulamaların mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurmaması için öncelikli olarak kanunilik ilkesinin gerçekleşip gerçekleşmediğini incelemekte ve kanunilik ilkesinin gerçekleşmediğini tespit ettiği durumlarda diğer kriterlere bakmaksızın hak ihlali kararı vermektedir.¹⁹

Kanunilik kriteri ile alakalı üzerinde durulması gereken konulardan birisi de vekâlet ücretine ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Avukatlık Kanunu’nda yer alan düzenlemelerin kanunilik şartını sağlayıp sağlamadığıdır. Yukarıda belirtildiği üzere İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda vekâlet ücreti ile alakalı bir düzenleme yer almayıp bu konu ile alakalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na atıf yapılmış olsa da Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda da vekâlet ücretinin mahkemeler tarafından nasıl belirleneceğine dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Mahkemeler tarafından hükmedilecek olan vekâlet ücretinin nasıl tespit edileceğine dair düzenleme Avukatlık Kanunu’nda yer almaktadır. Kanunun 169’uncu maddesine göre; “yargı mercilerince karşı tarafa yükletilecek avukatlık ücreti, avukatlık ücret tarifesinde yazılı miktardan az ve üç katından fazla olamaz”. Bu düzenlemeye göre; yargı organları tarafından hükmedilecek vekâlet ücretinin tespit edilmesinde, avukatlık ücret tarifesi esas alınacaktır. Avukatlık ücret tarifesi de Avukatlık Kanunu’nun 168’inci maddesi uyarınca her yıl Türkiye Barolar Birliği tarafından hazırlanmakta ve Adalet Bakanlığı’nun onayıyla kesinleşmektedir. İşte bu noktada, temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla

¹⁹ AYM’nin başvuru aleyhine hükmedilen vekâlet ücretinde, kanunilik ilkesinin sağlandığı gerekçesiyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmediğine dair kararı için bkz: Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2014/8264, 29.06.2016, P.27-30, Resmî Gazete, 13.10.2016, S.29856. Adli yargıda görülen bir hukuk davasında hükmedilen vekâlet ücretinin kanunilik kriterini sağlamadığı gerekçesiyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine dair karar için bkz: Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2018/25293, 15.12.2020, P.42-48.

sınırlandırılabilmesine ilişkin 1982 Anayasası'nın 13'üncü maddesi ile çelişen bir durum ortaya çıkmaktadır. Zira bilindiği üzere Türkiye Barolar Birliği ve Adalet Bakanlığı yürütme organı içerisinde yer almaktadır ve bu idari organlar tarafından çıkarılan avukatlık ücreti tarifesi, hukuki niteliği itibarıyla düzenleyici nitelikte bir idari işlemdir. Bu noktada, mahkemeye erişim hakkına müdahale niteliğinde olan vekâlet ücretinin tespit edilmesinde esas alınan avukatlık ücret tarifesinin, yürütme organı içerisinde yer alan Türkiye Barolar Birliği ve Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılması ve bu tarifenin idari işlem niteliğinde olmasının, kanunilik kriteri bakımından bir hukuka aykırılık teşkil edip etmediğinin tespit edilmesi gerekmektedir.

İdareye karşı açılan maddi tazminat davalarının reddedilmesi durumunda hükmedilen nispi vekâlet ücretlerinin mahkemeye erişim hakkı bağlamında incelemesinin yapıldığı bir çalışmada; Danıştay'ın, ilk derece mahkemeleri tarafından davacı aleyhine hükmedilen nispi vekâlet ücretlerinin ölçülülük ilkesini sağlamadığı gerekçesiyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurduğuna karar verdiğine dikkat çekilmektedir. Söz konusu çalışma, Danıştay'ın vermiş olduğu bu kararlarda ölçülülük ilkesini temel alsa da konu ile alakalı asıl kanunilik ilkesi bakımından sorun bulunduğunu, ancak yüksek mahkemenin bu hususa hiç değinmediğini ifade etmektedir.²⁰ Yazara göre, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Avukatlık Kanunu'nda vekâlet ücretine ilişkin yasal dayanağın varlığı tek başına yeterli olmamakta, sınırlamanın bizatihi kendisinin düzenleyici nitelikteki bir idari işlemle değil kanunla yapılması gerekmektedir. Bundan dolayı, mahkemeye erişim hakkına vekâlet ücreti ile getirilen sınırlamanın kanunla yapıldığından söz etmek olanaksızdır; vekâlet ücretinin avukatlık ücret tarifesi esas alınarak tespit edileceğine dair Avukatlık Kanunu'nda yer alan düzenleme yasama yetkisinin devri niteliğinde olup Anayasaya aykırıdır.²¹

Bu değerlendirmenin yanında asıl sorun Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan hükmün görevsizlik kararı ile diğer yargı koluna gönderme yapıldığı hallerde ortaya çıkabilecek çifte vekalet ücreti

²⁰ K. Burak Öztürk, "Vekâlet Ücreti ve Mahkemeye Erişim Hakkı", 5. İdare Hukuku Buluşması - Danıştay Karar İncelemeleri 4-6 Mayıs 2018, Büyükkada/İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019, s.29-41.

²¹ Öztürk, s. 29-41.

doğması halinin kanunda dahi açıkça öngörülmemiş olmasıdır. Bu sebeptendir ki Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan aynı kanun maddesinin adli yargı ve idari yargı uygulamaları çok farklı sonuçlar doğurmaktadır. Görevsizlik kararı halinde adli yargıda idare lehine vekalet ücretine hükmedilmesi kanunda açıkça düzenlenmediği gibi eşitlik ilkesi açısından da sakıncalar doğurmaktadır. Çünkü bu tür bir vekalet ücretine hükmedilmesi ancak idare lehine mümkün olup özel hukuk kişilerinin böyle bir imkândan yararlanması ihtimal dahilinde değildir.²²

2. Ölçülülük Kriteri

Yukarıda da ifade edildiği üzere Anayasa Mahkemesi, vekâlet ücretine ilişkin uygulamaların mahkemeye erişim hakkının ihlaline yol açmaması için öncelikli olarak kanunilik kriterinin yerine getirilmiş olmasını aramaktadır. Ancak kanunilik kriterinin yerine getirilmiş olması, mahkemeye erişim hakkına yönelik bir müdahalenin ihlale yol açmaması için tek başına yeterli değildir. Yüksek mahkeme, kanunilik kriterinin yanında ölçülülük kriterini de dikkate almakta ve bu kriterin ihlal edilmesi sonucunu doğuran müdahalelerin de mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurduğuna karar vermektedir.

İdareye karşı açılan bir tam yargı davasında, davanın kabul edilmeyen kısmı ile alakalı davacı aleyhine hükmedilen vekâlet ücretine karşı yapılan bireysel başvuruda Anayasa Mahkemesi, vekâlet ücreti, mahkemeye erişim hakkı ve ölçülülük ilkesi arasındaki ilişkiyi şu şekilde kurmuştur:²³

²² Bunun tek istisnası bir sözleşmenin iptali için idarenin özel hukuk kişisine açacağı dava olabilir. Burada da sözleşmenin idari sözleşme mi yoksa özel hukuk sözleşmesi mi olduğu konusunda tereddüt yaşanması lazım. Aksi halde idari yargıda ancak idare aleyhine dava açılabilir.

²³ Anayasa Mahkemesi, Başvuru Numarası: 2014/10261, 08.12.2016. Yine davacı aleyhine hükmedilen 2400 TL tutarındaki vekâlet ücretinin mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği iddiasıyla yapılan bireysel başvuruda hak ihlali olmadığına dair çoğunluk görüşüne katılmayan üyelerden Hicabi Dursun'un karşı oy yazısı ölçülülük ilkesi ile alakalı önemli açıklamalar içermektedir: "Mahkemeye ulaşma hakkı bireyler açısından mutlak bir hak olmayıp kamusal gerekçelerle bazı sınırlamalara tabi tutulabilir. Yargının/adaletin uygun yönetimi gereği dava açma hakkının vekalet ücreti gibi belirli tutardaki maliyetleri içermesinin kabul edilmesi gerekir. Zira yargının gereksiz başvurular nedeniyle aşırı yükün altında

“Taraflardan birinin yargılamadaki başarı oranına göre kazanılan veya kaybedilen değer oranında lehine veya aleyhine mahkeme masraflarının hükmedilmesine yönelik düzenlemeler mahkemeye erişim hakkına müdahale oluşturmakta ise de abartılı, zorlama veya ciddiyyetten yoksun talepleri disipline etmeye yönelik orantılı müdahaleler meşru görülebilir. Ancak bu sınırlamaların hakkın özüne zarar vermeyecek nitelikte, meşru bir amaca dayalı ve kullanılan aracın sınırlama amacı ile orantılı olması, kamu yararının gerekleri ile bireyin hakları arasında kurulmaya çalışılan adil dengeyi bozacak şekilde birey aleyhine katlanması zor külfetler yüklenmemiş olması gerekir. Dava sonucundaki başarıya dayalı olarak taraflara avukatlık ücreti ödeme yükümlülüğü öngörülmesi de bu kapsamda mahkemeye erişim hakkına yönelik bir sınırlama oluşturur. Böyle bir sınırlamanın meşru görülebilmesi için kamu yararı ile birey hakkı arasında makul bir dengenin gözetilmiş olması gerekir. (...) Gereksiz başvurunun önlenerek dava sayısının azaltılması ve böylece mahkemelerin füzuli meşgul edilmeksizin uyumsuzlukları makul sürede bitirebilmesi amacıyla başvuruculara belli yükümlülükler öngörülebilir. Bu yükümlülüklerin kapsamını belirlemek kamu otoritelerinin takdir yetkisi içindedir. Öngörülebilir yükümlülükler dava açmayı imkânsız hale getirmedikçe ya da aşırı derecede zorlaştırmadıkça mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği söylenemez. Dolayısıyla davayı kaybetmesi halinde başvurucuya yüklenecek olan avukatlık ücreti bu çerçevede değerlendirilmelidir. Buna karşılık bir hukuki uyumsuzluğu mahkeme önüne taşıyan başvurucuların reddedilen dava konusu miktar üzerinden hesaplanan avukatlık ücretini karşı tarafa ödemeye mahkûm edilmeleri ihtimali veya olgusu, belirli dava koşulları çerçevesinde mahkemeye başvurularını engelleme ya da mahkemeye başvurularını anlamsız kılma riski taşımaktadır. Bu kapsamda davanın özel koşulları çerçevesinde masrafların makullüğü ve orantılılığı, mahkemeye erişim hakkının asgari sınırını teşkil

kalmasının önlenmesi ve böylelikle işlevini etkili bir şekilde yerine getirebilmesi bir takım hukuki tedbirlerin alınmasını zorunlu kılar. Bu noktada göz önüne alınması gereken husus, alınacak tedbirlerin ölçülü olması, bireysel yarar ile kamu yararı arasında makul bir denge tesis etmesidir. Söz konusu tedbirler ölçülülük ilkesi gereği; bir yandan mahkemeye ulaşma hakkını zorlaştırarak kullanılamaz hale getirmemeli diğer taraftan da gereksiz başvurularla yargının aşırı iş yükü altına kalmasını engelleyerek kamu yararını korumalıdır. (...) Başvuru konusu davada başvurucu aleyhine 2.400 TL tutarında vekalet ücretine hükmedilmesinin gereksiz başvurularla yargının aşırı iş yükü altında bırakılmasının engellenerek yargının etkin bir şekilde işleyebilmesini sağlama adına gerekli olduğunu, dolayısıyla da toplumsal bir ihtiyaçtan kaynaklandığını söylemek mümkündür. Diğer taraftan ülkemizin ekonomik şartları göz önüne alındığında 2.400 TL tutarındaki vekalet ücretinin orantılı olmadığı ve bireylerin mahkemeye ulaşma hakkını aşırı derecede zorlaştırdığı kabul edilmelidir. Zira net asgari ücretin yaklaşık 803,00 TL olduğu ülkemizde bu tutarın yaklaşık üç katı tutarında bir vekalet ücretine hükmedilmesi orantılı olmayıp, bireyleri aşırı bir yük altında bırakmaktadır”. Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2013/1619, 02.10.2013.

etmektedir. (...) Başvurucular aleyhine avukatlık ücreti ödenmesini öngören düzenlemenin tek başına mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği söylenemez. Bu düzenleme sonucu gerçekleşen müdahalenin ölçülü olup olmadığına da incelenmesi gerekir. Somut olayın koşulları bir bütün hâlinde değerlendirildiğinde başvurucuların, dava açtığı sırada ıslah imkânının olmaması nedeniyle hak kaybına uğramamak için taleplerini yüksek tuttuğu ve yargılama sonucunda hak kazandıkları tazminat ve avukatlık ücretinin yaklaşık %31'ine denk gelen kısmını avukatlık ücreti olarak davalı idareye geri ödemek zorunda kaldıkları görülmüştür. Böylece başvurucuların tazminat alacağına önemli bir kısmından mahrum bırakıldığı ve bu miktarın ölçülü olmadığı saptandığından mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır".

Bu kararda yer alan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere Anayasa Mahkemesi, davacı aleyhine hükmedilen vekâlet ücretine ilişkin yasal dayanağın varlığını tek başına yeterli görmemekte ve müdahalenin ihlal boyutuna ulaşmaması için aynı zamanda ölçülü de olması gerektiğini kabul etmektedir.

Yukarıda anılan Anayasa Mahkemesi kararında görüleceği üzere hükmedilecek vekalet ücretinin, "kamu yararının gerekleri ile bireyin hakları arasında kurulmaya çalışılan adil dengeyi bozacak şekilde abartılı, zorlama veya ciddiyetten yoksun talepleri disipline etmeye yönelik orantılı müdahaleyi bozacak şekilde birey aleyhine katlanması zor külfetler yüklenmemiş olması" gerekir. Böyle bir sınırlamanın meşru görülebilmesi için kamu yararı ile birey hakkı arasında makul bir dengenin gözetilmiş olması gerekir.

Uygulamada, kendi görev alanları ile ilgili kürsü hakimlerinin dahi ihtilafa düştüğü ve konunun sıklıkla Uyuşmazlık Mahkemesi'ne taşındığı bir yargı düzeninde mahkemelerin görevsizlik kararı verdiği dosyalarda "abartılı, zorlama veya ciddiyetten yoksun talepleri disipline etmeye yönelik orantılı müdahale" ya da "gereksiz başvurunun önlenerek dava sayısının azaltılması ve böylece mahkemelerin füzuli meşgul edilmesi(nin önlenmesi)" halinin varlığını ileri sürmek oldukça zordur. Yüksek mahkemenin yukarıda anılan gerekçesi karşısında "çifte vekalet"²⁴ olarak da adlandırılabilir durumun "ölçülülük ilkesi" açısından meşru olmadığı kanaatindeyiz.

²⁴ Bir davada, birden fazla vekalet ücreti alınmasına imkân veren durumlara ilişkin değerlendirmelerimiz, çalışmanın üçüncü bölümünde, "Yargı Kolunu Değiştiren Görevsizlik Kararlarında İdare Lehine Vekâlet Ücretine Hükmedilmesinin İncelenmesi" başlığı altında ele alınacaktır.

II. GÖREVSİZLİK KARARLARINDA İDARE LEHİNE VEKÂLET ÜCRETİ UYGULAMALARININ İDARİ VE ADLİ YARGIDA GÖRÜNÜMÜ

Çalışmamızın birinci bölümünde ifade edildiği üzere; yargılama giderleri arasında kabul edilen vekâlet ücretini mahkemeye erişim hakkına bir müdahale olarak kabul eden Anayasa Mahkemesi, bu müdahalenin ihlal boyutuna ulaşmaması için kanunilik ve ölçülülük ilkelerine aykırı olmaması gerektiğine karar vermektedir. Çalışmamızın bu bölümünde, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda incelemiş olduğumuz kararları çerçevesinde, idareye karşı açılan davalarda yargı kolunu değiştiren görevsizlik kararlarında davacı aleyhine hükmedilen vekâlet ücretinin mahkemeye erişim hakkını ihlal edip etmediği incelenecektir.

Türk hukukunda yargı ayrılığı sisteminin benimsenmesinin doğal bir sonucu olarak, idarenin idari işlem, idari eylem ve idari sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar kural olarak idari yargının görev alanına girmektedir. Bununla birlikte kanunla bu uyuşmazlıkların adli yargının görev alanına sokulması da mümkündür. Dolayısıyla idari işlem, idari eylem ve idari sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklardan mevzuatta adli yargının görev alanına girdiği açıkça öngörülme-yen uyuşmazlıklar idari yargının görev alanına girmektedir.²⁵

İdareye karşı bu şekilde hem adli hem de idari yargı kolunda dava açılabilir olması, görev sorununu da beraberinde getirmekte ve idareye karşı dava açmak isteyen kişilerin davasını hangi yargı kolunda açması gerektiği noktasında tereddüde düşmesine yol açabilmektedir. Uygulamada idareye karşı açılan davanın yanlış yargı kolunda açılması durumunda, mahkemeler davayı reddederek dava dosyasından elini çekmektedir. Bu noktada vekâlet ücretine ilişkin adli yargı kolu ile idari yargı kolu arasında esaslı bir uygulama farklılığı meydana gelmektedir.

A. İdari Yargı Uygulamaları

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Vergi Usul Kanununun Uygulanacağı Haller" başlıklı 31'inci maddesinin birinci fıkrası şu şekildedir:

²⁵ Ender Ethem Atay, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin, 2021, Ankara, s.103.

“Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hâkimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sükûnunu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemler ile elektronik işlemlerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır. Ancak, davanın ihbarı ve bilirkişi seçimi Danıştay, mahkeme veya hâkim tarafından re’sen yapılır”.

İdari yargılama usulü kanununda ayrıca bir düzenleme olmadığı için yargılama giderleri kapsamında değerlendirilen vekâlet ücreti hakkında Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanmaktadır. Dolayısı ile hem adli hem de idari yargı kolunda yer alan mahkemeler vekâlet ücreti ile alakalı aynı yasal düzenlemelere tabidir.

Danıştay’ın konu ile alakalı vermiş olduğu kararları incelendiğinde, yargı kolunu değiştiren görevsizlik kararlarında vekâlet ücretine hükmedilemeyeceğine karar verdiği görülmektedir:²⁶

“6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun, yargılama giderlerinin kapsamının belirtildiği 323. maddesinde, vekille takip edilen davalarda kanun gereğince takdir olunacak vekâlet ücreti yargılama giderleri arasında sayılmıştır. Aynı Kanun’un ‘Esastan sonuçlanmayan davada yargılama gideri’ başlıklı 331. maddesinin 2. fıkrasında da ‘Görevsizlik, yetkisizlik veya gönderme kararından sonra davaya bir başka mahkemede devam edilmesi hâlinde, yargılama giderlerine o mahkeme hükmeder. Görevsizlik, yetkisizlik veya gönderme karardan sonra davaya bir başka mahkemede devam edilmemiş ise talep üzerine davanın açıldığı mahkeme dosya üzerinden bu durumu tespit ile davacıyı yargılama giderlerini ödemeye mahkûm eder’ hükmüne yer verilmiştir./Yargı sistemimizin, farklı yargı kollarına ayrılmış olması nedeniyle, bu yargı kolları arasında da göreve ilişkin ihtilaflar çıkabilmekte olup, mahkemelerce böyle bir durumla karşılaşıldığında

²⁶ Danıştay 8 D, E.2020/4252, K.2021/1779, 24.03.2021, <https://www.corpus.com.tr>, Erişim Tarihi: 03.09.2022.

Aynı yönde Danıştay kararları için bkz: Danıştay 8 D, E.2018/5424, K.2021/405, 27.01.2021, <https://www.corpus.com.tr>, Erişim Tarihi: 03.09.2022; Danıştay 10 D, E.2016/15851, K.2021/2000, 27.04.2021, <https://www.corpus.com.tr>, Erişim Tarihi: 03.09.2022. Danıştay, istikrarlı bir şekilde yargı kolunu değiştiren görevsizlik kararlarında vekâlet ücretine hükmedilmesinin HMK’daki hükümlerle bağdaşmadığına karar vermiştir.

verilen ve işin esasına yönelik olmayan görevsizlik kararlarında, dava dosyaları doğrudan görevli yargı yerine gönderilmeyerek, bir anlamda diğer yargı kolunda davaya devam edip etmeyeceği hususu davacının iradesine bırakılmaktadır. Davaya bir başka mahkemede devam edilmesi hâlinde 6100 sayılı Kanun'un 331. maddesinin 2. fıkrası uyarınca yargılama giderine davaya devam edilen mahkeme tarafından hükmedileceği, devam edilmemesi halinde ise talep üzerine davanın açıldığı mahkemenin dosya üzerinden bu durumu tespit ile davacıyı yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edeceği düzenlenmiştir./ 6100 sayılı Kanun'da, her ne kadar adli yargının bir kolu olan hukuk mahkemelerinde yapılacak yargılamaya ilişkin usul hükümleri düzenlenmiş ve yukarıda belirtilen 331. maddenin 2. fıkrasının gerekçesinde, anılan düzenlemenin adli yargı mahkemelerinin görevsizlik, yetkisizlik ve gönderme kararlarındaki yargılama giderinden kaynaklanan sorunların giderilmesinin amaçlandığı belirtilmiş ise de, 2577 sayılı Kanun'un 31. maddesinin 1. fıkrasında yer alan atıf nedeniyle, idari yargıda hükmedilecek yargılama giderleri de bu Kanuna göre belirlenmektedir./Yukarıda yer verilen mevzuat hükümleri ve yapılan açıklamalar ışığında, idare tarafından tesis edilen bir işleme karşı idari yargıda açılan ve davalı idarenin savunması alındıktan sonra adli yargının görevli olduğundan bahisle verilen; işin esasına yönelik olmayan ve sadece görevli yargı yerinin tespiti mahiyetindeki kararlarda, davalı idare vekili lehine vekâlet ücretine hükmedilmemesi ve davacının da görevli yargı yerinde davaya devam etmemesi halinde, 6100 sayılı Kanun'un 331. maddesinin 2. fıkrası uyarınca talep üzerine davanın açıldığı mahkemenin dosya üzerinden bu durumu tespit ile davacıyı yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edeceği açıktır. / Bu durumda, farklı yargı kollarının görevli olduğu gerekçesiyle verilen görevsizlik kararları davanın esasını çözen kararlar olmadığından, İdare Mahkemesince verilen görev ret kararında, 2577 sayılı Kanun'un 31. maddesi ile atıf yapılan 6100 sayılı Kanun'un 331. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, bu aşamada vekâlet ücretine hükmedilmemesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır".

Danıştay, farklı yargı kolu için verilen görevsizlik kararını da Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (m.331/2) düzenlenen "esastan sonuçlanmayan dava" kapsamında değerlendirmekte, davanın esasını çözen karar niteliği taşımayan bu durumda davaya bir başka mahkemede

devam edilmesi hâlinde, yargılama giderlerine o mahkemede hükmedileceğini öngörmektedir. Danıştay'a göre, görevsizlik kararından sonra davaya bir başka mahkemede devam edilmemiş ise davalının talebi üzerine davanın açıldığı mahkeme dosya üzerinden bu durumu tespit ile davacıyı yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edecektir.²⁷

Danıştay'ın yaygın içtihatlarına rağmen ilk derece mahkemelerinin zaman zaman görevsizlik kararı ile birlikte vekâlet ücretine de hükmettiği görülebilmektedir.

Davaya konu olayda davacı, hissedarı olduğu taşınmazın imar planında okul alanı olarak ayrılması ve kamulaştırma işlemlerinin gerçekleştirilmemesi nedeniyle uğradığı zararın karşılığı olarak 1.000 TL'lik tazminat talebiyle tam yargı davası açılmıştır. Ankara 4. İdare Mahkemesi'nin 30.11.2020 tarih ve E.2020/1103, K.2020/1928 sayılı kararında, kanunda öngörülen meblağın altında kaldığı için kesin (istinaf yolu kapalı) olarak görevsizlik kararı ile birlikte karşı vekâlet ücretine hükmedilmiştir.²⁸

“Bakılan davada, dava konusu taşınmaza ilişkin olarak Ankara 26. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2019/136, 27. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2019/74 ve 11. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2019/152 esasına kayıtlı dava dosyalarında aynı nitelikte davaların açıldığı, 26. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde görülen dava dosyasında hazırlanan bilirkişi raporunda ve Mahkeme kararında, dava konusu taşınmazda yapılaşma mevcut değil ise de proje bütünlüğü göz önüne alındığında fiilen el atmanın gerçekleştiğinin belirtildiği görülmektedir.

Bu durumda, uyuşmazlık bir idari eylemden değil haksız fiil iddiasından kaynaklanmakta olduğundan uyuşmazlığın görüm ve çözümünü adli yargının görev alanına girmektedir.

Açıklanan nedenlerle davanın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 15/1-a maddesi hükmü uyarınca görev yönünden reddine, aşağıda dökümü yapılan... yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına, 492 sayılı Harçlar Kanunu... hükmü gereğince dava-

²⁷ Danıştay 8 D, E.2020/4252, K.2021/1779, 24.03.2021, <https://www.corpus.com.tr>, Erişim Tarihi: 03.09.2022.

²⁸ Ankara 4. İdare Mahkemesi, E.2020/1103, K.2020/1928, 30.11.2020.

cının görevli yargı yerinde dava açması hâlinde başvurma harcının yeniden alınmamasına, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca belirlenen 2.040,00 TL avukatlık ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine..., 2577 sayılı Kanun'un 45/1 maddesi uyarınca kesin olmak üzere 30.11.2020 tarihinde karar verildi.

İdari yargı kolundaki ilk derece mahkemeleri tarafından Danıştay içtihadına aykırı bir şekilde verilen bu kararlar, aşağıda izah edileceği üzere, mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurmaktadır.

B. Adli Yargı Uygulamaları

Danıştay'ın bu uygulamasına karşılık Yargıtay, adli yargı yerleri tarafından verilen ve yargı kolunu değiştiren görevsizlik kararlarında vekâlet ücretine hükmedilmesinin hukuka aykırı olmadığına karar vermektedir:²⁹

"HMK'nın 331/2 maddesinde; 'Görevsizlik veya yetkisizlik kararından sonra davaya bir başka mahkemede devam edilmesi halinde, yargılama giderlerine o mahkeme hükmeder. Görevsizlik veya yetkisizlik kararından sonra davaya bir başka mahkemede devam edilmemiş ise talep üzerine davanın açıldığı mahkeme dosya üzerinden bu durumu tespit ile davacıyı yargılama giderlerini ödemeye mahkûm eder' hük-

²⁹ Yargıtay 3 HD, E.2020/2832, K.2021/642, 01.02.2021, <https://www.corpus.com.tr>, Erişim Tarihi: 03.09.2022. Aynı yönde Yargıtay kararları için bkz: Yargıtay 4 HD, E.2016/11329, K.2017/1197, 28.02.2017, <https://www.corpus.com.tr>, Erişim Tarihi: 02.09.2022; Yargıtay 4 HD, E.2020/1471, K.2020/4339, 14.12.2020, <https://www.corpus.com.tr>, Erişim Tarihi: 02.09.2022; Yargıtay 4 HD, E.2020/542, K.2020/2882, 21.09.2020, <https://www.corpus.com.tr>, Erişim Tarihi: 02.09.2022. Aksi yönde Yargıtay kararı için bkz: Yargıtay 22 HD, tarih ve E.2014/538, K.2014/396, 20.01.2014, <https://www.corpus.com.tr>, Erişim Tarihi: 02.09.2022. Bu kararlara göre, "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Esastan Sonuçlanmayan Davada Yargılama Gideri başlığı altındaki 331. maddesinin 2. fıkrasındaki görevsizlik, yetkisizlik veya gönderme kararlarından sonra davaya bir başka mahkemede devam edilmesi halinde, yargılama giderlerine o mahkeme hükmeder düzenlemesi uyarınca yargı yolu ile görevsizlik kararı sonucu verilen ret kararları henüz davayı esastan sonuçlandırmadığından davaya bir başka mahkemede devam edilmesi halinde yargılama giderine de o mahkemeye hükümlenmelidir./Anılan Kanun'un 323/g. maddesi gereğince yargılama giderlerinden sayılan vekâlet ücretine de görevsizlik kararında ayrıca hükümlenemez. Mahkemeye bu husus göz ardı edilerek davacı aleyhine yargılama gideri yükletilmesi ve davalı yararına vekalet ücreti takdir edilmesi doğru değildir".

münü içermektedir./Yukarıdaki düzenleme hiç kuskusuz adli yargı yerinde görülecek davalarda ve adli mahkemeler arasındaki görevsizlik kararlarında uygulanmalıdır. Açıklanan maddede 'davaya bir başka mahkemede devam edilmesi' hali düzenlenmiştir. Oysa yargı yolu bakımından görevsizlik kararlarında, davaya başka bir mahkemede devam edilmesi söz konusu olmayıp, kendine has usul kuralları bulunan farklı yargı yerinde yeniden açılacak bir dava söz konusudur ve bu dava adli yargı yerindeki davanın devamı niteliğinde değildir./Bu sebeple, davacı davasını yürürlükte bulunan kanuni düzenlemelere göre görevsiz yargı yerinde açmış olduğundan, 'yargı yolu bakımından görevsizliğe' dair verilecek kararla birlikte; harç, masraf ve vekâlet ücreti yönünden hüküm kurulması gerekirken yanlış değerlendirme ile gerek gönderme kararı verilmesi gerekse yargılama giderlerinin ve vekâlet ücretinin görevli yargı yerince değerlendirilmesi yönünde karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir."

Vekâlet ücretine ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan düzenlemelerin adli ve idari yargı kolları tarafından birbirine zıt bir şekilde yorumlanarak uygulanması iki önemli sorunu beraberinde getirmektedir: Bu sorunlardan birincisi, adli yargı kolunda yer alan mahkemeler tarafından verilen görevsizlik kararlarında davacı aleyhine hükmedilen vekâlet ücretinin mahkemeye erişim hakkını ihlal edip etmediğidir. Uygulamanın meydana getirmiş olduğu ikinci sorun ise aynı yasal düzenlemelerin adli ve idari yargı kolları tarafından birbirine zıt şekilde yorumlanarak uygulanmasının hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesini ihlal edip etmediğidir. Çalışmamızın devam eden bölümünde, vekâlet ücretine ilişkin uygulamanın sebep olduğu bu sorunlar incelenmeye çalışılacaktır.

III. YARGI KOLUNU DEĞİŞTİREN GÖREVSİZLİK KARARLARINDA İDARE LEHİNE VEKÂLET ÜCRETİNE HÜKMEDİLMESİNİN İNCELENMESİ

A. Mahkemeye Erişim Hakkı Bakımından

İdari yargı yerlerinde görülen davalarda yargılama giderlerinin nasıl tespit edileceği ile alakalı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda herhangi düzenleme yer almamakta, ancak Kanun'un 31'inci maddesinde yargılama giderleri hakkında Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine

ri uygulanacağı ifade edilmektedir. Konu ile alakalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan hükümler incelendiğinde; 323'üncü maddede vekâlet ücretinin yargılama giderleri arasında sayıldığı, 326'ncı maddede yargılama giderlerinin aleyhine hüküm verilen taraftan alınmasına karar verileceği, 331'inci maddede ise görevsizlik ve yetkisizlik kararından sonra davaya bir başka mahkemede devam edilmesi hâlinde yargılama giderlerine o mahkemece hükmedileceğinin düzenlendiği görülmektedir. Bununla birlikte Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda vekâlet ücretinin nasıl tespit edileceğine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır.

Vekâlet ücretinin nasıl tespit edileceğine dair düzenleme, Avukatlık Kanunu'nun 169'uncu maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; "(Y) argı mercilerince karşı tarafa yükletilecek avukatlık ücreti, avukatlık ücret tarifesinde yazan miktardan az ve üç katından fazla olamaz".

Vekâlet ücretine ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan düzenlemeler incelendiğinde şu sonuçlar ortaya çıkmaktadır:

Vekâlet ücreti, yargılama giderleri içerisinde yer almaktadır.

Yargılama giderleri, aleyhine hüküm verilen taraftan alınacaktır.

Davanın görevsizlik ve yetkisizlik sebebiyle reddedilmesi ve davanın bir başka mahkemede devam edilmesi durumunda, yargılama giderlerine o mahkemece hükmedilecektir.

Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, idareye karşı adli yargı kolunda açılan bir davanın idari yargı kolunun görev alanına girdiği gerekçesiyle reddedilmesi durumunda, görevsizlik kararı veren mahkemenin ayriyeten vekâlet ücretine de hükmedebileceğine dair bir düzenleme Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer almamaktadır. Aksine, diğer yargılama giderleri ile birlikte vekâlet ücretine, dava hakkında hüküm veren mahkeme tarafından karar verileceği ifade edilmektedir. Bu noktada öncelikli olarak "hüküm" kavramı üzerinde durulması gerekmektedir.

Hüküm; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 294'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; "mahkeme, usule veya esasa ilişkin bir nihai kararlar davayı sona erdirir. Yargılama sonunda uyuşmazlığın esası hakkında verilen nihai karar, hükümdür".

Mahkemeler tarafından verilen kararlar esas itibarıyla "ara kararlar" ve "nihai kararlar" olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu ayrım, ka-

rar verildikten sonra hâkimin uyuşmazlığın çözümüne devam edip etmemesine göre belirlenmektedir. Hâkimin yargılamaya devam etmeyip uyuşmazlıktan elini çekmesi sonucunu doğuran kararlar nihai kararlardır. Nihai kararı veren hâkim, davada ileri sürülen talep hakkında son bir karar vermekte, uyuşmazlığı “*usul*” veya “*esas*” bakımından sonuçlandıracak bir irade açıklamaktadır.³⁰

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere mahkemeler tarafından verilen her nihai karar hüküm niteliğinde olmayıp³¹ kararın hüküm olarak kabul edilebilmesi için uyuşmazlığın esasına ilişkin bir nihai karar olması gerekmektedir. Dolayısı ile nihai olsa bile uyuşmazlığın esasına değil de usulüne ilişkin bir kararın da hüküm olarak kabul edilmesi mümkün değildir.³² Kaplan’a göre de “*Mahkemeler, önüne gelen uyuşmazlığı inceleyip bir karar vermek zorundadır. Bunu yaparken çeşitli kararlar verirler. Bunlardan bir kısmı, mahkemenin uyuşmazlıktan el çekmesi sonucunu doğurur. Bunlara, nihai kararlar denmektedir. Bunlar davanın esasına ilişkin olabileceği gibi görev, yetki, süre gibi usulü konulara ilişkin de olabilir. (...) Mahkeme, usule veya esasa ilişkin bir nihai kararla davayı sona erdirir. Yargılama sonunda uyuşmazlığın esası hakkında verilen nihai karar, hükümdür*”.³³

Davaya bakmakta olan bir mahkemenin önündeki uyuşmazlığı çözümleyebilmesi için o uyuşmazlığın esasına girmesi gerektiğine göre; uyuşmazlığın esasına gir(e)meyen bir mahkemenin o dava hakkında hüküm verebilmesi de mümkün değildir. Bir davanın hangi mahkemenin veya hangi yargı kolunun görev alanına girdiğine dair inceleme esasa ilişkin değil usule ilişkin bir incelemedir. Usule ilişkin bu inceleme “*ilk inceleme*” olarak adlandırılmakta ve davanın esasına ancak bu inceleme aşamasında herhangi bir hukuka aykırılığın tespit edilmediği durumda geçilebilmektedir. Bundan dolayı, adli yargı

³⁰ Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özeker, Medeni Usul Hukuku, Oniki Levha, 2022, İstanbul, s.436.

³¹ Baki Kuru, Burak Aydın, Medeni Usul Hukuku, Yetkin, 2021, Ankara, s.347.

³² Kuru ve Aydın (s.349-351), nihai kararların “hükümler (esasa ilişkin nihai kararlar)”, “usule ilişkin nihai kararlar” ve “davanın konusuz kalması halinde verilen nihai kararlar” olmak üzere üçe ayrıldığını ifade etmektedir. Tutumlu da bir davanın esası dışındaki (usuli nitelikteki) sorunları çözümler, talepleri karşılayan kararlar için hüküm teriminin kullanılmasının uygun olmadığını ifade etmektedir. Mehmet Akif Tutumlu, Hukuk Yargılamasında Hüküm ve Gerekçeli Karar, Seçkin, 2017, Ankara, s.17.

³³ Gürsel Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, Ekin, 2016, Bursa, s.422.

kolunda yer alan mahkemelerin usule ilişkin yapmış olduğu ilk incelemede, idareye karşı açılan bir davanın idari yargı kolunun görev alanına girdiği gerekçesiyle vermiş olduğu ret kararı, davanın esasına ilişkin bir karar olmayıp hüküm niteliğinde değildir.³⁴ Zira yukarıda da ifade edildiği üzere; bir mahkeme kararının hüküm olarak kabul edilebilmesi için davanın esasına girilmiş ve tarafların haklı veya haksız olduğunun tespit edilerek uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmuş olması gerekmektedir. Dolayısı ile bir uyuşmazlığın esası hakkında hüküm veremeyen bir mahkemenin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki bu düzenleme karşısında vekâlet ücretine hükmetmesinin mümkün olmadığı kabul edilmesi gerekmektedir.

Bunun dışında Hukuk Muhakemeleri Kanunu, açık bir şekilde davanın görevsizlik veya yetkisizlik sebebi ile reddedilmesi ve davanın başka bir mahkemede görülmeye devam edilmesi durumunda yargılama giderlerine o mahkeme tarafından karar verileceğini açık bir şekilde hüküm altına almıştır. Bu noktada “görev” kavramı üzerinde durmak gerekmektedir.

Usul hukukunda görev uyuşmazlıkları, “aynı yargı kolunda yer alan mahkemeler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar” (dar anlamda görev) ve “farklı yargı kollarında yer alan mahkemeler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar” (geniş anlamda görev) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.³⁵ Geniş anlamda görev kavramına “yargı yolu itirazı” da denilmektedir. Bahsedilen bu görev uyuşmazlıkları, hukuki nitelikleri itibarıyla birbir-

³⁴ Doktrinde, idare mahkemesinde açılması gereken bir davanın hukuk mahkemesinde açıldığının tespit edilmesi halinde, davanın açıldığı hukuk mahkemesi tarafından “görevsizlik kararı” değil, “dava şartı yokluğu nedeniyle usulden davanın reddine” karar verilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Mine Akkan, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, Oniki Levha, 2017, İstanbul, s.261. Yazar tarafından nakledilen bir Yargıtay kararına göre, “Davacı, emekli olduğunu, ödenmeyen kıdem tazminatı alacağını talep etmiştir (...) Yargı yolunun caiz olması dava şartlarından. Mahkemenin dava şartı olması nedeniyle öncelikle adli-idari yargı yolu uyuşmazlığını çözmesi gerekir. Mahkemece isabetli şekilde anılan uyuşmazlığın çözümünün idari yargıya ait olduğu tespit edilmiş ancak görevsizlik kararı verilmiştir. 6100 sayılı HMK 115/2. maddesine göre mahkeme, dava şartı noksanlığını tespit ederse davanın usulden reddine karar verir. Mahkemece anılan düzenleme göz önüne alınmadan görevsizlik kararı verilmesi, buna bağlı olarak davalı lehine yargılama giderlerine hükmedilmemesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”. s.261.

³⁵ Kaplan, s.68.

lerinden farklı³⁶ olmasına rağmen doktrinde ve yasal düzenlemelerde yargı yolu (geniş anlamda görev) kavramı yerine görev kavramının kullanıldığı görülmektedir.³⁷ Bundan dolayı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 331'inci maddesinde geçen "*davanın görevsizlik nedeniyle reddedilmesi*" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği tespit edilmelidir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda "*davanın görevsizlik nedeniyle reddedilmesi ve davanın başka bir mahkemede görülmeye devam edilmesi durumunda yargılama giderlerine o mahkeme tarafından karar verileceği*"nden bahsedilmiş ancak bu hükmün hangi görevsizlik kararlarında uygulanacağına dair bir açıklama yapılmamıştır. Yani Hukuk Muhakemeleri Kanunu, görevsizlik kararları bakımından, davaya bakacak olan mahkemenin, görevsizlik kararı veren mahkeme ile aynı yargı kolunda (dar anlamda) veya farklı yargı kollarında (geniş anlamda/yargı yolu) olması arasında bir ayırım yapmamıştır. Bundan dolayı, adli yargı kolunda yer alan mahkemeler tarafından verilen görevsizliğe ilişkin her kararın, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 331'inci maddesinde yer alan düzenleme kapsamında olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.

Konu ile alakalı üzerinde durulması gereken noktalardan birisi de görev uyuşmazlıklarının, yargı ayrılığı sisteminin benimsenmesinin doğal bir sonucu olduğu ve bunun külfetinin "*davasını yanlış yargı kolunda açtığına karar verilen davacıya*" yüklenmesinin hukuken kabul edilebilir olmadığıdır. Zira bir davanın doğru yargı kolunda açılmış olması durumunda bile mahkeme, davanın yanlış yargı kolunda açıldığı gerekçesiyle her zaman davanın reddine karar verebilmektedir. Uygulamada, açık kanun hükmü ve istikrar kazanmış Uyuşmazlık Mahkemesi içtihatları olmasına rağmen mahkemeler aynı konuya ilişkin bir başka davada, davanın görevli yargı kolunda açılmadığı

³⁶ "Bir dava, ait olduğu yargı yolundan başka bir yargı yoluna ait mahkemede açılırsa bu ayrılığı hâkim kendiliğinden nazara alabileceği gibi taraflar da buna itiraz edebilir. Bu itiraz yargı yolu itirazıdır ve görev itirazından farklıdır". Akkan, Pekantez Usûl, s.233.

³⁷ Nagihan Tandoğan Özbaykal, Medeni Yargı ile İdari Yargı Arasındaki Yargı Yolu ve Hüküm Uyuşmazlıkları, Seçkin, 2019, s.23. "Bir davaya hangi (adli veya idari) yargı yolundaki mahkeme tarafından (örneğin hukuk mahkemesi tarafından mı yoksa idare mahkemesi tarafından mı) bakılacağı hususu, görev değil, 'yargı yolu' ilişkisidir; fakat uygulamada yargı yolu ilişkisine de (hatalı olarak) görev ilişkisi de denilmektedir". (Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz, Emel Hanağası, Medeni Usul Hukuku, Yetkin, 2021, Ankara, s.197).

gerekçesiyle reddine karar verebilmektedir. Bu duruma en somut örnek, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun³⁸ uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklardır. Kanun'un 110 ve 112'nci maddelerinde, bu kanunun uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıkların adli yargı kolunun görev alanına girdiği açık bir şekilde belirtilmesine ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nin de bu konuya ilişkin çok sayıda kararı³⁹ olmasına rağmen adli yargı yerleri Karayolları Trafik Kanunu'nun uygulanmasından kaynaklanan davalarda görevsizlik kararı vererek davayı reddedebilmektedir. Böyle bir durumda, yani davacının davasını açılması gereken doğru yargı kolunda açmasına rağmen davasının görev yönünden reddedilmesi durumunda, bu sefer diğer yargı kolunda yeni bir dava açıp görevsizlik kararı alması ve uyuşmazlığı Uyuşmazlık Mahkemesi'ne taşınması gerekmektedir. Davacının, davasını doğru yargı kolunda açmasına rağmen verilen her görevsizlik kararında ayrı bir vekalet ücreti ödetilmesinin adil ve hakkaniyete uygun olduğunun kabul edilmesi mümkün değildir. Bundan dolayı, davanın yanlış yargı kolunda açıldığı gerekçesiyle verilen davanın reddi kararlarında vekalet ücretine hükmedilmesi, yargı ayrılığı sistemi ile de bağdaşmamakta ve davacının mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmesine yol açmaktadır.

Yapmış olduğumuz bu açıklamalar çerçevesinde; idareye karşı adli yargı kolunda açılan bir davada, *"davanın idari yargının görev alanına girdiği gerekçesiyle reddedilmesi"* durumunda davacı aleyhine vekâlet ücretine hükmedilmesinin yasal bir dayanağının olmadığı

³⁸ Resmî Gazete, 13.10.1983, S.18195.

³⁹ Uyuşmazlık Mahkemesi, E.2018/530, K.2018/467, 24.09.2018, <https://www.uyusmazlik.gov.tr>, Erişim Tarihi: 01.09.2022; Uyuşmazlık Mahkemesi, E.2021/317, K.2021/323, 07.06.2021, <https://www.uyusmazlik.gov.tr>, Erişim Tarihi: 01.09.2022; Uyuşmazlık Mahkemesi, E.2017/184, K.2017/239, 10.04.2017, <https://www.uyusmazlik.gov.tr>, Erişim Tarihi: 01.09.2022; Uyuşmazlık Mahkemesi, E.2020/461, K.2020/665, 26.10.2020, <https://www.uyusmazlik.gov.tr>, Erişim Tarihi: 01.09.2022. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin konu ile alakalı vermiş olduğu kararları çoğaltmak mümkündür. Burada dikkat edilmesi gereken husus, açık bir yasal düzenleme ve bu yasal düzenlemenin uygulanmasına ilişkin Uyuşmazlık Mahkemesi'nin daha önce vermiş olduğu birçok karar olmasına rağmen mahkemeler, aynı hukuki nitelikte bir başka uyuşmazlıkta görevsizlik kararı verebilmekte ve davayı reddedebilmektedir. Bu durum, yargı ayrılığı sisteminin benimsenmesinin doğal bir sonucu olarak kabul edilebilir. Ancak benimsenen sistemin bir sonucu olan bu durumun, davacılar üzerinde külfet doğuracak şekilde uygulanması mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmesi anlamına gelmektedir.

kabul edilmesi gerekmektedir. Konu ile alakalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan hükümler mahkemelere, bu gerekçeyle verilen görevsizlik kararlarında davacı aleyhine vekâlet ücretine karar verme yetkisi vermemektedir.

Yukarıda ele aldığımız üzere Anayasa Mahkemesi, mahkemeye erişim hakkına bir müdahale olarak kabul ettiği vekâlet ücretinin hak ihlaline sebebiyet vermemesi için öncelikli şart olarak kanunilik ilkesini dikkate almakta ve bu şartı taşımadan davacı aleyhine hükmedilen vekâlet ücretinin mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurduğuna karar vermektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda vekâlet ücretine ilişkin yer alan düzenlemeler dikkate alındığında, adli yargı organları tarafından, idari yargının görevli olduğundan bahisle verilen görevsizlik kararı neticesinde davacı aleyhine hükmedilen vekâlet ücretinin yasal bir dayanağının olmadığı görülmektedir. Buna karşılık yasal düzenlemeler, uygulamadaki durumun tam aksi yönünü işaret etmektedir. Sonuç olarak, idareye karşı adli yargı kolunda açılan davalarda verilen görevsizlik kararlarında hükmedilen vekâlet ücreti, herhangi bir yasal dayanağı olmadığı için, kanunilik ilkesi bakımından mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurmaktadır.

Uygulamadaki bu durumun bir an için kanunilik ilkesini sağladığı kabul edilse bile, Anayasa Mahkemesi'nin denetim yaparken dikkate aldığı ölçülülük ilkesi bakımından, yine mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurduğu görülmektedir. Zira davacının idareye karşı adli yargı kolunda açmış olduğu davanın görevsizlik nedeniyle reddedilerek vekâlet ücretine hükmedilmesi ve davacının davasını bu sefer idari yargı kolunda açması durumunda iki ihtimal ortaya çıkmaktadır: İdari yargı organları ya davacıyı haklı görerek davasını kabul edecek ya da haksız görerek davacı aleyhine ikinci kez vekâlet ücretine hükmedecektir. Davacının idari yargı kolunda açmış olduğu davada haklı olması durumunda, davacı haklı olduğu bir davada, ilk davasını yanlış yargı kolunda açtığı gerekçeyle vekâlet ücreti ödemiş olacaktır. Ancak yargı organı tarafından haklı olduğuna karar verilen tarafın vekâlet ücreti ödemekle cezalandırılmasında herhangi bir kamu yararı bulunmamaktadır. Davacının idari yargıda açmış olduğu davada haksız olduğuna karar verilmesi durumunda ise davacı aynı hukuki uyumsuzluk dolayısı ile farklı yargı

kollarında yer alan mahkemeler tarafından iki kez vekâlet ücreti ödemeye mahkûm edilecektir ki bu durumun da ölçülülük kriteri bakımından kabul edilmesi mümkün değildir.⁴⁰ Özetle, uygulamadaki bu durumun meydana getirmiş olduğu mağduriyet, kanunilik kriterini sağladığının kabul edilmesi durumunda bile, davacının mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurmaktadır.

B. Hukuki Güvenlik Ve Belirlilik İlkesi Bakımından

Çalışmamızla ilgili olarak üzerinde durulması gereken konulardan birisi de davanın yanlış yargı kolunda açıldığı gerekçesiyle hükmedilen vekâlet ücretine ilişkin uygulamada adli ve idari yargı kolları arasındaki tutum farklılığıdır. Adli ve idari yargı kolları arasında bu şekilde bir uygulama farklılığı olsa da yukarıda ifade edildiği üzere hem adli hem de idari yargı yerleri, vekâlet ücretinin de içinde yer aldığı yargılama giderlerine ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan aynı yasal düzenlemeleri uygulamaktadır. Uygulanması gereken yasal düzenlemelerin aynı olmasına rağmen adli ve idari yargı kolları arasında meydana gelen birbirine zıt bu içtihat farklılığının, hukuk devleti ilkesinin en önemli unsurlarından birisi olan "*hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesi*" bakımından incelenmesi gerekmektedir.

Aynı yasal düzenlemelere tabi olunmasına rağmen yargı kolları arasında meydana gelen uygulamadaki bu farklılık hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesinin ihlal edilmesi sonucunu doğurmakta mıdır? Bu soruyu cevaplayabilmek için hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesi ile alakalı doktrindeki görüşler ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi'nin konu ile alakalı vermiş olduğu kararları incelemek yerinde olacaktır.

Doktrinde, hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesinin şartları şu şekilde sayılmaktadır:⁴¹

Devlet faaliyetleri önceden öngörülebilir, tahmin edilebilir olmalıdır.

⁴⁰ İfade etmek gerekir ki, adli yargı kolunda yer alan mahkemelerin vermiş olduğu kararlar dolayısıyla ortaya çıkan bu durum, "bir koyundan iki post çıkmaz" atasözünü akıllara getirmektedir.

⁴¹ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, 2018, Ankara, s.97.

Devlet faaliyeti, önceden hukuk kurallarıyla düzenlenmiş olmalıdır.

Hukuk düzeninde mümkün olduğunca hukuki istikrar sağlanmış olmalıdır.

İdarenin tek yanlı işlem yapma üstünlüğüne karşı, güvence niteliğindeki kurullarla (bireylere katılma, dinleme ve savunma hakkı gibi haklar tanınarak) birey ile idare arasında denge sağlanmalıdır.

İdare, bireyin haklı beklentilerine uygun davranmalıdır.

Mevzuatta hukuka ve devlete güveni zedeleyici hususlardan kaçınılmalıdır.

Devlet, kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirebilmesi için hukuk güvenliğinin sağlandığı bir hukuk devleti yaratmalıdır.

Gülçür ise konu ile alakalı çalışmasında, hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesine ilişkin doktrindeki görüşleri şu şekilde paylaşmıştır.⁴²

“Doktrinde Avila konuya ilişkin eserinde, hukuki kesinlik ilkesinin geniş şekilde anlaşılması gerektiğini, bu doğrultuda, hukuk kurallarının kesin olması, hukuk aracılığıyla kesinliğin sağlanması, temel hak ve özgürlüklerin içeriklerinin kesin olması, hukuk önünde (yargı mercileri vasıtasıyla) kesinliğin sağlanması ve hukukun kendi içerisinde tutarlılığın/kesinliğin sağlanması şeklinde farklı görünümlerin hepsinin ilkenin kapsamı içerisinde yer aldığını belirtmektedir. Habermas da hukuk düzeni ve hukukun meşruiyet iddiasının toplumu bütünleştirici fonksiyonunu yerine getirmesi için mahkeme kararlarının eş zamanlı olarak ‘tutarlı karar verebilme’ ve ‘rasyonel kabul edilebilme’ koşullarını taşıması gerektiğini belirtmektedir. Zira zikredilen koşullar arasında uyum sağlanması kolay olmadığı için, hükmün uygulanmasında bu iki koşulun bağdaştırılması gerekmektedir. Habermas, hukuki kesinliğin mevcut yasal düzen içinde tutarlı kararlar verilmesini gerektirdiğini ifade etmektedir”.

Konuya ilişkin doktrindeki bu görüşlerde dikkat çeken husus, hukuki belirlilik ilkesinin hayata geçirilebilmesi için, devlet faaliyetlerine yönelik hukuk kurallarının çıkarılmış olmasının tek başına yeterli olmayıp bu hukuk kurallarının yargı organları tarafından tutarlı bir şekilde uygulanmasının da gerekli olduğudur. Yargı organları tara-

⁴² Abdulkadir Gülçür, “AİHM ve Türk Anayasa Mahkemesi’nin Kararları Işığında Hukuki Kesinlik (Belirlilik) İlkesinin İncelenmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2018, 24(1) s.149, 151-152.

findan bu tutarlılığın sağlanamaması durumunda hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesinin ihlal edilmesi gündeme gelebilmektedir.

Vekâlet ücretine ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan aynı yasal düzenlemelerin adli ve idari yargı kolları tarafından birbirine zıt şekilde yorumlanarak uygulanması, yukarıda bahsedilen ve hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesinin şartı olarak kabul edilen yasal düzenlemelerin yargı organları tarafından tutarlı bir şekilde uygulanması kuralına aykırı bir durum oluşturmaktadır. Farklı yargı kolları tarafından meydana getirilen bu içtihat farklılığının hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesinin ihlal edilmesi sonucunu doğurup doğurmadığının incelenmesi gerekmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi, yerel mahkemeler arasında meydana gelen içtihat farklılığının hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesini ihlal edip etmediğini tespit ederken, mahkemelerin aynı yargı kolunda yer alıp almamasına göre ayırım yapmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre aynı yasal düzenlemelerin yargı organları tarafından farklı şekilde yorumlanarak uygulanması suretiyle birbirleriyle hiyerarşik ilişki içerisinde olmayan, ayrı ve bağımsız yargı kollarında yer alan mahkemeler arasında meydana gelen uygulamalar için bir üst gözden geçirme mekanizması kurulmasını talep etmek, adil yargılanmanın gereklilikleri arasında yer almamaktadır.⁴³

Konu ile alakalı bir bireysel başvuru kararında Anayasa Mahkemesi şu açıklamaları yapmıştır:⁴⁴

“Her biri kendi yargı kolundaki çok sayıdaki mahkemenin yüksek mahkemesi konumundaki mahkemelerin aynı konuda farklı yorumlar getirmesi, yargı ayrılığını benimsemiş ve Yargıtay, Danıştay (...) gibi çeşitli yüksek mahkemelerden oluşan yargı sistemimizin kaçınılmaz bir özelliği olarak kabul edilmelidir. Böyle bir durumda adil yargılanma hakkının, devleti söz konusu mahkemeler arasında içtihat farklılıklarını ortadan kaldıracabilecek nitelikte bir mekanizmayla yükümlü

⁴³ Lokman Yeniay, “Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Yargı Ayrılığı Sistemi Üzerine Bir İnceleme” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2020, 26(1), s.161, 175.

⁴⁴ Anayasa Mahkemesi, Başvuru Numarası: 2015/19816, 08.11.2017. Aynı yönde AİHM kararı için bkz: AİHM; Başvuru No: 13279/05, Karar Tarihi: 20.10.2011.

kılacak kadar bir güvenceyi sağladığından söz edilemez. Zira böyle bir yaklaşım, doğrudan Anayasa tarafından belirlenmiş yargı ayrılığı sisteminin özüne bir müdahale teşkil edeceğinden Anayasa ile çelişen bir duruma da sebebiyet verme riskini barındırmaktadır. Dolayısıyla farklı yargı alanlarındaki uyumsuzlukları çözmekle görevli her bir yüksek mahkeme kendi yargı kolunun görev alanındaki dava tiplerine göre özü itibariyle aynı nitelikteki uyumsuzluklarda farklı bir bakış açısıyla olaya yaklaşabilir ve hukuki gerekçelerini de göstererek farklı sonuçlara ulaşabilir. Yargı sisteminin doğal bir sonucu olarak ortaya çıkan yargı kolları arasındaki farklı içtihatlar zaman içerisinde birbirleriyle tutarlı hâle de gelebilir. Ancak bu tutarlılık zaman içinde sağlanamamış olsa dahi içtihat farklılığının açıkça keyfilik oluşturan bir durumdan kaynaklandığı saptanamadığı sürece bu durum makul kabul edilebilir ve adil yargılanma hakkının ihlaline yol açmaz”.

Karardan da anlaşılacağı üzere Anayasa Mahkemesi, aynı yasal düzenlemelerin yargı kolları tarafından farklı yorumlanarak uygulanmasını, yargı ayrılığı sisteminin doğal bir sonucu olarak kabul etmekte ve bu tür içtihat farklılıklarını gidermeye yönelik bir denetimin Anayasal düzenlemelerin ihlal edilmesi sonucunu doğuracağını belirtmektedir.

Ancak yukarıda aktarılan kararda, aynı yasal düzenlemelerin farklı yargı kollarında yer alan mahkemeler tarafından farklı şekilde yorumlanarak uygulanmasının hukuki belirlilik ve güvenlik ilkesinin ihlal edilmesi sonucunu doğurmayacağı ifade edilmişse de bu yasal düzenlemelerin, davanın esasına mı yoksa usulüne mi ilişkin olup olmadığına göre bir ayırım yapılması gerekmektedir. Davanın esasına ilişkin aynı yasal düzenlemenin farklı yargı kollarında yer alan mahkemeler tarafından farklı şekilde yorumlanarak uygulanmasının hukuki belirlilik ve güvenlik ilkesinin ihlal edilmesi sonucunu doğurmayacağı ifade edilebilse de usule ilişkin aynı yasal düzenlemelerin farklı yorumlanarak uygulanmasında bu durumun her zaman geçerli olamayabileceğinin ve yasal düzenlemenin konu edindiği usul kurallına göre ihlal sonucunun doğabileceğinin kabul edilmesi gerekir. Örneğin tıpkı yargılama giderleri gibi davadan feragat kurumu da İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31'inci maddesi ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na atıf yapılan konular arasında yer almaktadır. Yani davadan feragat kurumunda hem adli hem de idari yargı kollarında yer

alan mahkemeler aynı yasal düzenlemelere tabidir. Buna rağmen yargı kollarının kendine has niteliği gereği davadan feragate ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan aynı yasal düzenlemelerin farklı şekilde yorumlanarak uygulanmasında, hukuki belirlilik ve güvenlik ilkesi bakımından bir hukuka aykırılık olmadığı ifade edilebilir. Ancak bu durumun, vekalet ücretine ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin adli ve idari yargı kollarında yer alan mahkemeler tarafından farklı yorumlanmasında da geçerli olduğunun ifade edilebilmesi için hiçbir haklı gerekçe söz konusu değildir. Üstelik yargı kollarının görev alanı gibi hem adli hem de idari yargı kolunu ilgilendiren bir konu ile alakalı verilen görevsizlik kararı neticesinde hükmedilen vekalet ücretinin, aynı yasal düzenlemelerin farklı yargı kolları tarafından farklı şekilde yorumlanarak uygulanmasının hukuki belirlilik ve güvenlik ilkesinin ihlal edilmesi sonucunu doğurmadığına ilişkin yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Bundan dolayı hiçbir haklı gerekçesi olmayan bu durumun, davacılar bakımından hukuki belirlilik ve güvenlik ilkesinin ihlal edilmesi anlamına geldiği kanaatindeyiz.

Yapmış olduğumuz bu açıklamalar çerçevesinde, son olarak bir hususun daha belirtilmesinde fayda vardır: Mahkemeye erişim hakkı, bireylere şikâyetlerini yargı organları önüne taşıyabilme imkânı tanıdığı için adil yargılanma hakkının önemli bir unsuru olarak kabul edilmektedir. Bu noktada yargı organına şikâyette bulunan kişinin şikâyetini özel hukuk kişisine veya idareye karşı yöneltmiş olmasının bir önemi yoktur. Ancak idareye yöneltilen şikâyetlerin yargı organları önüne taşınabilmesi, mahkemeye erişim hakkının, dolayısıyla adil yargılanma hakkının ötesinde hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilebilmesi bakımından da son derece önemlidir. Zira kamu gücü ile donatılmış olan idarenin eylem ve işlemlerinin yargısal denetimden geçebiliyor olması, hukuk devleti ilkesinin en önemli unsurlarından birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu noktada idarenin yargısal denetiminin hukuk devleti ilkesi bakımından özel bir önemi olduğu ifade edilebilir.

Diğer önemli bir konu da davasını yanlış yargı kolunda açan kişiler aleyhine vekâlet ücretine hükmedilmesinin hukukiliğinin, 1982 Anayasası'nın 40'inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını*

ve sürelerini belirtmek zorundadır” hükmü ile birlikte değerlendirilmesi gerektiğidir. Kişilerin davalarını yanlış yargı kolunda açmaları, genellikle davalarını hangi yargı kolundaki mahkemede açmaları gerektiğini bilmemelerinden kaynaklanmaktadır. Anayasanın, idarelere işlemlerine karşı başvuru yolunu açıkça belirtme yükümlülüğü getiren hükmüne rağmen idareler çoğunlukla bu yükümlülüğü yerine getirmemektedir. Anayasanın açık hükmünün gereğinin devlet organları tarafından yerine getirilmemesinden kaynaklanan bu durumun külfetinin, idareye dava açmak isteyen kişilere yüklenmesi hakkaniyete uygun değildir.

Çalışmamıza konu olan mevcut uygulamada olduğu gibi, bireylerin idareye karşı olan şikâyetlerini yargı organları önüne taşımaya engel olan durumlar, sadece mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurmakla kalmamakta, bunun da ötesinde, idarenin faaliyetlerinin etkili bir yargısal denetimden geçmesini engelleyerek hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilmesinde de sorunlara sebep olmaktadır. Bu noktada, kişiler arasındaki uyuşmazlıklardan ziyade idarenin işlem ve eylemleri dolayısıyla meydana gelen uyuşmazlıkların, hukuk devleti ilkesinin ve mahkemeye erişim hakkının gerçekleştirilmesi bakımından daha çok önem arz ettiğinin kabul edilmesi ve mahkemelerin kanunları yorumlarken bu hususa dikkat ederek karar vermeleri gerekmektedir.

SONUÇ

Adil yargılanma hakkı, hem 1982 Anayasası hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından koruma altına alınan temel hak ve hürriyetlerdendir. Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, birçok hak ve ilkenin adil yargılanma hakkı kapsamında olduğunu kabul etmektedir. Mahkemeye erişim hakkı da adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilen haklardandır.

Diğer temel hak ve hürriyetlerde olduğu gibi, adil yargılanma hakkı ve mahkemeye erişim hakkı da sınırsız bir hak değildir ve birtakım düzenlemelerle bu hakkın kısıtlanması mümkündür. Yargılama giderleri ve davayı kaybeden aleyhine hükmedilen vekâlet ücreti de bu şekilde mahkemeye erişim hakkına getirilen sınırlandırmalar arasında yer almaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi, mahkemeye erişim

hakkına yapılan müdahalelerin Anayasaya uygun olup olmadığını denetlerken “kanunilik”, “ölçülülük” ve “kamu yararı” kriterlerini kullanmakta ve bu kriterlerden herhangi birini sağlamayan bir müdahalenin adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurup doğurmadığına karar vermektedir.

Yargı kolunu değiştiren görevsizlik kararlarında, davacı aleyhine hükmedilen vekâlet ücretinin bu kriterler bakımından bir incelemesi yapıldığında, mahkemeye erişim hakkına yapılan bu müdahalenin öncelikli olarak “kanunilik” kriterini sağlamadığı görülmektedir. Zira konuya ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda yer alan hükümlerin, yargı kolunu değiştiren görevsizlik kararlarında vekâlet ücretine de hükmedileceği şeklinde yorumlanması mümkün değildir. Aksine Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda yer alan hükümler vekâlet ücretine, davanın esası hakkında hüküm verecek olan mahkemenin karar vereceğini düzenlemektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki bu açık düzenlemeye rağmen adli yargı kolunda yer alan mahkemelerin, görevsizlik kararı ile birlikte vekâlet ücretine de hükmetmesi, mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Özellikle aynı davaya ilişkin iki ayrı yargı kolunda görevsizlik kararı verildiği ve dosyanın Uyuşmazlık Mahkemesine gittiği durumlarda, daha yerel mahkemelerde uyuşmazlığın esasına dahi girilmeden davacıya iki ayrı vekalet ücreti ödettilmesinin hukuken izah edilebilir hiçbir yanı yoktur.

Adil bir hukuk düzeninde, salt başka yargı kolunun görevli olduğu gerekçesiyle verilen kararlarda karşı vekalet ücreti hükmedilmemelidir. Karşı vekalet ücreti ile ilgili karar, diğer yargı koluna başvuru yapılmadığı hallerde de kesinleşme koşuluyla verilmeli, diğer yargı koluna başvuru yapıldığı hallerde ise buradaki yargılamanın sonucuna bağlı olarak verilmelidir.

Kaldı ki Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki düzenlemelerin adli yargı kolunda yer alan mahkemelerce bu şekilde yorumlanarak davasını yanlış yargı kolunda açan kişiler aleyhine vekâlet ücretine hükmedilmesinin, 1982 Anayasası’nın 40’inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır” hükmü karşısında da kabul edilmesi mümkün değildir. Zira, kişilerin davalarını

yanlış yargı kolunda açmaları, davalarını hangi yargı kolundaki mahkemede açmaları gerektiğini bilmemelerinden kaynaklanmaktadır. Anayasanın açık hükmünün gereğinin devlet organları tarafından yerine getirilmemesinden kaynaklanan bu durumun külfetinin, idare lehine vekaletle hükmedilerek, idareye karşı dava açmak isteyen kişilere yüklenmesi hem hakkaniyete uygun değildir hem de hukuk devletini hayata geçirmenin en önemli araçlarından birisi olan idarenin yargısal denetimini sağlamanın önünde büyük bir hukuki sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kaynakça

Kitaplar

- Akyılmaz Bahtiyar, Sezginer Murat, Kaya, Cemil, Açıklamalı – İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku, Ankara: Savaş Yayınevi, 2019.
- Akyılmaz Bahtiyar, Sezginer Murat, Kaya, Cemil, Türk İdare Hukuku, Ankara: Savaş Yayınevi, 2018.
- Aldemir Hüsnü, Hukuk Davalarında Yargılama Giderleri, Ankara: Seçkin, 2000.
- Arslan Ramazan, Yılmaz Ejder, Taşpınar Ayvaz Sema, Hanağası Emel, Medeni Usul Hukuku, Ankara: Yetkin, 2021.
- Atay Ender Ethem, İdari Yargılama Hukuku, Ankara: Seçkin, 2021.
- Candan Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Ankara: Yetkin, 2017.
- Çağlayan Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Ankara: Seçkin, 2022.
- Günday Metin, İdari Yargılama Hukuku, Ankara: Turhan Kitabevi, 2022.
- Kaplan Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, Bursa: Ekin, 2016.
- Kuru Baki, Aydın Burak, Medeni Usul Hukuku, Ankara: Yetkin, 2021.
- Pekcanitez Hakan, Atalay Oğuz, Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukuku, İstanbul: Oniki Levha, 2022.
- Akkan Mine, Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, İstanbul: Oniki Levha, 2017.
- Tandoğan Özbaykal Nağihan, Medeni Yargı ile İdari Yargı Arasındaki Yargı Yolu ve Hüküm Uyuşmazlıkları, Ankara: Seçkin, 2019.
- Tutumlu Mehmet Akif, Hukuk Yargılamasında Hüküm ve Gerekçeli Karar, Ankara: Seçkin, 2007.
- Ulusoy Ali, İdari Yargılama Hukuku, Ankara: Yetkin, 2022.

Makaleler

- Ekinci Ahmet, “Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2014/3-4), s.821-848.
- Gülçür Abdulkadir, “AİHM ve Türk Anayasa Mahkemesi’nin Kararları Işığında Hukuki Kesinlik (Belirlilik) İlkesinin İncelenmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, (2018) 24(1), s.149-175.

- Karaarslan Mehmet, "İdarenin Yargısal Mercilerde Temsili ve Temsilcilerin Sorumluluğu", *Ankara Barosu Dergisi*, 2016/3, s.417-465.
- Öztürk K. Burak, "Vekâlet Ücreti ve Mahkemeye Erişim Hakkı", İstanbul: Filiz Kitabevi (2019) 5. İdare Hukuku Buluşması – Danıştay Karar İncelemeleri 4-6 Mayıs 2018.
- Şimşek Mehmet, "Yargı Organlarınca Hükmedilen Vekâlet Ücretinin Aidiyeti Sorunu" *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2015/6, s.535-561.
- Yeniay Lokman, "Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Yargı Ayrılığı Sistemi Üzerine Bir İnceleme", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2020-26(1), s.161-189.
- Yılmaz Serdar, "İdari Yargının Görev Alanının Daraltılmasına Yönelik Yeni Bir Girişim Olarak İnsan Zararları Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevlerine Dair Kanun Teklifi Üzerine Bir Değerlendirme", *Ankara Barosu Dergisi*, 2015/3, s.113-181.

FRANSIZ HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK BORÇLUYA SATIŞ YETKİSİ VERİLMESİ (RIZAEN SATIŞ- İİK m. 111/A) GRANTING THE DEBTOR THE SALES AUTHORITY AS COMPARİSON IN FRENCH LAW (CONSENSUAL SALE)

Mert NAMLI*

Özet: Günümüzde, cüz’i icra bakımından dünyada benimsenen klasik cebrî icra kurumu, borçlunun mallarının haczi ve haczedilen malların cebrî artırma yoluyla paraya çevrilmesidir. Bununla birlikte bu yol, genellikle verimsiz olduğu için eleştirilmektedir. Bunun bir sonucu olarak bugün dünyadaki eğilim, cebrî artırımın yanında, taraf iradelerinin daha etkin olduğu, cebrî artırmaya göre daha basit ve esnek yolların düzenlenmesi yönündedir. Bunun en önemli örneklerinden birini, Fransız Hukuku’nda düzenlenen “anlaşmalı satış” (*vente amiable*) oluşturmaktadır. Türk Hukuku da 2021 yılında bu konuda önemli bir adım atmış ve 24.11.2021 tarih ve 7343 Sayılı Kanun ile İİK m. 111/A’da “borçluya satış yetkisi verilmesi” düzenlenmiştir.

Bu çalışmada Türk Hukuku’nda kabul edilen “rızaen satış” kurumu, Fransız Hukuku’ndaki anlaşmalı satış ile karşılaştırmalı olarak incelenecektir. Bu çerçevede kurumun uygulama alanı, hukuki niteliği, prosedürün başlıca özellikler ve rızaen satışın sonuçları eleştirel bir bakış açısıyla ele alınacak ve olması gereken hukuk bakımından değerlendirmeler yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: İcra Hukuku, Paraya Çevirme, Rızaen Satış, Borçlu, Fransız Hukuku

Abstract: The classical compulsory enforcement adopted in the world in terms of execution for debt is the seizure of the debtor’s property and the conversion of the seized property into money through compulsory sale of auction. However, this way is often criticized for being inefficient. As a result of this, the tendency in the world today is to make simpler and more flexible ways than the compulsory sale of auction, in which the will of the parties is more effective, besides compulsory sale of auction. One of the most important examples of this is the “*vente amiable*” regulated in French

* Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0001-8335-2308, mnamli@istanbul.edu.tr, Makalenin Gönderim Tarihi: 18.08.2023, Kabul Tarihi: 13.09.2023

Law. Turkish Law also took an important step in this regard in 2021 and with the Law No. 7343 dated 24.11.2021, “granting the debtor the sales authority (consensual sale)” was regulated in art. 111/A of The Execution and Bankruptcy Law.

In this study, the new sales procedure accepted in Turkish Law, will be examined in comparison with the “*vente amiable*” in French Law. In this framework, the application area, its legal nature, the main features of the procedure and the results of the consensual sale will be discussed from a critical point of view and evaluations will be made in terms of law.

Keywords: Enforcement Law, Sales, Consensual Sale, Debtor, French Law

GİRİŞ

Günümüzde, cüz’i icra bakımından dünyada benimsenen klasik cebrî icra kurumu, borçlunun mallarının haczi ve haczedilen malların cebrî artırma yoluyla paraya çevrilmesidir.¹ Bu kurum birçok eleştiriyemâruz kalsa da kanun koyucular bu konuda köklü reformlar yapmaktan kaçınmaktadırlar.

Aslında cebrî artırma, tarafların menfaatlerini en fazla koruyan paraya çevirme yolu olarak kabul edilebilir.² Çünkü teorik olarak bu yolda haczedilen mal, herkesin katılabildiği bir açık artırma sonunda en fazla peyi ileri sürene ihale edilir. Fakat uygulamada, bir yandan haczedilen mal cebrî artırma sonucunda genellikle gerçek değerinin oldukça altında bir bedele ihale edilmekte, diğer yandan ise bu prosedür oldukça uzun sürmekte ve ağır masraflara yol açmaktadır.³ Bu nedenle de cebrî artırmaya yöneltilen en önemli eleştiri, bu prosedürün verimsiz⁴ olmasıdır.

¹ Bildiğimiz şekliyle haczin tarihteki ilk görünümünden biri, Roma’daki “*pignoris capio*”dur. *Pignoris capio*, alacaklıya, borçlunun bir malına el koyma hakkı veren bir yoldur. Bununla birlikte bu yol, alacaklıya, malın sâhibi olma veya onu satma hakkı vermemekteydi. Daha sonra *venditio bonorum* ve *pignus in causa iudicati captum* ile borçlunun mallarının satılması imkânı kabul edilmiştir. Detaylı bilgi için bkz. Mert Namlı, “Roma Hukukunda Cebrî İcra Araçları: Borçlunun Bedenine Yönelen İcra Anlayışından Malvarlığı Üzerinde İcraya Dönüşüm”, Prof. Dr. Türkan Rado’nun Anısına Armağan”, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2020, s. 769-798.

² Philippe Hoonakker, “Panorama Des Solutions Alternatives”, *L’Exécution Immobilière En Europe: Entre Tradition Et Modernité, Quelle Saisie Immobilière Pour Demain*, Paris 2005, s. 111.

³ Hoonakker, s. 97.

⁴ Bu noktada “verimsiz” sıfatı ilk bakışta yadırgatıcı olabilse de hukukun ekonomik analizi bağlamında bilinçli olarak kullanıldığı ifade edilmelidir.

Bu durum, dünyada cebrî artırma yoluyla paraya çevirmenin alternatiflerinin aranmasını tetiklemiştir. Bu çerçevede günümüzde dünyadaki eğilimin, cebrî artırmanın yanında, taraf iradelerinin daha etkin olduğu, cebrî artırmaya göre daha basit ve esnek yolların düzenlenmesi yönünde olduğu söylenebilir.⁵ Bunun en önemli örneklerinden birini, Fransız Hukuku'nda düzenlenen "anlaşmalı satış" (*vente amiable*) oluşturmaktadır. Türk Hukuku da 2021 yılında bu konuda önemli bir adım atmış ve 24.11.2021 tarih ve 7343 Sayılı Kanun⁶ ile İİK m. 111/A'da "borçluya satış yetkisi verilmesi" düzenlenmiştir.

Çalışmamızın hemen başında ifade etmeliyiz ki biz, cebrî icra sisteminin, cebrî artırma yoluyla satışa göre daha basit, esnek ve taraf iradelerini önceleyen alternatifler ile zenginleştirilmesi düşüncesini son derece isabetli buluyoruz. Bu bağlamda borçluya satış yetkisi verilmesinin düzenlenmesini de genel olarak olumlu bir adım olarak nitelendiriyoruz. Bununla birlikte bu düzenlemenin de eleştiriye açık bazı yönleri doğal olarak bulunmaktadır. Bu nedenle biz çalışmamızda Fransız Hukuku'ndaki anlaşmalı satış ile Türk Hukuku'ndaki borçluya satış yetkisi verilmesini karşılaştırmalı olarak ele alacak ve Türk Hukuku'ndaki düzenlemelerin yerindeliğini eleştirel bir bakış açısıyla değerlendireceğiz.

I. KANUNİ DÜZENLEMELER VE AMAÇLARI

A-) Fransız Hukuku'nda

Fransız Hukuku'nda anlaşmalı satış, ilk olarak, 09.07.1991 tarih ve 91-650 sayılı Cebrî İcra Sisteminde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un⁷ 52. maddesi ile kabul edilmiştir. Söz konusu düzenleme ile, haczedilen taşınır malların anlaşmalı satış yoluyla paraya çevrilmesine imkân tanınmıştır. Bu düzenleme, 19.12.2011 tarih ve 2011-1895 sayılı Kararnâme⁸ ile yürürlükten kaldırılmıştır. Aynı Kararnâme ile haczedilen maddî taşınır malların anlaşmalı satış yoluyla paraya çevrilmesine ilişkin Fransız İcra Kanunu'nun (CPCE) L. 221-3 maddesi

⁵ Hoonakker, s. 111-112.

⁶ RG, 30.11.2021, S. 31675.

⁷ JO, 14.07.1991, no: 163.

⁸ JO, 20.12.2011, no: 0294.

ihdas edilmiştir.⁹ Bir yıl kadar sonra ise 30.05.2012 tarih ve 783 sayılı Kararnâme¹⁰ ile Fransız İcra Kanunu'na aynı konuya ilişkin R 221-30 ilâ R. 221-32 maddeleri ilave edilmiştir.¹¹

Fransız Hukuku'nda anlaşmalı satış, 31.07.1992 tarih ve 92-755 Sayılı Kararnâme ile, bu kez gayrimaddî haklar (*meubles incorporels*) bakımından kabul edilmiştir. 30.05.2012 tarih ve 783 Sayılı Kararnâme ile Fransız İcra Kanunu'na R. 233-3 ve R. 233-5 maddeleri eklenmiştir. Biz bu çalışmamızın sınırlarını genişletmemek amacıyla gayrimaddî hakları inceleme kapsamımızın dışında bırakacak ve bundan sonra Fransız Hukuku'na ilişkin kısımlarda "taşınır" kavramını kullanırken "maddî taşınır malları" kastedeceğiz.¹²

2005 yılında ise Fransız Hukuku, taşınmazların haczi ve satışı konusunda bir reform hazırlığı ile tanışmıştır. Şöyle ki Fransız Parlamentosu, Anayasa'nın 38. maddesi¹³ çerçevesinde, 26.05.2005 tarih ve 2005-842 sayılı Kanun¹⁴ ile ekonominin modernleştirilmesi ve güvenin sağlanması için kanunda belirlenen konularda kararnâme yapma yetkisini hükümete vermiştir. Bu kanunun 24/5. maddesi ile hükümete, taşınmaz satışından elde edilen paranın dağıtılması prosedürüne ilişkin düzenlemelerde, taşınmazların haczi ve satışı prosedürlerinin basitleştirilmesi ve taşınır haczi ve satışını prosedürüne yakınlştırılması, hâkimin kontrolünün güçlendirilmesi ve anlaşmalı satışın özenendirilmesi için kararnâme ile düzenleme yapma yetkisi tanınmıştır.

Hükümet, kendisine tanınan bu yetkiyi 2006 yılında kullanmış ve 21.04.2006 tarih ve 2006-461 Sayılı Taşınmaz Haczi ve Satışının Reformuna İlişkin Kararnâme¹⁵ kabul edilmiştir. Bu reform ile benimsenen başlıca ilkeler; hâkimin rolünü güçlendirmek ve avukat ile temsil zo-

⁹ CPCE L 221-3, 16.02.2015 tarih ve 2015-177 sayılı Kanun ile değiştirilmiştir.

¹⁰ JO, 31.05.2012, no: 0125.

¹¹ CPCE R 221-30 ve 221-31 maddeleri, 29.12.2021 tarih ve 2021-1888 no'lu Kararnâme ile değişikliklere uğratılmıştır.

¹² Fransız Hukuku'nda gayrimaddî hakların anlaşmalı satışı için bkz. Nur Bolayır, "Fransız Hukuku'nda Vente Amiable (Dostane Satış) Kurumu", *AÜHFD*, 2023/1, s. 75-77.

¹³ Fransız Anayasası'nın 38. maddesine göre hükümet, programını gerçekleştirmek için, belirli bir süreliğine, normalde kanun ile yapılması gereken işlemlerin kararnâmeler ile yapılması için Meclis'ten izin isteyebilir.

¹⁴ JO, 27.07.2005, no: 173.

¹⁵ JO, 22.04.2006, no: 95.

runluluğunu kabul etmek suretiyle borçlunun hakları ile alacaklının menfaatleri arasında denge sağlanması, borçluya kendi malını satma yetkisinin verilmesi, alıcılara teminat zorunluluğu getirilerek prosedürün güvence altına alınması ile itirazların sınırlandırılmak ve paranın paylaşılması öne çekilmek suretiyle prosedürün hızlandırılması ve basitleştirilmesidir.¹⁶

2006-461 sayılı Kararnâme ile gerçekleştirilen reformun getirdiği en önemli yeniliklerden biri, yukarıda da belirtildiği gibi, taşınmazların paraya çevrilmesi bakımından anlaşmalı satışın (*vente amiable*) kabul edilmesidir. Anlaşmalı satışın kabulünün başlıca nedeni, taşınmazların, cebrî artırma yoluyla satış çerçevesinde birçok kez yok pahasına ihale edilmesidir.¹⁷ Şöyle ki reformun hazırlık sürecinde Maliye Genel Müfettişliği ve Adli Hizmetler Müfettişliği tarafından hazırlanan ortak raporda, bir taşınmazı cebrî artırmada alan alıcıların dörtte birinin, söz konusu taşınmazı, ihale tarihinden itibaren iki yıldan kısa süre içinde ihale bedelinin %70 fazlasına sattıkları belirlenmiştir.¹⁸

2006-461 sayılı Kararnâme ile anlaşmalı satış, Fransız Medeni Kanunu'nun (CC) "taşınmaz haczi, satışı ve paranın paylaşılması"na ilişkin 2191 vd. arasında (CC m. 2202-2203 olarak) düzenlenmiştir. Daha sonra 19.12.2011 tarih ve 2011-1895 sayılı Kararnâme¹⁹ ile CC m. 2191 vd. hükümleri yürürlükten kaldırılmış ve bu düzenlemeler, Fransız İcra Kanununa (CPCE) aktarılmıştır. Bugün itibariyle taşınmazlar bakımından anlaşmalı satış, CPCE L.322-3 ve 322-4 ile R. 221-30 ilâ 221-32 maddeleri arasında düzenlenmektedir.

¹⁶ Kararnâmenin Genel Gereğesinden, bkz. JO, 22.04.2006, no: 95.

¹⁷ Stéphane Piédelièvre/Frédéric Guerchoun, "Saisie-Immobilière", Répertoire de procédure civile, 2021(Güncelleme: Şubat 2023), no: 242.

¹⁸ Rapport d'enquete sur l'hypothèque et le crédit hypothécaire (haz. Nicolas Jachiet, Valérie Champagne, Pierre-Alain de Mulleray, Joelle Bourquard, Christine Rostane), Kasım 2004, s. 52.

Söz konusu raporda, paraya çevirme prosedürünün verimliliğinin ölçümünde kullanılacak başlıca iki kistasın, paraya çevirme prosedürü sonunda elde edilen para ile alacağın elde edildiği süre olduğu belirtilmiştir. Süre bakımından 2002 yılında Avrupa Birliği (AB) bünyesinde hazırlanan bir karşılaştırmalı çalışmaya atıfta bulunulmuş ve burada prosedürün süresinin Hollanda'da 4 ay, İspanya'da 7-9 ay, İtalya'da ise 5-7 yıl olduğu, Fransa'da ise sürenin ortalama 9 ay olmasına karşın bunun iki katına çıkabildiği açıklanmıştır.

Raporun tamamı için bkz. <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/044000625.pdf>.

¹⁹ JO, 20.12.2011, no: 0294.

B-) Türk Hukuku'nda

Türk Hukuku'nda, 24.11.2021 tarih ve 7343 sayılı Kanun ile cebrî icra sisteminde kapsamlı değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler ile kanun koyucu, cebrî icra sisteminin etkinliğini artırmayı amaçlamıştır.²⁰

7343 sayılı Kanun ile getirilen en önemli yeniliklerden biri, İİK m. 111/A'da "borçluya satış yetkisi verilmesi"nin düzenlenmesidir. Bununla birlikte, kanunun genel gerekçesi ile madde gerekçesinde, bu kurumun kabul ediliş amacı ile düzenlemenin hazırlık sürecine ilişkin herhangi bir bilgi tespit edilememektedir.

İİK m. 111/A'nın son fıkrasında, bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların, Adalet Bakanlığınca yürürlüğe konulan yönetmelikle belirleneceği düzenlenmiştir. Bu çerçevede hazırlanan İcra ve İflâs Kanunu uyarınca Borçluya Satış Yetkisi Verilmesine Dair Yönetmelik,²¹ 28.05.2022 tarihinde Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

7343 sayılı Kanun'un 48. maddesinde, değişikliklerin yürürlüğe gireceği tarih bakımından farklı esaslar kabul edilmiştir.²² Çalışma konumuz olan borçluya satış yetkisi verilmesi bakımından ise özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle borçluya satış yetkisi verilmesi, 7343 sayılı Kanun'un 57. maddesi gereğince, kanunun Resmî Gazete'de yayınlandığı 30.11.2021 itibariyle yürürlüğe girmiştir.²³

II. TERİM SORUNU

Fransız Hukuku'nda CPCE L. 322-3 ve 4'ün kenar başlığı, "la vente amiable sur autorisation judiciaire (yargısal izin üzerine anlaşmalı satış)" dir. CPCE R. 221-30 ilâ 32'de de "la vente amiable" terimi kullanılmıştır. Daha önceki bir çalışmamızda, bu kavramın Türkçe'ye "anlaşmalı

²⁰ Kanunun genel gerekçesinden. Bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss285.pdf>.

²¹ RG, 28.05.2022, S. 31849.

²² 7343 sayılı Kanun'un zaman bakımından uygulanması hakkında bkz. Hakan Pekcanitez/Mine Akkan, "7343 sayılı Kanun'la İcra ve İflas Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Zaman Bakımından Uygulanması", *TBBD*, 2022, S. 160, s. 259 vd.

²³ İlgili maddeye ilişkin Yönetmelik hazırlanmasını beklemeden kurumun uygulamaya başlanmasının gereksiz bir acelecilik olduğu yönünde bkz. Hakan Pekcanitez, "Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi", *GSÜHFD*, 2022/1, s. 821; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özekes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 9. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2022, s. 231.

satış" şeklinde tercüme edilebileceğini belirtmiştik.²⁴ Doktrinde "*vente amiable*" kavramının karşılığı olarak, "dostane satış"²⁵ ve "rızaen satış"²⁶ kavramları da kullanılmıştır.

Bu noktada ifade edilmelidir ki, "*amiable*" sözcüğünün tam karşılığı "dostâne"dir. Böylece "*la vente amiable*" kavramının Türkçe'ye "dostâne satış" şeklinde çevrilebileceği söylenebilecektir. Bununla birlikte biz, "dostâne satış" kavramının kurumun içeriğini tam olarak yansıtmadığını, burada ayırt edici unsurun, açık artırma yolu ile satıştan farklı olarak, "anlaşma" olduğunu düşünmekteyiz. Bu nedenle de çalışmamızda, Fransız Hukuku'ndaki "*la vente amiable*" için "anlaşmalı satış" terimini kullanmayı sürdüreceğiz.

Türk Hukuku'nda ise İİK m. 111/A'nın kenar başlığı "borçluya satış yetkisi verilmesi" olarak belirlenmiştir. Bununla birlikte maddenin birinci fıkrasında "rızaen satış", ikinci fıkrasında ise "rızaî satış" terimleri kullanılmıştır. Madde metninde rızaen satış teriminin kullanılmasının bilinçli bir tercih olup olmadığı hususunda, madde gerekçesinde herhangi bir bilgi yer almamaktadır. Bununla birlikte İcra ve İflâs Kanunu uyarınca Borçluya Satış Yetkisi Verilmesine Dair Yönetmeliği'nin çeşitli maddelerinde toplam 24 kez "rızaen satış" terimine yer verilmiştir. Bu durum, söz konusu terimin bilinçli bir şekilde tercih edildiğini ortaya koymaktadır.

Kanun'da ve Yönetmelik'te kullanılan "rızaen satış" kavramı, söz konusu satışa kimsenin rıza göstermediği gerekçesiyle eleştirilmiştir.²⁷ Bu yazarlardan Pekcanitez, açık artırma yolu ile satıştan ayırt etmek için bu kavramın kullanılmış olabileceğini, ancak bunun için daha isabetli bir terimin tercih edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yine öğretilerde bir başka eleştiri olarak, "rıza" ile "yetki" kavramlarının birbirinden farklı olduğu, bu nedenle "rızaen satış"ın "borçluya satış yetkisi verilmesi" kavramını ikame etmediği ileri sürülmüştür.²⁸

²⁴ Mert Namli, İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2019, s. 575 vd.

²⁵ Bolayır, s. 69.

²⁶ Mehmet Emin Alpaslan, İcra Dairelerinin Özerkleştirilmesi: Fransız İcra Görevlisi Modeli, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2018, s. 125 vd.

²⁷ Pekcanitez, s. 824; Burçin Yazıcı, "İcra ve İflâs Kanunu m. 111/A Uyarınca Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi", *AKDHFD*, 2022/2, s. 1124.

²⁸ Yazıcı, s. 1124.

Biz de bu eleştirilerin haklı olduğunu düşünmekteyiz. Öncelikle Kanun ve Yönetmelikte aynı madde içinde “rızaen satış” ve “rızaî satış” olmak üzere iki farklı kavramın kullanılması özensiz bir tutum olup, bunların yeknesaklaştırılması gereklidir. Yine İİK m. 111/A çerçevesinde yapılan satış için alacaklının, borçlunun veya üçüncü kişilerin rızası söz konusu değildir. Bu noktada muhtemelen kanun koyucu, söz konusu kurumu açık artırma yolu ile satıştan ayırt etmek amacıyla bir kavram arayışına girmiştir. Kanaatimizce yine muhtemeldir ki, kanunda belirlenecek her kavrama doktrinde haklı eleştiriler ileri sürülebilecektir. Bu nedenle biz, aynı madde içinde farklı kavramların kullanılmasını doğru bulmamakla birlikte, kanun koyucunun “rızaen satış” kavramını tercih etmesini bir hata olarak değerlendirmemekteyiz. Böylece her ne kadar Fransız Hukuku’ndaki gibi “dostâne satış” veya “anlaşmalı satış” teriminin daha isabetli olabileceğini düşünsek de²⁹ Türk Hukuku’nda düzenlenen kurum bakımından çalışmamız kapsamında “rızaen satış” kavramını kullanacağız.

III. RIZAEN SATIŞIN UYGULAMA ALANI

Rızaen satış, İcra ve İflâs Kanunu’nun “Haciz Yolu ile Takip” başlıklı Dördüncü Bâbı içinde düzenlenmiştir. Rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takibin düzenlendiği Beşinci Bap ile iflâs yolu ile takibin düzenlendiği altıncı bapta, İİK m. 111/A’ya herhangi bir atıfta bulunulmaması karşısında, rızaen satışın bu iki yolda da uygulama alanı bulup bulmayacağı bir sorun olarak ortaya çıkmıştır.

Doktrinde bir görüş, rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takipte paraya çevirme usulünü düzenleyen İİK m. 150/g’de kıymet takdirine ilişkin İİK m. 128/a’ya atıf yapıldığı, rızaen satışın da kıymet takdirinin tebliği üzerine talep edilebileceği göz önüne alındığında, rızaen satışın rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takipte de uygulama alanı

²⁹ Bununla birlikte, yukarıda da ifade edildiği üzere, bu terimlerin de eleştirilmesi mümkündür. Örneğin “dostâne satış” kavramının benimsenmesi durumunda hem bu kavramın belirsiz olduğu hem de bu durumda açık artırma yolu ile satışın “hasmâne” olduğunun kabulü anlamına geleceği, bunun da doğru olmayacağı ileri sürülebilir. Kezâ aynı şekilde, “anlaşmalı satış” kavramının benimsenmesi durumunda ise, İİK m. 111/A çerçevesinde satışın icra mahkemesi kararı ile tamamlanacağı göz önünde bulundurulduğunda burada tam bir anlaşmadan söz edilmesinin mümkün olmadığı da dile getirilebilir.

bulabileceğini ileri sürmüştür.³⁰Bununla birlikte doktrindeki ağırlıklı görüş, İİK m. 150/g'de İİK m. 111/A'ya atıf yapılmadığı gerekçesiyle, rehlin paraya çevrilmesi yolu ile tâkipte rızaen satışın uygulama alanı bulamayacağını kabul etmektedir.³¹ Bu noktada ifade edilmelidir ki bu yazarlar, olması gereken hukuk bakımından, rızaen satışın rehlin paraya çevrilmesi yolu ile takipte de uygulanması gerektiği düşünce-sindedirler.³²

İİK m. 111/A henüz çok yeni bir tarihte yürürlüğe girdiği için, bu soruna ilişkin bir Yargıtay veya bölge adliye mahkemesi kararı tespit edemedik. Yalnızca İstanbul Anadolu 17. İcra Hukuk Mahkemesi, 29.12.2021 tarihli bir kararında, İİK m. 111/A'nın rehlin paraya çevrilmesi yolu ile takiplerde uygulama alanı bulamayacağına karar vermiştir.³³

Biz de rehlin paraya çevrilmesi yolu ile takibe ilişkin İİK m. 150/g'de İİK m. 111/A'ya atıf yapılmadığı, İİK m. 111/A'da da bu yönde bir hüküm bulunmadığı için, rızaen satışın rehlin paraya çevrilmesi yolu ile takipte uygulama alanı bulmayacağı kanaatindeyiz. Bu noktada, kanun koyucunun bilinçli bir tercih yapıp yapmadığı sorgula-

³⁰ Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, İcra ve İflâs Hukuku, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 287.

³¹ Pekcanitez, s. 826; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 233; Serdar Kale, "İcra ve İflas Hukukunda Online Satış", Lexpera blog (<https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/>); Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 239; Yazıcı, s. 1131; İbrahim Aşık/Ömer Faruk Saçar/Ozan Tok/Yakup Oruç, İcra ve İflas Hukuku, Seçkin Yayınları, İstanbul 2022, s. 248; Nedim Meriç, İcra Hukukunda Karşılama Prensibi, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2022, s. 131-133; Talih Uyar, "Kesinleşen Bir "İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yolu ile Takipte Takip Borçlusu, İİK m. 111/A Uyarınca, İcra Dairesinden Kendisine Satış Yetkisi Verilmesini Talep Edebilir Mi?", İBD, 2022/2, s. 15 vd.; Okay Durman, "İcra ve İflas Kanunu'nda Yapılan Değişiklikle Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi", 8. Asos Congress, s. 954; Ertan Yardım, "İcra ve İflas Kanunu'nda Paraya Çevirme İşlemlerine Dair 7343 Sayılı Kanun ile Getirilen Değişiklikler ve Yenilikler", (<https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/63>).

³² Pekcanitez, s. 827; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 233; Kale, Lexpera blog (<https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/>); Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 239; Meriç, s. 133; Yazıcı, s. 1131.

³³ İstanbul Anadolu 17. İcra Hukuk Mahkemesi, E. 2021/758, K. 2021/795, 29.12.2021: "(...) Kanun maddesinde açıkça belirtildiği üzere, hacizli malın satışı için rızaen yetki verilmesinin talep edilebileceği, takibin ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı takip olduğu, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde haciz aşamasının bulunmadığı ve hacizli malın bu olmadığı, bu haliyle müdürlük tarafından yapılan işlemin usul ve yasaya uygun olduğu anlaşılacak şikayetin reddine karar verilmiş(...)" (www.e-uyar.com).

nabilir. Madde gerekçesinde buna cevap verecek bir bilgiye rastlanmamaktadır. Kezâ alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesi göz önünde bulundurulduğunda, bize göre, rızaen satışın rehnin paraya çevrilmesi ile tâkipte uygulanmamasını gerektirecek haklı bir sebep bulunmamaktadır.³⁴ Bu nedenle de İİK m. 150/g'de atıf yapılan maddeler arasında İİK m. 111/A da eklenmeli, böylece rızaen satışın rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takipte de uygulanması sağlanmalıdır.

Aynı tartışma, iflâs yolu ile takip bakımından da yaşanmaktadır. Doktrinde bir görüş, iflâs yolu ile takipte tasfiyeye ilişkin İİK m. 242-245 arasında İİK m. 111/A'ya atıf yapılmadığını, bu nedenle de iflâs tasfiyesi sırasında borçlunun kendisine satış yetkisi verilmesini isteyemeyeceğini, ancak ikinci alacaklılar toplantısında borçluya satış yetkisi verilebileceğini ileri sürmüştür.³⁵ Bir başka görüş, rızaen satışın iflâs yolu ile takipte de uygulanması gerektiğini belirtmiştir.³⁶ Buna karşılık üçüncü görüş ise, iflâs ile birlikte borçlunun tasarruf yetkisi sınırlandığı için borçluya satış yetkisi verilmesinin mümkün olamayacağını ifade etmiştir.³⁷

Bize göre de İcra ve İflâs Kanunu'nun "iflâs tasfiyesi" başlıklı sekizinci bâbında İİK m. 111/A'ya atıf yapılmadığı, İİK m. 111/A'da da bu yönde bir düzenleme bulunmadığı için rızaen satışın iflâs yolu ile takipte uygulama alanı bulamayacaktır. Ayrıca olması gereken hukuk bakımından da rızaen satışın iflâs yolu ile takipte uygulanmasının mümkün ve gerekli olmadığı kanaatindeyiz. Şöyle ki iflâs kararı ile birlikte borçlunun tasarruf yetkisi sınırlandığı için, iflâs masasına giren malların satışı için borçluya yetki verilmesi mümkün olamayacaktır. Ayrıca iflâs tasfiyesinde pazarlık yolu ile satışın uygulama alanı daha geniş olduğu, İİK m. 241/1 uyarınca ikinci alacaklılar toplantısının kararı ile masaya giren taşınır ve taşınmaz mallar pazarlık yolu ile paraya çevrilebileceği için, rızaen satışın iflâs tasfiyesinde uygulanmasına kanaatimizce gerek de yoktur.

³⁴ Aslında Adalet Komisyonu Raporu'na yazılan bir muhalefet şerhinde, maddenin bu şeklinin rızaen satışın rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takipte uygulanamayacağı gibi bir izlenime neden olduğu, bu nedenle de düzenlemenin rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takibi de içerecek şekilde değiştirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Adalet Komisyonu Raporu, s. 60 (<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss285.pdf>).

³⁵ Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 287.

³⁶ Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 272.

³⁷ Pekcanitez, s. 827-828; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 233.

İİK m. 111/A'da kanun koyucu, "taşınır - taşınmaz" ayrımı yapmamıştır. Bu nedenle de rızaen satış hem taşınır hem de taşınmaz malların paraya çevrilmesinde uygulanacaktır.³⁸ Biz, rızaen satışın uygulama alanının bu şekilde geniş tutulmasının isabetli olduğunu düşünmekteyiz.³⁹

Fransız Hukuku'nda taşınırların anlaşmalı satışı CPCE L. 221-3 ve R. 221-30 ilâ 32'de, taşınmazların anlaşmalı satışı ise L. 322-3 ve 4 ile R. 322-20 ilâ 25'de düzenlenmektedir. Hâl böyle olunca, Fransız Hukuku'nda anlaşmalı satış hem taşınır hem de taşınmazların paraya çevrilmesinde uygulanabilmektedir.

IV. RIZAEN SATIŞIN HUKUKİ NİTELİĞİ VE BUNA BAĞLI BAZI SORUNLAR

A-) Rızaen Satışın Hukuki Niteliğinin Belirlenmesi

Fransız Hukuku'nda kanun koyucu, taşınmazların anlaşmalı satışının hukukî etkileri hakkında kanunda bir düzenlemeye yer vermeyi tercih etmiştir. Buna göre anlaşmalı satış, iradi satışın tüm etkilerini doğuracaktır (CPCE L. 322-3). Bunun tek bir istisnası olup; buna göre aşırı yararlanma sebebiyle anlaşmalı satışın feshi mümkün değildir (CPCE L. 322-3 c.2). Kanunun gerekçesinde de anlaşmalı satışın etkileri itibariyle Borçlar Kanunu'nda düzenlenen irâdi satış ile özdeş olmasının istendiği açıklanmıştır.⁴⁰ Bu nedenle de anlaşmalı satışta taşınırlar için şekil şartı öngörülmemişken; taşınmazların anlaşmalı satışının borçlar hukukundaki iradi satışta olduğu gibi, noterde kurulacak bir sözleşme ile gerçekleşeceği esas kabul edilmiştir. Bununla birlikte taşınmazların anlaşmalı satışının mahkemenin izni üzerine gerçekleştirilmesi ve asgari satış bedelinin mahkeme tarafından belirlenmesi ile taşınırların anlaşmalı satışında alacaklıların rızasının aranması, anlaşmalı satışın cebri satış unsurları içerdiğini de göstermektedir.⁴¹

³⁸ Pekcanitez, s. 826; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 287; Yazıcı, s. 1131.

³⁹ Kanun koyucunun taşınır - taşınmaz ayrımı yapmamış olmasının isabetli olmadığı hususunda bkz. Pekcanitez, s. 826.

⁴⁰ JO, 22.04.2006, no: 95.

⁴¹ Frédéric Jérôme Pensier, "La Vente Amiable", D. 2007, s. 246.

Türk Hukuku'nda ise İcra ve İflâs Kanununda, anlaşmalı satışın hukukî niteliğini doğrudan belirleyen bir hüküm mevcut değildir. Doktrinde ise rızaen satışın, kanunda öngörülen koşullar ve şartlar içinde gerçekleştirildiği ve icra mahkemesi tarafından onaylanması gerektiği için bunun cebrî icraya özgü bir paraya çevirme yolu olduğu kabul edilmektedir.⁴²

İİK m. 111/A'da kanun koyucu "rızaen satış" kavramını kullanmış olsa da burada düzenlenen satışın Borçlar Kanunu'nda yer alan iradi satıştan önemli farkları mevcuttur. Şöyle ki Türk Hukuku'nda rızaen satış prosedürü, Fransız Hukuku'ndan farklı olarak, iradi satış ile benzer kılınmamıştır. Bir başka anlatımla taşınmazların rızaen satışının tapuda veya noterde gerçekleştirilmesi⁴³ kararlaştırılmamış; alıcının bedeli 15 gün içinde icra dosyasına ödemesi, bunun üzerine icra dairesinin dosyayı icra mahkemesine göndereceği düzenlenmiştir. Kezâ rızaen satışta, irâdi satıştan farklı olarak, icra mahkemesi satışın onaylanmasına karar verecek ve bu karar ile birlikte malın mülkiyeti alıcıya geçecektir (İİK m. 111/A-3). Kanaatimizce bu özellikler, rızaen satışın bir cebrî icra satışı karakteri taşıdığını ortaya koymaktadır.

B-) Rızaen Satışın Hukuki Niteliği Etrafında Bazı Sorunlar

1-) Mülkiyetin Gececeği An

Rızaen satışın cebrî icra satışı olarak nitelendirilmesinin bazı sonuçları olacaktır. Bunlardan ilki, malın mülkiyetinin tescil veya teslim ile değil, ilgili mercinin kararı ile geçecek olmasıdır. Yukarıda da belirtildiği üzere İİK m. 111/A-3'de icra mahkemesinin kararı ile malın mülkiyetinin alıcıya geçeceği açıkça düzenlenmiştir.

⁴² Pekcanitez, s. 840; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 286; Kale, Lexpera blog (<https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/>); Aşık/Saçar/Tok/Oruç, s. 251; Meriç, s. 127-128; Yazıcı, s. 1127-1128. Benzer yönde, borçluya satış yetkisi verilmesinin Borçlar Hukukundaki satış sözleşmesinden farklı olduğunu belirten bir görüş için bkz. Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 236.

⁴³ 23.06.2022 tarih ve 7413 Sayılı Kanun'un 12. Maddesi ile, 18.01.1972 tarih ve 1512 Sayılı Noterlik Kanunu'na 61/A maddesi ilave edilmiş; böylece taşınmaz satış sözleşmesinin noterler tarafından da yapılabileceği düzenlenmiştir. 7413 sayılı Kanun'un 22. maddesine göre bu düzenleme 01.01.2023 tarihinde yürürlüğe girecektir. 27.12.2012 tarihli Cumhurbaşkanlığı Kararı ile bu düzenlemenin yürürlüğe girme tarihi 01.07.2023'e ertelenmiştir.

Fransız Hukuku'nda, anlaşmalı satış yoluyla satılan bir taşının mülkiyeti, satış bedelinin ödenmesiyle birlikte alıcıya geçecektir (CPCE L. 221-3/5). Bir taşınmazın anlaşmalı satış yoluyla satılması durumunda ise alıcı, iradi satışın bir görünümü olarak, satım sözleşmesinin kurulması ile taşınmazın mülkiyetini kazanmış olacaktır.⁴⁴

2-) Ön Alım Hakkının Kullanılması

Rızaen satışın hukukî niteliği bakımından tartışma konusu yapılması gereken hususlardan biri, rızaen satışta önalım hakkının kullanılıp kullanılmayacağıdır. Doktrinde Pekcanitez, rızaen satışın bir cebri icra satışı olduğu gerekçesiyle, önalım hakkının burada kullanılmayacağını belirtmiştir.⁴⁵

Türk Hukuku'nda konuya ilişkin kanunî düzenleme, “yasal ön alım” başlığı altında yer alan TMK m. 733/1'de yer almaktadır. Buna göre, cebri artırmayla satışlarda önalım hakkı kullanılamaz. Sözleşmeden doğan önalım hakkına ilişkin TMK m. 735/3'deki atıf gereğince, bu düzenlemenin sözleşmeden doğan önalım hakkı için de geçerli olduğu kabul edilmektedir.⁴⁶

TMK m. 733/1'de kanun koyucu, “cebrî artırma” yoluyla satışlarda önalım hakkının kullanılmayacağını düzenlemiştir. Eğer maddenin lâfzı dikkate alınır, rızaen satışta “artırma” söz konusu olmayabileceği için, önalım hakkının burada kullanılabilmesi sonucuna varılabilir. Ancak biz, TMK m. 733/1'de yer alan “cebrî artırmayla satış” kavramının aslında “cebrî icra yoluyla satış” olarak anlaşılması gerektiğini düşünmekteyiz.⁴⁷ Yukarıda belirttiğimiz üzere, rızaen satış bir

⁴⁴ Pensier, s. 247.

⁴⁵ Pekcanitez, s. 841-842.

⁴⁶ Seda Özmumcu, Cebri İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005, s. 161. Doktrinde Sancar, teorik sebebin yanı sıra pratik sebeplerden dolayı da cebri artırmalarda önalım hakkının kullanılmaması gerektiği düşüncesindedir. Yazara göre, öncelikle artırmanın amacı taşınmazın mümkün olduğunca yüksek bir fiyata satılmasıdır. Hâl böyle olunca, artırmaya çıkarılan malın önalım tehdidi altında bulunması artırmaya katılımı azaltacaktır. Ayrıca taşınmazın artırmaya çıkarılması, ön alım hakkı sâhibine de zarar vermemektedir. Zira önalım hakkı sâhibi, ilân sonucunda artırmadan haberdar olacak ve gerekli şartları yerine getirmek suretiyle artırmaya katılabilecektir. Bkz. Mithat Sancar, “Cebri Artırma Yolu ile Satımlarda Önalım Hakkına İlişkin Bir Yargıtay Kararı-II”, YD, 1987/1-2, s. 76-77.

⁴⁷ TMK m. 733/1'in pazarlık yoluyla satışta uygulama alanı bulup bulamayacağı hakkında detaylı bilgi ve değerlendirme için bkz. Özmumcu, s. 163-166.

cebrî icra satışı olduğu için, olan hukuk bakımından, önalım hakkının rızaen satışta kullanılamayacağı kanaatini taşımaktayız.

Bu noktada mehaz İsviçre Hukuku'ndaki düzenlemelerin incelenmesi bize "olması gereken" hukuk bakımından yol gösterici olabilir. İsviçre Hukuku'nda CO m. 216c/2'ye göre cebrî paraya çevirmede (*réalisation forcée*), sözleşmeden doğan önalım hakkı kullanılamayacaktır. Federal Mahkeme, 02.03.2000 tarihli bir kararında, sözleşmeden doğan önalım hakkının, yalnızca mâlikin irâdî olarak gerçekleştirdiği hukukî işlemler bakımından uygulama alanı bulacağına hükmetmiştir.⁴⁸ İsviçre Hukuku'nda CC m. 681/1 uyarınca yasal önalım hakkı, cebrî icra tâkibi çerçevesinde, açık artırma sırasında ve ihale şartlarına uygun şekilde kullanılabilir.⁴⁹

Öncelikle yeniden ifade edilmelidir ki biz, TMK m. 733/1'de yer alan "cebrî artırma" kavramının doğru olmadığını, bunun yerine İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi "cebrî satış" ya da "cebrî paraya çevirme" kavramının tercih edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Kezâ olması gereken hukuk bakımından ise, İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi

⁴⁸ ATF 126 III 93. Federal Mahkeme, 1920 tarihli bir kararında da bu hususu ele almıştır. Bu kararda Mahkeme, ön alım hakkının, taşınmazın maliki tarafından bir başkasına satılması ihtimalinde hak sâhibine öncelik tanıdığı, yoksa taşınmazın mülkiyetinin intikal ettiği her durum için öngörülmüş bir hak olmadığından hareket etmiş ve sözleşmeden doğan ön alım hakkının cebrî artırmada uygulama alanı bulamayacağı sonucuna varmıştır. Söz konusu kararda Mahkeme, yalnızca sözleşmeden doğan ön alım hakkını ele almış, yasal ön alım hakkına ise değinmemiştir. Kararın metni için bkz. Jdt 1920, s. 34. Karar hakkında Türkçe detaylı bilgi için bkz. Feyzi Feyzioğlu, "Şu'f'a Hakkının Kullanılması Mümkün Olan ve Olmayan Tasarruflar", *İÜHF*M, 1953/1-2, s. 249-252.

⁴⁹ Yasal önalım hakkının taşınmazların açık artırma yolu ile satışında nasıl kullanılacağı, Taşınmazların Cebren Paraya Çevrilmesi Hakkında Kararname (ORFI) m. 60a'da düzenlenmektedir. Buna göre, artırmada ileri sürülen en yüksek peyi üç kez bağırıldıktan sonra, artırmayı yöneten icra memuru, kanunî önalım hakkına sâhip olan kişileri, haklarını kullanmak isteyip istemediklerini açıklamaya dâvet etmek zorundadır. En yüksek peyi ileri süren kişi, kanunî önalım hakkını haiz olanlar açıklama yapınca kadar bu peyi ile bağlı olacaktır (ORFI m. 60a/3 c.2). Bu dâvet üzerine kanunî önalım hakkı sâhibi olan kişi bu hakkını kullanmak istediğini beyan ederse, ihale bedelini derhâl ödemek veya gerekli teminatı derhâl göstermek zorundadır. İhale bedelinin derhâl ödenmesi veya gerekli teminatın gösterilmesi durumunda, en yüksek peyi süren katılımcıya teminatı derhâl iade edilecektir. İhale bedelinin derhâl ödenmemesi veya gerekli teminatın gösterilmemesi durumunda ise, bu kişinin önalım hakkı sona erecek ve taşınmaz, en yüksek peyi sürene ihale edilecektir. Bkz. Walter Häberlin, Art. 60a, Commentaire ORFI -Ordonnance du Tribunal Fédéral Du 23 avril 1920 Sur La Réalisation Forcée Des Immeubles-, Basel/Bern 2012, no: 6.

yasal önalım hakkının kullanılmasına imkân sağlanması kanaatimizce yerinde olacaktır.

3-) Rızaen Satışın Tasarrufun İptali Davasına Konu Olabilmesi

Rızaen satışın hukukî niteliği ile ilgili olarak ortaya çıkabilecek bir diğer sorun, bu satışın İİK m. 277 vd. çerçevesinde tasarrufun iptali davalarına konu olup olamayacağıdır.

İİK m. 277 vd.'de iptal davasının konusu "tasarruf" olarak belirlenmiş olup; bununla kastedilen, "tasarruf işlemleri"dir. Bununla birlikte doktrinde, kanunda yer alan "tasarruf" kavramının hatalı veya yetersiz olduğu, aslında tasarrufun iptali davasının konusu belirlenirken "hukukî fiil" kavramının esas alınması gerektiği, kanundaki "tasarruf" kavramının da bu şekilde değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁵⁰

Cebrî icra yoluyla yapılan satışların tasarrufun iptali davasına konu teşkil edip etmeyeceği sorusuna ise doktrinde genel olarak olumsuz cevap verilmektedir. Bu noktada doktrinindeki bazı yazarlar bu konuda daha katı bir tutum sergilemektedirler. Şöyle ki bu yazarlara göre, cebrî icra yoluyla satış, borçlunun irâdesi ile gerçekleştirdiği bir tasarruf işlemi olmadığı için, buna karşı tasarrufun iptali davasının açılması söz konusu olamayacaktır.⁵¹ Doktrinindeki diğer bir görüş de cebrî icra yoluyla satışlara karşı tasarrufun iptali davası açılmayacağı kuralını kabul etmekle birlikte "muvazaa iddiasını" bunun istisnası olarak kabul etmektedir. Buna göre borçlu, alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla, bir üçüncü kişiyle muvazaalı olarak borç ilişkisi yaratıp, aleyhine takip yapılmasını sağlayarak malvarlığına dâhil malların cebrî icra yoluyla satılmasını sağlamışsa, bu tür ihaleler hakkında iptal davası açılabilir, bunun haricinde cebrî icra yoluyla satışlar tasarrufun iptali davasının konusunu oluşturamayacaktır.⁵²

⁵⁰ Bilge Umar, Türk İcra-İflâs Hukukunda İptal Davası, 1963, s. 54 vd.; Burhan Gürdoğan, İflas Hukuku Dersleri, 1966, s. 222; M. Kâmil Yıldırım, İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları, Alfa Yayınları, İstanbul 1995, s. 141-143; Güray Erdönmez, Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s. 99.

⁵¹ Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Bası, Adalet Yayınları, Ankara 2013, s. 1399; Erdönmez, s. 101; Mahmut Coşkun, Açıklamalı-İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu, c.4, 7. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2021, s. 2016.

⁵² Talih Uyar/Alper Uyar/Cüneyt Uyar, İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali

Yargıtay da cebrî icra yoluyla yapılan satışların kural olarak tasarrufun iptali davasının konusunu teşkil etmeyeceği görüşündedir.⁵³ Bununla birlikte Yargıtay, çeşitli kararlarında, bunun bir genel kural olduğunu belirterek, alacaklısından mal kaçırma amacına yönelik bir alacak borç ilişkisi tesisi ile takip yapılmak suretiyle alacaklıdan mal kaçırılması durumunda, cebrî icra yoluyla satışlar için de tasarrufun iptali davası açılabilmesine hükmetmiştir.⁵⁴

Rızaen satış bir cebrî icra yoluyla satış olduğu için, kural olarak, tasarrufun iptali davasının konusunu oluşturmayacaktır. Rızaen satış icra mahkemesi tarafından onaylanacak olmasına rağmen, aşağıda üzerinde durduğumuz gibi, icra mahkemesi burada satışı şekli bakımından denetime tâbi tutacaktır. Bu nedenle de Yargıtay kararlarında yer verilen “alacaklıdan mal kaçırma amacına yönelik bir alacak borç ilişkisi tesisi ile takip yapılması” rızaen satış bakımından da ihtimal dâhilindedir. Bu durumda da Yargıtay’ın yukarıda anılan kararları çerçevesinde, yalnızca bu ihtimal bakımından tasarrufun iptali davası açılması gündeme gelebilecektir.

V. BORÇLUNUN RIZAEN SATIŞ TALEBİNİ İLERİ SÜRMESİ

A-) Borçlunun Talebinin Zorunlu Olması

İİK m. 111/A-1’e göre borçlu, kıymet takdirinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde haczedilen malının rızaen satışı için kendisine

Davaları, 5. Bası, 2018, s. 89; Şahabettin Sertkaya/Süleyman Kul, Tasarrufun İptali Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 77.

⁵³ Y. 17. HD., E. 2010/2141, K. 2010/4792, 27.05.2010: “(...) Bu durumda kural olarak cebrî icra yolu ile yapılan satışlar hakkında tasarrufun iptali davası açılmayacağına göz önünde tutularak İİK’nın 277 ve devamı maddelerinde bildirilen iptal koşullarının oluşup oluşmadığının irdelenmesi, borçlu davalının ayrıca tazminata mahkum edilemeyeceğinin ve hükmedilen tazminata faiz işletilmeyeceğinin göz önüne alınarak bir karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu üzere davalılar ... ve ... hakkındaki davanın kabulüne karar verilmesi doğru bulunmamıştır” (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

⁵⁴ Y. 17. HD., E. 2008/1246, K. 2008/4471, 16.09.2008: “(...) Cebri icra yoluyla yapılan satışlara karşı tasarrufun iptali davası açılmayacağı genel ilkedir. Ancak alacaklısından mal kaçırma amacına yönelik bir alacak borç ilişkisi tesisi ile takip yapılmak suretiyle alacaklıdan mal kaçırmak sağlanabilir. Bu gibi hallerde mal kaçırma amaçlı veya muvazaalı takiplere karşı iptal davasının açılabilmesi gerekir.” (www.e-uyar.com). Aynı yönde Y. 17. HD., E. 2008/188, K. 2008/2286, 01.05.2008 (www.e-uyar.com).

yetki verilmesini talep edebilir. Görüldüğü gibi kanun koyucu, rızaen satışın uygulama alanı bulmasını borçlunun talebine bağlamıştır. Böylece icra müdürünün, re'sen borçluya satış yetkisi vermesi mümkün değildir.⁵⁵ Kezâ alacaklıların da bu yönde bir talepte bulunmaları söz konusu olamayacaktır.⁵⁶

Fransız Hukuku'nda haczedilen taşınırların cebrî satışı, haciz tarihinden itibaren bir aylık süre geçtikten sonra gerçekleştirilebilir. (CPCE L. 221-3/1). Bu bir aylık süre içinde borçlu, haczedilen taşınırlarını, kanunda belirtilen şartlara uygun olarak anlaşmalı şekilde satabilecektir (CPCEL. 221-3/2). Görüldüğü gibi borçlunun, taşınırların anlaşmalı satışı için kendisine yetki verilmesini talep etmesine gerek yoktur. Kanun koyucu, cebrî satış işlemlerine başlanacak tarihi belirlemek suretiyle, borçluya, anlaşmalı satış için bir aylık otomatik süre tanımıştır.⁵⁷

Fransız Hukuku'nda taşınmazların anlaşmalı satışı ise talep şartına bağlanmış olup; anlaşmalı satışa izin verilmesini talep hakkı, yalnızca borçluya tanınmıştır (CPCE R. 322-20/1). Bununla birlikte doktrinde, haciz sâhibi alacaklıların da bu konuda menfaatlerinin bulunduğu, bu nedenle de bu hakkın alacaklılara da tanınması gerektiği ileri sürülmektedir.⁵⁸

Fransız Hukuku'nda ortaya atılan bir husus da aile konutu olan ve tapu sicilinde yalnızca borçluya kayıtlı bulunan taşınmazın haczi durumunda, anlaşmalı satış talebini eşlerin birlikte ileri sürmesinin gerekli olup olmayacağıdır. Fransız Temyiz Mahkemesi'nin doğrudan konuya ilişkin bir kararı mevcut değildir. Bununla birlikte Fransız Temyiz Mahkemesi, haczin ipoteğe tahvili kurumu bakımından konuyu değerlendirmiştir. CPCE L. 321-6 uyarınca borçlu, haciz kararının tebliğinden itibaren bir ay içinde teminatın tescil edilmesi şartıyla, taşınmazları üzerindeki hacizlerin bazı taşınmazları üzerinde ipoteğe çevrilmesini hâkimden talep edebilir. İşte Fransız Temyiz Mahkemesi, tahvil talebinin bir tasarruf işlemi olmayıp bir idari işlem olduğu ge-

⁵⁵ Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 237.

⁵⁶ Eşitlik ilkesi çerçevesinde alacaklılara da aynı koşullarda bu yetkinin verilmesinin yerinde olacağı hakkında bkz. Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 237.

⁵⁷ Nathalie Casal, "Saisie-Vente", *JurisClasseur Procédure civile*, 2014, no: 5.

⁵⁸ Hoonakker, *Panorama*, s. 325.

rekçesiyle, bu talebin eşler tarafından birlikte ileri sürülmesine gerek bulunmadığına karar vermiştir.⁵⁹ Doktrinde, anlaşmalı satışın paraya çevirmenin bir türü olduğu, borçlunun özgür iradesinin söz konusu olmadığı gerekçesiyle, anlaşmalı satış bakımından da aynı sonuca varılabileceği belirtilmiştir.⁶⁰ Bununla birlikte Paris İstinaf Mahkemesi, 2012 tarihli bir kararında, eşlerden birinin tek başına noterde taşınmaz satışı gerçekleştiremeyeceği gerekçesiyle, anlaşmalı satış talebini eşlerin birlikte ileri sürmeleri gerektiğine karar vermiştir.⁶¹

B-) Rızaen Satışın Talep Edilebileceği Zaman

1-) Türk Hukuku'nda

İİK m. 111/A'da borçlunun satış yetkisini talep edebileceği zaman dilimi, kıymet takdiri ile ilişkilendirilmiştir. Şöyle ki borçlu, kıymet takdirinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde haczedilen malın rızaen satışı için kendisine yetki verilmesini talep edebilecektir.

İcra ve İflâs Kanunu'nda, kıymet takdirini düzenleyen başlıca iki düzenleme mevcuttur.⁶² Bunlardan İİK m. 87'ye göre haczi yapan memur, sicile kayıtlı mallar hariç olmak üzere haczettiği malın kıymetini takdir edecek, gerektiğinde bilirkişiye başvurabilecektir.⁶³ Görüldüğü gibi İİK m. 87'de kanun koyucu haciz aşamasında kıymet takdiri yapılmasını düzenlemekte ve bu noktada "taşınır - taşınmaz" ayrımı da yapmamaktadır. Dolayısıyla hem taşınır hem de taşınmazlar için haciz aşamasında (haciz sırasında veya daha sonra) kıymet takdiri yapılması gerekmektedir.

Kıymet takdirine ilişkin ikinci düzenleme ise "taşınmazların satışı" başlığı altında yer alan ve aslında mükellefiyetler listesi hakkındaki

⁵⁹ Cass. 1re civ., 31 mai 1989, n° 87-10.647 (Bull. civ. 1989, I, no: 220); Cass. 2e civ., 11 janv. 2007, n° 04-18.792; JurisData n° 2007-036871 (Bull. civ. 2007, I, no:1).

⁶⁰ Alain Coulot, "Saisie Immobilière", JurisClasseur Procédure civile, 2016, no: 50-51.

⁶¹ CA Paris, 11.10.2012, no: 12/12095; JurisData n° 2012-023113.

⁶² İcra Hukuku'nda kıymet takdirinin ne zaman gerçekleştirileceği hakkında detaylı bilgi için bkz. Namlu, Taşınmaz Mallar, s. 182-185 ve 465-467; Nilüfer Boran Güneysu, İcra Hukukunda Taşınmazların Kıymet Takdiri, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 135-137.

⁶³ Aynı madde uyarınca sicile kayıtlı malın kıymet takdirinin bilirkişilik bölge kurulu listesinde kayıtlı ve bu konuda Adalet Bakanlığınca izin verilen bilirkişilere, bunların bulunmaması hâlinde listede kayıtlı diğer bilirkişilere yaptırılması zorludur.

İİK m. 128'dir. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasına göre icra dairesi; taşınmazın kıymetini takdir ettirecek olup, taşınmazın kıymetinin takdirinde, taşınmaz üzerindeki mükellefiyetlerin kıymete olan etkisi de nazara alınacaktır. Aynı fıkranın ikinci cümlesi uyarınca ise, taşınmazın önceden takdir edilen kıymetini etkileyen mükellefiyetlerin ortaya çıkması hâlinde, icra dairesi satışa esas olmak üzere taşınmazın kıymetini yeniden takdir ettirecektir.

Görüldüğü gibi İİK m. 128 yalnızca taşınmazlara ilişkindir. Dolayısıyla taşınurlar bakımından, İİK m. 87 çerçevesinde, haciz aşamasında tek bir kıymet takdiri yapılması gerekmektedir. Buna karşılık taşınmazlar bakımından ise, haczedilen taşınmaz hakkında hazırlanan mükellefiyetler listesinin kesinleşmesi üzerine, eğer taşınmaz üzerinde yeni bir yük tespit edilmişse, ikinci kez kıymet takdiri yapılması gerekecektir.⁶⁴ Ezcümle, taşınurlar bakımından tek bir kıymet takdiri söz konusu iken, taşınmazlar bakımından iki kıymet takdiri yapılması söz konusu olabilecektir.

Taşınmazlar bakımından iki kıymet takdiri yapılabilecek olması, akla şu soruyu getirebilecektir: Acaba taşınmazlar bakımından her iki kıymet takdirinde de borçlu, kendisine satış yetkisi verilmesini isteyebilir mi?

Öncelikle ifade edilmelidir ki soru, yalnızca taşınmazlar bakımından anlam ifade etmektedir. Taşınurlar hakkında zaten haciz aşamasında bir kez kıymet takdiri yapıldığına göre, hacizdeki kıymet takdirinin tebliği üzerine borçlu, kendisine satış yetkisi verilmesini elbette isteyebilir.

Taşınmazlar bakımından ise doktrinde hem haciz aşamasındaki kıymet takdirinden hem de yapılmışsa paraya çevirme aşamasındaki kıymet takdiri üzerine borçlunun kendisine satış yetkisi verilmesini talep edebileceği kabul edilmektedir.⁶⁵ Hatta doktrinde Pekcanitez, ilk kıymet takdiri üzerine rızaen satış yetkisi talep eden borçlunun, ikinci

⁶⁴ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 211; Namli, Taşınmaz Mallar, s. 465-467; Uyar, Şerh, c.2, s. 2253; Elif Kısmet Aslan, İcra ve İflâs Hukukunda Taşınmaz Malların Açık Artırma Yolu ile Paraya Çevrilmesi, İzmir 2004, s. 97. Buna karşılık doktrinde bir başka görüş, mükellefiyetler listesinin kesinleşmesi üzerine mutlaka ikinci kıymet takdirinin yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Kuru, El Kitabı, s. 659; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 325.

⁶⁵ Pekcanitez, s. 831; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 287; Yazıcı, s. 1134.

kıymet takdiri üzerine yeniden talepte bulunmasına gerek olmadığı, ilk talebin geçerliliğini koruyacağı düşüncesindedir.⁶⁶ Bununla birlikte Atalı/Ermenek/Erdoğan, haciz aşamasında yapılan kıymet takdirinden sonra borçluya satış yetkisi verilmiş ancak rızaen satış gerçekleşmemişse, borçlunun aynı imkândan ikinci kez yararlanamaması gerektiğini ileri sürmüşlerdir.⁶⁷

İİK m. 111/A'da kanun koyucu "haczedilen mal" dan söz etmektedir. Keza Yönetmelik m. 6'da haczedilen malın kıymetinin takdirine ilişkin bilirkişi tarafından tanzim edilen rapor icra dairesince borçluya tebliğ edileceği (f.1), borçlunun veya borçlu namına tebellüğe yetkili kimse huzurunda yapılan hacizlerde, kıymet takdirini içeren haciz tutanağının borçluya ayrıca tebliğ edilmesinin gerekmediği, borçlunun veya borçlu namına tebellüğe yetkili kimsenin yokluğunda yapılan hacizlerde ise kıymet takdirini içeren haciz tutanağının borçluya tebliğ edileceği (f.2) düzenlenmektedir. Kanaatimizce bu hükümler, İİK m. 111/A hazırlanırken "haciz aşamasındaki kıymet takdiri"nin esas alındığını göstermektedir.⁶⁸ Bununla birlikte İİK m. 111/A'da, taşınmazlar bakımından satış aşamasında yapılacak ikinci kıymet takdiri üzerine borçluya satış yetkisinin verilmesi talebini engelleyecek bir düzenleme yer almamaktadır. Dolayısıyla borçlu, her iki kıymet takdiri üzerine de kendisine satış yetkisi verilmesi talebini ileri sürebilir. Bu çerçevede haciz aşamasındaki kıymet takdiri üzerine kendisine satış yetkisi verilmesini talep etmeyen borçlu, satış aşamasında yapılacak kıymet takdirinin tebliği üzerine kendisine satış yetkisi verilmesini isteyebilir. Kezâ haciz aşamasındaki kıymet takdiri üzerine kendisine satış yetkisi verilmesini talep eden ama taşınmazı süresi içinde satamayan borçlu da satış aşamasında yapılacak kıymet takdirinin tebliği üzerine kendisine satış yetkisi verilmesini yeniden talep edebilir. Bu noktada biz, iki kıymet takdirinin birbirinden bağımsız olduğu gerekçesiyle, haciz aşamasındaki kıymet takdiri üzerine ileri sürülen rızaen satış talebinin, paraya çevirme aşamasındaki kıymet takdiri bakımın-

⁶⁶ Pekcanıtez, s. 831.

⁶⁷ Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 287.

⁶⁸ Doktrinde Meriç, Yönetmelik'in 6. ve 7. maddesinde yer alan ifadeler nedeniyle, borçlunun haciz aşamasından sonra satış yetkisinin verilmesini talep edebileceğini, satış talep edilmesinden sonra satış yetkisi verilmesinin talep edilemeyeceğini belirtmektedir. Bkz. Meriç, s. 130-131.

dan da geçerliliğini koruyacağı görüşüne katılmıyoruz. Kanaatimizce borçlu, satıştaki kıymet takdirinin kendisine tebliği üzerine yine satış yetkisinin kendisine verilmesini talep etmelidir.

Yukarıda detaylı bir şekilde açıkladığımız üzere, İİK m. 111/A'da rızaen satış talebinde bulunulacak süre, kıymet takdiri ile ilişkilendirilmiştir. Kezâ kıymet takdirinin yapılmadığı durumlarda borçlu da kıymet takdiri yapılmasını isteyebilecektir (İİK m. 111/A- 1 c.2). Buna göre kıymet takdiri yapılmamışsa, borçlu icra dairesine başvurmak ve gerekli giderleri yatırmak suretiyle kıymet takdiri yapılmasını talep edebilecektir.⁶⁹

İİK m. 111/A-1 ve Yön. m. 7/1 uyarınca borçlu, “kıymet takdirinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde” rızaen satış talebini ileri sürmelidir. Görüldüğü gibi rızaen satış talep etme süresi, “kıymet takdirinin tebliği” tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır. Sürenin işlemeye başlaması bakımından kıymet takdirinin kesinleşmesinin önemi bulunmamaktadır. Kıymet takdiri yapılmasını borçlunun talep etmesi ihtimalinde de bu kural değişmeyecektir. Bu ihtimalde de yedi günlük süre, kıymet takdirinin borçluya tebliği tarihinden itibaren işleyecektir.⁷⁰

Bununla birlikte haczin, borçlu veya borçlu namına Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebellüğe yetkili kimse huzurunda yapılması durumunda, haciz sırasında kıymet takdiri yapılmış ise kıymet takdirini içeren haciz tutanağının borçluya ayrıca tebliğ edilmesi gerekmeyecektir (Yön. m. 6/2). Bu durumda borçlu, haciz tarihinden itibaren yedi günlük süre içinde satış yetkisi verilmesini talep etmelidir.⁷¹ Kıymet takdirinin hacizden sonra gerçekleştirilmesi durumunda ise süre, kıymet takdirinin tebliğinden itibaren işlemeye başlayacaktır.

İİK m. 111/A-1'de belirlenmiş yedi günlük süre hak düşürücü niteliktedir.⁷² Dolayısıyla bu süre dolduktan sonra borçlunun rızaen satış talebinde bulunması durumunda icra müdürü, sürenin dolduğunu re'sen göz önüne alarak talebi reddedecektir.

⁶⁹ Kale, Lexpera blog (<https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/>).

⁷⁰ Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 288.

⁷¹ Pekcanitez, s. 829.

⁷² Pekcanitez, s. 828; Yazıcı, s. 1131; Durman, s. 954.

2-) Fransız Hukuku'nda

Fransız Hukuku'nda taşınırın anlaşmalı satışı bakımından talebe gerek olmadığını yukarıda belirtmiştik. Bir taşınırın haczedilmesi üzerine, haciz tarihinden itibaren bir ay geçmediği sürece cebrî satış işlemlerine başlanamayacaktır. Hâl böyle olunca da borçlu, haciz tarihinden itibaren bir ay içinde, haczedilen taşınırı anlaşmalı şekilde satabilecektir. Bir aylık süre, haciz borçlunun huzurunda yapılmış ise o tarihten, borçlunun yokluğunda yapılmış ise haciz tutağının tebliğinden itibaren işlemeye başlayacaktır (CPCE L. 221-3/1; R. 221-30/1).

2006 yılında gerçekleştirilen reform sonucunda, taşınmazların satışı sürecindeki ilk aşama "yönlendirme duruşması" (*audience d'orientation*) olmuştur. Bu duruşmanın üç amacı bulunmaktadır. Şöyle ki icra hâkimi, bu duruşmada haciz için gerekli şartların mevcut olup olmadığını inceleyecek, eğer varsa sonradan ileri sürülen itirazları değerlendirecek ve nihâyet, anlaşmalı satışa ya da cebrî satışa karar vermek suretiyle paraya çevirme sürecini yönlendirecektir.⁷³

CPCE R 322-20'de anlaşmalı satış talebinin, yönlendirme duruşmasından sonra ileri sürülemeyeceği düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi kanun koyucu, anlaşmalı satış talebinin "en geç" ileri sürülebileceği zamanı belirlemiştir. Buna göre borçlu, haciz gerçekleştirildikten sonra her zaman, dolayısıyla yönlendirme duruşmasından önce de anlaşmalı satış talebini ileri sürebilecektir.⁷⁴ Kezâ yönlendirme duruşması sırasında da anlaşmalı satış talebinde bulunulabilecek; ancak bu duruşmadan sonra artık anlaşmalı satış talebi ileri sürülemeyecektir.⁷⁵

⁷³ Coulot, no: 5.

⁷⁴ Coulot, no: 41; Guillaume Payan, Fiches de procédure civile d'exécution, Ellipses, 2016, s. 245.

⁷⁵ Yönlendirme duruşmasında verilen karara karşı istinaf yoluna başvurulması durumunda, anlaşmalı satış talebi, ilk olarak istinaf mahkemesi önünde ileri sürülemeyecektir. Bu yönde bkz. Cass. 2e civ., 11 mars 2010, n° 09-13.312: JurisData n° 2010-001608. Yine Temyiz Mahkemesi, usulüne uygun şekilde dâvet edilmesine rağmen yönlendirme duruşmasına katılmayan borçlunun, istinaf aşamasında anlaşmalı satış talebinde bulunamayacağına hükmetmiştir. Bu yönde Cass. 2e civ., 17 nov. 2011, n° 10-26.784: JurisData n° 2011-025252.

C-) Rızaen Satış Talebinin İleri Sürülmesi Usulü

Borçlu, satış yetkisinin kendisine verilmesi talebini, takibin yapıldığı yer icra dairesinde ileri sürmelidir.⁷⁶ Bu talep ile birlikte borçlu, tebligata elverişli adresini ve iletişime yarar bilgilerini icra dairesine bildirecektir (Yön. m. 7/2).

Satış yetkisinin ileri sürülmesi bakımından, bir malın üzerinde birden fazla haciz bulunması ihtimaline özellikle değinilmelidir. Bu durumda borçlu, her dosya bakımından ayrıca kendisine satış yetkisi verilmesini isteyebilecek midir?

Doktrinde bu soruya farklı cevaplar verildiği görülmektedir. Şöyle ki bir görüşe göre, kanunda herhangi bir sınırlama bulunmamakta olup; rızaen satışın alternatif bir yol olarak pratik ve tarafların menfaatine uygun bir satış usulü olduğu göz önüne alındığında borçlunun ayrı ayrı talepte bulunabilmesi mümkün olmalıdır.⁷⁷ Bir başka görüş, talebin ilk kesin haczin uygulandığı icra dairesine yöneltilmesi gerektiğini, ancak farklı kıymet takdirleri söz konusu olması durumunda alacaklıların menfaatlerinin korunması için talebin en yüksek kıymet takdirini yapan icra dairesine yöneltilmesinin uygun olacağını savunmaktadır.⁷⁸ Bir başka görüş ise, borçlunun, rızaen satış talebini dilediği dosyada ileri sürebilmesi gerektiğini, ancak bununla yetkisini kullanmış ve tüketmiş olacağını ileri sürmüştür.⁷⁹

İİK m. 111/A'da, bir mal üzerinde birden fazla haciz bulunması durumunda, rızaen satış talebinin nasıl ileri sürüleceğine ilişkin herhangi bir sınırlama yapılmamıştır. Hâl böyle olunca, *olan hukuk* bakımından, ilk görüşe katılmakta ve borçlunun her dosya bakımından ayrı ayrı talepte bulunabilmesinin mümkün olduğu kanaatini taşımaktayız. Gerçekten de rızaen satış pratik ve tarafların menfaatlerine uygun bir paraya çevirme yolu olduğu için, bu çözümün yerinde olacağı da savunulabilir. Ancak bu durumda, kıymet takdirleri arasında farklılık oluşabilir; bu da kurumun uygulanmasında sorunlara yol açabilir. Bu nedenle de biz, *olması gereken hukuk* bakımından, malın üzerinde birden fazla haciz bulunması durumunda, rızaen satış talebinin bu

⁷⁶ Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 288; Yazıcı, s. 1131.

⁷⁷ Pekcanitez, s. 831-832.

⁷⁸ Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 288; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 240.

⁷⁹ Meriç, s. 131; Yazıcı, s. 1131.

dosyalardan birinde ileri sürülmesi gerektiğini, burada da bir kıstasın benimsenmesi gerektiğini düşünmekteyiz.⁸⁰ Bu kıstas ise “ilk kıymet takdiri” olabilir. Böylece *olması gereken hukuk* bakımından, birden fazla haciz bulunması durumunda, rızaen satış talebinin, “ilk kıymet takdirinin yapıldığı takip dosyası”nda ileri sürülmesi kanaatimizce uygun olacaktır.

İİK m. 111/A uyarınca borçlu, kıymet takdirinin kendisine tebliği üzerine rızaen satış talebinde bulunacaktır. Bununla birlikte icra müdürü, aşağıda ayrıca açıklayacağımız gibi, kıymet takdirinin kesinleşmesi üzerine borçluya satış yetkisi verecektir. Kesinleşen kıymet takdirinin daha yüksek olması durumunda, borçlu, artık haczedilen malın rızaen satışını gerçekleştiremeyeceğini düşünebilir. Bu durumda ise borçlu, icra müdürü kendisine süre verinceye kadar, rızaen satış talebini geri alabilecektir.⁸¹ Kezâ icra müdürünün süre vermesinden sonra, malı satamayacağını anlayan borçlunun, satış talebinden vazgeçmesi de mümkündür.⁸²

Fransız Hukuku’nda ise anlaşmalı satış talebinin şekline ilişkin olarak R. 322-17’de kısa bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre, taşınmazların anlaşmalı satış talebi, yönlendirme duruşmasında sözlü olarak ileri sürülebilecektir. Bu düzenleme karşısında, yönlendirme duruşmasından önce, anlaşmalı satış talebinin mutlaka yazılı olarak ileri sürülmesi gerektiği kabul edilmektedir.⁸³ Taşınırların anlaşmalı satışı bakımından ise herhangi bir talebe gerek bulunmamaktadır.

VI. İCRA MÜDÜRÜNÜN BORÇLUYA SATIŞ YETKİSİ VERMESİ

A-) Borçluya Satış Yetkisinin Verileceği An

İİK m. 101/A’da, borçlunun rızaen satış talep edeceği an ile icra müdürünün borçluya rızaen satış yetkisi vereceği an farklı şekilde dü-

⁸⁰ Adalet Komisyonu’ndaki görüşmeler sırasında kaleme alınan bir muhalefet şerhinde benzer sakıncalara dikkat çekilmiş ve farklı icra dairelerince kıymet takdiri yapılması durumunda bunların sicile kayıtlı birimlere bildirilmesi, nihayetinde en yüksek kıymet takdirinin esas alınmasının uygun olacağı belirtilmiştir. Bkz. Adalet Komisyonu Raporu, s. 60-61.

⁸¹ Pekcanıtez, s. 831.

⁸² Pekcanıtez, s. 832.

⁸³ Coulot, no: 44.

zenlenmiştir. Şöyle ki borçlu, kıymet takdirinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde rızaen satış talebini ileri sürecektir. Ancak icra müdürü, kıymet takdirinin kesinleşmesinden sonra cebrî satış işlemlerini durdurarak borçluya rızaen satış için süre verecektir (İİK m. 101/A-1; Yön m. 9/1).

Fransız Hukuku'nda, taşınırların anlaşmalı satışı bakımından borçlunun kendisine yetki verilmesine ihtiyacı yoktur. Taşınmazlar bakımından ise icra hâkimi, yönlendirme duruşmasında, borçlunun anlaşmalı satış talebi hakkında bir karar verecektir (CPCE R. 322-21).

B-) İcra Müdürünün Takdir Yetkisinin Bulunmaması

İİK m. 111/A'ya göre icra müdürü, kıymet takdirinin kesinleşmesinden sonra cebrî satış işlemlerini durdurarak borçluya 15 günlük süre verecektir. Görüldüğü gibi burada kanun koyucu, icra müdürüne herhangi bir takdir yetkisi tanımamıştır.⁸⁴ Buna göre eğer borçlu kıymet takdirinin kendisine tebliğinden itibaren yedi günlük süre içinde rızaen satış talep etmiş ise icra müdürü, kıymet takdirinin kesinleşmesi üzerine borçluya satış yetkisi vermek durumundadır.⁸⁵ Aksi hâlde, yani süresi içinde kanuna uygun bir talebe rağmen icra müdürünün satış yetkisi vermemesi durumunda borçlu, bir hakkın yerine getirilmemesi sebebiyle süresiz şikâyete başvurabilecektir.⁸⁶

Fransız Hukuku'nda taşınırlar, haciz tarihinden itibaren bir aylık süre içinde borçlu tarafından anlaşmalı olarak satılabilecek olup; bunun için izin verilmesine ihtiyaç bulunmamaktadır. Buna karşılık taşınmazlar bakımından anlaşmalı satışın uygulama alanı bulabilmesi için, icra hâkiminin buna izin vermesi gerekmektedir. Buna göre, borçlunun talebi üzerine icra hâkimi; taşınmazın durumu, pazarın ekonomik koşulları ve borçlunun gerekli özeni gösterip göstermeyeceğini göz önüne alarak satışın tatmin edici koşullarda gerçekleştirileceğine kanaat getirirse, anlaşmalı satışa izin verecektir (CPCE R

⁸⁴ Doktrinde, icra müdürüne takdir yetkisi tanınmaması, borçlunun sırf satışı geciktirebilmek için süre istemesine yol açabileceği, borçlunun zaman kazanabilmek amacıyla dürüstlük kuralına aykırı davranışları teşvik edebileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bkz. Pekcanitez, s. 828; Bolayır, s. 88.

⁸⁵ Aşık/Saçar/Tok/Oruç, s. 249.

⁸⁶ Aşık/Saçar/Tok/Oruç, s. 249.

322-15/2).⁸⁷Buna karşılık icra hâkiminin izin vermesi için alacaklıların muvafakatini almasına gerek bulunmamaktadır⁸⁸

Görüldüğü gibi Fransız Hukuku'nda kanun koyucu, taşınmazların anlaşmalı satışında bazı kıstaslar çerçevesinde icra hâkimine, anlaşmalı satışa izin verilmesi noktasında geniş bir takdir yetkisi tanımıştır.⁸⁹ Söz konusu düzenlemeye göre borçlu, satışın tatmin edici koşullarda gerçekleştirileceği hususunda hâkimde kanaat uyandırmalıdır. Bu çerçevede borçlu, daha önce haczedilen mala benzer malların satışına ilişkin belgeleri veya alıcı bulabilmek için yaptığı ve yapacağı girişimleri ortaya koymalıdır.⁹⁰ Anlaşmalı satış için gerekli şartların mevcut olmadığı sonucuna varan mahkeme, bu talebi reddederek cibrî satışa karar verecektir.⁹¹

Reformun hazırlık sürecinde, hâkime bu kadar geniş bir takdir yetkisi tanınmasının, birbirine zıt uygulamalara yol açabileceği dile getirilmiştir. Bununla birlikte uygulamada borçlunun talebi üzerine mahkemeler genel olarak anlaşmalı satışa izin vermekte olup; alacaklılar da anlaşmalı satışa izin verilmesini destekledikleri için şu an itibarıyla böyle bir sorun ortaya çıkmamıştır.⁹²

C-) Borçluya Verilecek Yetki Belgesi

İİK m. 111/A'da, kanunda belirtilen şartların gerçekleşmesi hâlinde, icra müdürünün borçluya rızaen satış için 15 günlük süre vereceği belirtilmekle yetinilmiştir. Yön. m. 5'de ise icra müdürünün, rızaen satış hususunda bir yetki belgesi düzenleyerek borçluya vereceği düzenlenmektedir.

İcra müdürünün düzenleyeceği yetki belgesinde hangi hususların yer alacağı, Yön. m. 5'de sayılmıştır. Buna göre yetki belgesinde; alacak-

⁸⁷ Haciz ve paraya çevirme işlemlerine borçlunun borcunu ödememesinin sebep olduğu, bu nedenle de borçlunun taşınmazların anlaşmalı satış yoluyla paraya çevrilmesini alacaklılara dayatamamasının olağan olduğu hususunda bkz. Piédilievre/Guerchoun, no: 244.

⁸⁸ Coulot, no: 40.

⁸⁹ Cass. Civ. 2ème, 10.09.2009, no: 08-70204 (Bull. Civ, II, no: 212).

⁹⁰ Cour d'Appel Paris, 12 juin 2008; Cour d'Appel Paris, 19 juin 2008 (www.lamyline.fr).

⁹¹ Payan, s. 245.

⁹² Coulot, no: 51.

lı, varsa kanuni temsilcisi ile vekilinin adı ve soyadı, adresi ve iletişim bilgileri (m. 5/1 a), borçlu, varsa kanuni temsilcisi ile vekilinin adı ve soyadı, adresi ve iletişim bilgileri (m. 5/1 b) satılacak şeyin cinsi, niteliği, önemli özellikleri ve muhammen kıymeti (m. 5/1 c), malın satılabilecek asgari bedel (m. 5/1 ç), borçlunun, anlaştığı alıcının adı ve soyadını, Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarasını, tüzel kişi ise unvanını, vergi kimlik numarasını, ticaret sicil numarasını, merkezi sicil kayıt sistemi (MERSİS) numarasını, anlaştıkları bedeli ve malın ayırt edici özelliklerini; alıcının ise adı ve soyadını, Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarasını, tüzel kişi ise unvanını, vergi kimlik numarasını, ticaret sicil numarasını ve MERSİS numarasını, tebligata elverişli adresini, iletişime yarar bilgilerini, banka hesap bilgilerini, borçluyla anlaştıkları bedeli ve malın ayırt edici özelliklerini borçluya verilen on beş günlük süre içinde icra dairesine bildirmesi gerektiği (m. 5/1 d), satış bedelinin borçluya verilen 15 günlük süre içinde icra dairesi banka hesabına ödenmesi gerektiği (m. 5/1 e), malın mülkiyetinin mahkemenin kabul kararı ile geçeceği ve tüm hacizlerin kaldırılarak devir ve teslim işlemlerinin gerçekleştirileceği (m. 5/1 f), mahkemece rızaen satış talebinin reddine karar verilmesi hâlinde, kararın icra dairesine gönderilmesinden itibaren üç iş günü içinde yatırılan bedelin alıcının bildirdiği banka hesabına iade edileceği (m. 5/1 g) ile devir ve teslim masraflarının alıcıya ait olacağıdır (m. 5/1 ğ). Bunların haricinde icra müdürü, yetki belgesinde, bu hususlara gerekli gördüğü hususları ilave edebilecektir (Yön. m. 4/2).

Borçlunun rızaen satış talebinde malın sicile kayıtlı olması durumunda icra müdürü, rızaen satış talebinin ilgili sicile işlenmesi için gerekli işlemleri yapacaktır (Yön m. 7/3). Örneğin rızaen satışın konusunu bir taşınmaz teşkil ediyorsa, icra müdürü, rızaen satış talebinin tapu siciline işlenmesi için tapu müdürlüğüne bildirimde bulunacaktır. Bunun üzerine tapu müdürlüğü, taşınmazın beyanlar sütununa “*İcra ve İflas Kanunu’nun 111/a maddesi gereğince rızaen satış için yetki talebi vardır*” şeklinde bir belirtme işleyecektir.⁹³

Fransız Hukuku’nda CPCE R 322-21’de, taşınmazlar bakımından anlaşmalı satışa izin kararının içeriği düzenlenmektedir. Buna göre

⁹³ T.C. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tapu Dairesi Başkanlığı, 03.06.2022 tarihli talimat yazısında uygulamanın bu şekilde olacağını açıklamıştır. Bkz. <https://www.tkgm.gov.tr>.

hâkim, izin kararında, pazarın ekonomik şartlarına göre taşınmazın satılabileceği asgari bedeli⁹⁴ ve alacaklının talebi üzerine alıcının satış bedelinin haricinde ödeyeceği takip giderlerini belirleyecektir. Bunun haricinde hâkim, izin kararından en geç dört ay sonra olmak üzere, satışın gerçekleştirilme durumunun inceleneceği bir duruşma tarihi de tespit edecektir.

D-) Borçluya Verilecek Süre ve Etkisi

İİK m. 111/A-1 uyarınca icra müdürü, rızaen satış için borçluya on beş günlük süre verir. Bu sürenin hangi tarihte başlayacağı ise Yön. m. 9/2'de belirlenmiştir. Buna göre 15 günlük süre, yetki belgesinin borçluya tebliği tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır. İİK m. 111/A-3 ve Yön m. 11'ye göre borçlu ile anlaşılan alıcının, satış bedelini bu süre içinde icra dairesinin banka hesabına ödemesi gerekmektedir. Dolayısıyla borçlu, 15 günlük süre içinde alıcı bulacak, bununla anlaşacak ve nihâyet alıcı satış bedelini ödeyecektir. Kanun'da, söz konusu sürenin uzatılmasına ilişkin bir ihtimal öngörülmediği için, borçlu, 15 günlük sürenin uzatılmasını talep edemeyecektir. Kanaatimizce, özellikle taşınmazlar ve değeri oldukça yüksek olan bazı taşınırın satılması için borçluya verilen bu süre oldukça yetersizdir.⁹⁵ Bu noktada kanun koyucu, muhtemelen, borçlunun rızaen satışı, cebrî icrayı geciktirme aracı olarak kullanmasının önüne geçmeyi amaçlamıştır. Ancak doktrinde Pekcanitez'in de haklı olarak belirttiği gibi, bu alternatif yolla çok uzun bir süreden tasarruf edilmesi amaçlandığı için, burada biraz daha uzun sürelere yer verilebilirdi.⁹⁶ Bunun tercih edilmemesi durumunda, en azından borçluya verilen sürenin bir defalığına uzatılmasına imkân tanınması kanaatimizce isabetli olurdu.⁹⁷

⁹⁴ Bu düzenleme, borçlunun hileli satışlarının önüne geçmeyi amaçlamaktadır. Bkz. Pensier, s. 248. Bununla birlikte doktrinde bu düzenlemenin, hâkimlerin "pazarın ekonomik koşullarını" bilmesi gerektiği düşüncesine dayandığı, asgari bedelin tespiti noktasında bilirkişiye başvurulmasına engel bulunmamasına karşın bunun da yargılama giderlerini arttıracığı belirtilmektedir. Bkz. Anne Leborgne, Droit De L'Exécution: Voies d'Exécution et Procédures De Distribution, 2. Éd., Dalloz, Paris 2014, s. 832.

⁹⁵ Pekcanitez, s. 838; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 231; Yazıcı, s. 1136.

⁹⁶ Pekcanitez, s. 838.

⁹⁷ Benzer yönde Bolayır, s. 91; Yazıcı, s. 1137. Bu noktada yinelenmelidir ki, daha uzun bir sürenin kabul edilmesi durumunda, alacaklıların prosedür üzerindeki

İİK m. 111/A-1 uyarınca icra müdürü, borçluya satış yetkisi vererek cebrî satış işlemlerini durduracaktır. Görüldüğü gibi borçluya satış yetkisi verilmesi üzerine, 15 günlük süre içinde takibe devam edilerek hacizli mal hakkında satış işlemlerinin yapılması mümkün değildir. Bu noktada, aynı mal üzerine farklı takip dosyaları üzerinden birden fazla haciz konulmuşsa, bir dosyada borçluya satış yetkisi verilmesinin diğer takip dosyaları bakımından da bu etkiyi doğurup doğurmayacağı bir sorun olarak karşımıza çıkacaktır.

Doktrinde bir görüşe göre, takibin durması sadece borçluya yetki verilen takip bakımından geçerli olacak, diğer takipler bakımından ise takip işlemlerine devam edilecektir.⁹⁸ Diğer bir görüş ise, kanunda herhangi bir düzenleme bulunmamakla birlikte, kurumun sağlıklı uygulanması için, borçluya verilen satış yetkisinin diğer dosyalara bekletici etki yaratacağının kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir.⁹⁹

Kanun ve Yönetmelik'te, bu sorun ile doğrudan ilişkili bir düzenleme tespit edilememiştir. Bu çerçevede, takiplerin bağımsızlığı göz önüne alındığında, bir dosyadan verilen satış yetkisinin diğer dosyaları etkilemeyeceği söylenebilir. Ancak bu sonuca varılması, hem uygulamada çetrefil sorunlara neden olabilecek, hem de rızaen satış kurumunun etkinliğini azaltacaktır. Bu nedenle kanaatimizce, bir dosya üzerinden verilen satış yetkisinin, diğer dosyala bakımından etki doğuracağı ve diğer dosyalardaki cebrî satış işlemlerini durduracağına kabulü gereklidir.

Borçlunun kanuna uygun şekilde kendisine satış yetkisi verilmesini talep etmesi üzerine icra müdürü, kıymet takdirinin kesinleşmesinden sonra cebrî satış işlemlerini durdurarak rızaen satış için borçluya yetki belgesi düzenleyip tebliğ edecektir. Bu yetki belgesinin borçluya tebliği tarihinden icra mahkemesinin satışın onayı hakkında vereceği karara kadar geçen sürede alacaklı bakımından satış isteme süresi işlemeyecektir (İİK m. 111/A-1).

Fransız Hukuku'nda taşınırların anlaşmalı satışı bakımından borçlunun, haciz işleminin bildirilmesinden itibaren bir aylık süresi

denetimi daha büyük bir önemi haiz olacaktır.

⁹⁸ Pekcanitez, s. 834.

⁹⁹ Yazıcı, s. 1142.

mevcuttur.¹⁰⁰ Bu sürenin uzatılması ya da kısaltılması mümkün değildir.¹⁰¹ Haciz tarihinden itibaren bir aylık süre içinde, haczedilen taşınurlar hakkında cebrî satış işlemleri başlatılamayacaktır. Bu noktada bir aylık sürenin dolmasından sonra cebrî satış işlemlerinin mutlaka derhâl başlatılacağı düşünülmemelidir. Şöyle ki eğer bir aylık sürenin sonunda anlaşmalı satış için teklif mevcut ise alacaklılara itirazlarını bildirmeleri için 15 günlük süre tanınacaktır. Bu ihtimalde cebrî satış işlemlerinin başlatılması için bu 15 günlük sürenin dolması da beklenmektedir.¹⁰²

Taşınmazların satışı bakımından ise, anlaşmalı satışa karar veren icra hâkimi, izin kararından en geç dört ay sonra olmak üzere, satışın gerçekleştirilmesinin inceleneceği bir duruşma tarihi de tespit edecektir. Anlaşmalı satış, kural olarak, hâkimin izin kararında belirlediği duruşma tarihinde tamamlanmış olmalıdır. Aksi hâlde hâkim, bu duruşmada, taşınmazın cebrî artırma yoluyla satılmasına karar verecek¹⁰³ veya anlaşmalı satış için ek süre de tanıyabilecektir. Bununla birlikte ek süre tanınması iki bakımdan sınırlandırılmıştır. İlk olarak hâkim, ancak yazılı bir teklifin kanıtlanması durumunda, resmî satım sözleşmesinin kontrolü ve tamamlanması için ek süre verebilecektir (CPCE R.322-21/4). Ayrıca aynı madde uyarınca verilecek ek süre, üç ayı geçemeyecektir.¹⁰⁴ Ancak ek süre verilmesi hâkime tanınan bir yetki olduğu için, bu iki şart gerçekleşmiş olsa dahi hâkim ek süre vermeyebilecektir.¹⁰⁵

E-) Rızaen Satışta Alacaklıların Rolü

Fransız Hukuku'nda taşınmaz haczi ve satışı hakkındaki 2006 reformunun hazırlık sürecinde uygulamada duyulan en önemli endi-

¹⁰⁰ Borçlu haciz sırasında hazır ise haciz tutanağının bir örneği borçluya verilir ve bir aylık süre bu andan itibaren işlemeye başlar. Borçlunun haciz sırasında hazır bulunmaması hâlinde, haciz tutanağının bir örneği borçluya tebliğ edilir. Bu durumda bir aylık süre haciz tutanağının tebliğinden itibaren işlemeye başlar. (CPCE R. 221-17 ve 18).

¹⁰¹ Casal, no: 8.

¹⁰² Casal, no: 7.

¹⁰³ Cass. Civ. 2ème, 13.01.2012, Dr. et Proc., 2012, s. 105.

¹⁰⁴ Doktrinde, kanunda belirtilen dört ay ve üç aylık sürelerle uyulmasının oldukça zor olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Leborgne, s. 832; Pierre Crocq, coulot

¹⁰⁵ Hoonakker, s. 330; Leborgne, s. 833.

şelerden biri, anlaşmalı satışın, cebri satışın geciktirilmesi suretiyle borçlunun bir zaman kazanma aracına dönüşmesiydi.¹⁰⁶ Bu nedenle kanun koyucu, anlaşmalı satışta alacaklıların menfaatlerinin de gözetelebilmeleri amacıyla, borçlunun işlemleri üzerinde haciz sâhibi alacaklının denetimini sağlamak istemiş ve CPCE R. 322-22'de alacaklılara denetim hakkı tanımıştır.¹⁰⁷

Denetim hakkı kapsamında borçlu, anlaşmalı satışın gerçekleştirilmesi için yaptığı işlemler hakkında, talebi üzerine haciz sâhibi alacaklıya hesap verecektir (CPCE R. 322-22/1). Kanun koyucu burada yalnızca "haciz sâhibi" alacaklıya denetim yetkisi tanımış olup, diğer alacaklıların böyle bir yetkisi bulunmamaktadır.¹⁰⁸ Borçlunun bilgi vermemesi veya eksik bilgi vermesi durumunda alacaklı, her zaman mahkemeye başvurarak borçlunun gerekli özeni gösterdiğinin tespiti ve cebri artırmaya karar verilmesini isteyebilecektir (CPCE R. 322-22/2).¹⁰⁹

Taşınırların satışı bakımından ise alacaklılar, zaten süreç içinde başlıca rolü üstlenmektedirler. Şöyle ki aşağıda açıklanacağı üzere, borçlunun anlaşmalı satış süreci içinde elde edeceği teklifler, hacizli alacaklı ile daha önce itirazda bulunan alacaklılara gönderilecektir. Bu alacaklıların teklifleri kabul etmeleri durumunda süreç tamamlanacak; alacaklıların itiraz etmeleri durumunda ise anlaşmalı satış gerçekleşmeyecektir. Bu noktada teklifi yetersiz bulan alacaklının, teklifi neden yetersiz bulduğunu, özellikle de cebri artırma sonucunda söz konusu malın daha yüksek bir bedel ile satılabileceğini ortaya koyması gerekmektedir.¹¹⁰

Türk Hukuku'nda ise kanun koyucu, rızaen satış prosedüründe alacaklılara herhangi bir rol tanımamıştır. Gerçekten de borçlunun süresi içinde kendisine satış yetkisi verilmesini talep etmesi üzerine icra müdürü, kıymet takdiri kesinleştiğinde borçluya satış yetkisi vermek

¹⁰⁶ Pensier, s. 246.

¹⁰⁷ Coulot, no: 61; Christophe Juillet, "Hypothèque", Répertoire de droit civil, 2019 (Güncelleme: Kasım 2021), no: 97.

¹⁰⁸ Leborgne, s. 834.

¹⁰⁹ Doktrinde alacaklıların, belirlenen duruşma tarihinden önce bu yola başvurarak bir karar elde etmelerinin uygulamada son derece zor olacağı ileri sürülmektedir. Bkz. Coulot, no: 61.

¹¹⁰ Natalie Fricero, "Saisie-Vente", Répertoire de procédure civile, 2011 (Güncelleme: Ocak 2023), no: 39.

zorunda olup, burada alacaklıların rızası aranmamaktadır. Kezâ satış yetkisi verilmesi üzerine alacaklıların, borçlunun işlemleri üzerinde denetim yetkileri de bulunmamaktadır. Bu durumun Türk Hukuku bakımından bir eksiklik olduğu söylenebilir.¹¹¹ Bu noktada alacaklılara, prosedür içinde en azından itiraz hakkının tanınmasının hukuki dinlenilme hakkının sağlanması bakımından bir gereklilik olduğu kanaatini taşımaktayız.

VII. RIZAEN SATIŞ VE SONUÇLARI

A-) Rızaen Satışta Asgari Bedel

Açık artırma yolu ile satışta (İİK m. 115 ve 129) olduğu gibi, rızaen satışta da kanun koyucu karşılama prensibini kabul etmiş ve haczedilen malın satılabileceği asgari bedeli belirlemiştir. Şöyle ki İİK m. 111/A-2'ye göre rızai satışta bedel, malın muhammen kıymetinin yüzde doksanına karşılık gelen miktarı ile o malla güvence altına alınan ve satış isteyenin alacağına rüçhanı olan alacakların toplamından hangisi fazla ise bu miktarı ve ayrıca bu miktara ilave olarak bu aşamaya kadar bu mahcuz için yapılan takip masrafları toplamından az olamaz.

Görüldüğü gibi rızaen satışta asgari bedel, iki şart göz önüne alınarak düzenlenmiştir. İlk olarak ileri sürülen teklif, taşınmazın muhammen kıymetinin en az %90'ına karşılık gelmelidir. Satış talep edenin alacağına rüçhanlı bir alacağın bulunmaması ihtimalinde, asgari satış bedeli, malın muhammen kıymetinin %90'ına bu aşamaya kadar olan takip masrafları ilave edilerek tespit edilecektir.¹¹²

İİK m. 111/A-2'ye göre, satış talebinde bulunan alacaklının alacağına rüçhanı bulunan alacakların mevcut olması hâlinde, malın muhammen kıymetinin %90'ı ile rüçhanlı alacakların toplamı karşılaştırılacaktır. Bunlardan hangisi daha yüksek ise o tutar esas alınacak, buna o âna kadarki takip giderleri eklenecektir. Bu şekilde tespit edilecek tutar, rızaen satış için asgari bedeli oluşturacaktır.

¹¹¹ Doktrinde alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesinin korunması için borçluya satış yetkisi verilmesi sırasında alacaklılara itiraz hakkının tanınması ve borçluya, satışa hazırlık işlemleri hakkında icra müdürüne bilgi verme yükümlülüğü getirilmesi gerektiği hakkında bkz. Bolayır, s. 88.

¹¹² Rızaen satışta asgari bedel belirlenirken esas alınacak takip giderlerinin kapsamı hakkında detaylı bilgi için bkz. Meriç, s. 135-138.

İİK m. 111/A'da kanun koyucu, "satış isteyen alacağına rüçhanlı olan alacaklar"dan bahsetmektedir. Dolayısıyla rüçhanlı alacaklılar belirlenirken kıstas olarak, "satış talebinde bulunan alacaklı" kabul edilecek ve bu alacaklıya göre rüçhanlı olan alacaklılar belirlenecektir.¹¹³ Buna göre satış talep eden alacaklıya göre rüçhanlı olan bir başka alacaklı yoksa, ihale bedelinin, satış talebinde bulunan alacaklının alacağını karşılaması gerekmemektedir.¹¹⁴ Bununla birlikte, yukarıda da açıkladığımız üzere rızaen satış talebi, haciz aşamasında, yani henüz satış talebinde bulunulmasından önce ileri sürülebilecektir. Bu nedenle de İİK m. 111/A-2'de yer alan "satış isteyen alacağına" ifadesi yerinde değildir.¹¹⁵ Kezâ İİK m. 106/1 uyarınca borçlu da satış talebinde bulunabileceği göz önüne alındığında, İİK m. 111/A-2'deki ifade, bu yönüyle de uygun düşmemiştir.¹¹⁶

Bu noktada İİK m. 111/A'da yer verilen "rüçhanlı alacaklar" ile ne kastedildiği sorunu ortaya çıkabilecektir. Türk Hukuku'nda hacze iştirak kurumu kabul edildiği için, satış talebinde bulunan alacaklıdan daha önce haciz koydurmuş bir alacaklı, İİK m. 111/A anlamında "rüçhanlı alacaklı" olarak kabul edilemeyecektir.¹¹⁷ Birden fazla alacaklının hacze iştirak etmiş olmaları durumunda, bu alacaklıların birbirlerine karşı herhangi bir önceliği bulunmayacak; dolayısıyla bu ihtimalde de "rüçhanlı alacak"tan bahsetmek mümkün olmayacaktır.¹¹⁸

İİK m. 111/A'da yer verilen "rüçhanlı alacaklı" kavramı, her şeyden önce hacizden önce kurulmuş olan rehinli alacakları kapsamaktadır.¹¹⁹ Bu çerçevede, rızaen satışta asgarî bedel belirlenirken "muaccel" olan ipotek alacakları esas alınacaktır.¹²⁰ Dolayısıyla henüz vadesi

¹¹³ Açık artırma yolu ile satışta aynı esas için bkz. Saim Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları, 8. Bası, İstanbul 2004, s. 271; Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku, c.2, Evrim Dağıtım, Ankara 1988, s. 1321; Murat Dönmez, İcra ve İflâs Hukukunda Taşınmaz Malların Paraya Çevrilmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 222; Aslan, s. 114.

¹¹⁴ Açık artırmada yolu ile satışta aynı esas için bkz. İlhan E. Postacıoğlu, İcra Hukuku Esasları, 4. Bası, İstanbul 1982, s. 472; Aslan, s. 116; Dönmez, s. 229.

¹¹⁵ Meriç, s. 135.

¹¹⁶ Meriç, s. 135.

¹¹⁷ Postacıoğlu, s. 473; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s.202; Mine Erturgut, İcra ve İflâs Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s. 106.

¹¹⁸ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 202; Erturgut, s. 106.

¹¹⁹ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 202; Erturgut, s. 106-107; Dönmez, s. 222.

¹²⁰ Üstündağ, s. 272; Kuru, İcra ve İflas, c.2, s. 1282; Arslan, İhale, s. 50; Aslan, s. 114; Uyar, Taşınmaz İhale, s. 1908; Dönmez, s. 224.

gelmemiş olan ipotekli alacaklar asgari bedel bakımından göz önüne alınmayacak olup; alıcı, malı bu rehin hakkı ile yüklü olarak iktisap edecektir.¹²¹

İİK m. 111/A'da, "rüşhanlı alacaklar" kavramı tercih edildiğine göre, bu kavram "rehinli alacaklar"dan ibaret olmamalıdır. Örneğin 6183 sayılı Kanun'un 21/2. maddesinde, "gümrük resmi, bina ve arazi vergisi gibi eşya ve gayrimenkulün ayınından doğan amme alacaklarının o eşya ve gayrimenkul bedelinden tahsilinde rehinli alacaklardan önce geleceği" düzenlenmiştir. Hâl böyle olunca, söz konusu alacaklar da İİK m. 111/A anlamında "rüşhanlı alacak" olarak kabul edilmelidir.¹²² Bununla birlikte Yargıtay yeni tarihli kararlarında rüşhanlı alacak teriminin rehinli alacakları ifade ettiğini belirtmekte¹²³ ve örneğin belediyenin emlak vergisi alacağının rüşhanlı alacak olarak kabul edilemeyeceğine hükmetmektedir.¹²⁴

İİK m. 111/A'da rızaen satışta asgari bedel olarak, malın muhammen kıymetinin %90'ı olarak belirlenmiş olması doktrinde eleştirilere tâbi tutulmuştur. Bu eleştirilere göre, özellikle, muhammen kıymetinden oldukça fazla bir tutara satılabilecek malların sadece muhammen kıymetinin %90'ına satılmasına imkân sağlanması, alacağı, mahcuzun muhammen kıymetinden çok daha yüksek alacaklıların zararına olacaktır.¹²⁵ Bu nedenle de borçluya satış yetkisinin verilebilmesi için takip alacaklısının onayının gerekli bir koşul olarak düzenlenmesinin uygun olacağı ifade edilmiştir.¹²⁶ Kanaatimizce de bu eleştirilerde haklılık payı bulunmaktadır. Gerçekten de hacedilen bir malın açık

¹²¹ Aslan, s. 115; Dönmez, s. 224.

¹²² Postacıoğlu, s. 472 dnot 27a; Kuru, İcra ve İflas, c.2, s. 1322; Erturgut, s. 107; Dönmez, s. 223. Rızaen satış bakımından aynı görüş için bkz. Meriç, s. 135.

¹²³ Y. 12. HD., E. 2017/4244, K. 2017/9920, kt. 03.07.2017: "(...) İİK'nın 129. maddesinde yer alan rüşhanlı alacak, taşınmazla temin edilen ipotekli alacakları ifade etmektedir". (www.e-uyar.com).

¹²⁴ Y. 12. HD., E. 2012/1487, K. 2012/15032, kt. 03.05.2012: "(...) Yukarıda anılan yasa maddesinde yer alan "rüşhanlı alacak" terimi, taşınmazla temin edilen ipotekli alacakları ifade eder. Belediyenin emlak vergisi alacağı, rüşhanlı alacak olmadığından ihalenin fesih sebebi yapılamaz". (www.e-uyar.com).

¹²⁵ Kale, Lexpera blog (<https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/>); Talih Uyar, "24/11/2021 Tarihli ve 7343 Sayılı "İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yenilikler", İBD, 2022/1, s. 38 dnot 13; Aşık/Saçar/Tok/Oruç, s. 250.

¹²⁶ Kale, Lexpera blog (<https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/>).

artırma sonucunda muhammen kıymetinin fazlasına ihale edilebilmesi elbette ihtimal dâhilindedir. Ancak borçluya satış yetkisi verilmesi, aslında açık artırma yolu ile satışta mal, muhammen kıymetinin %50'sine ihale edilebildiği ve süreç son derece uzun olduğu (ihalenin feshi nedeniyle) göz önüne alındığında açık artırma yolu ile satışın verimsiz olduğu düşüncesiyle kabul edilmiş bir kurumdur. Bu nedenle de kanun koyucu, mutlak açık artırma kuralından vazgeçerek borçlunun iradesini ön plâna çıkararak hızlı bir şekilde tamamlanacak bir prosedür belirlemiştir. Bu bağlamda alacaklıların haklarını korumak adına, asgari bedeli de malın muhammen kıymetinin %90'ı olarak belirlemiştir. Bu noktada biz, asgari bedel şartının yeterli bir koruma olacağını düşünüyor ve kurumun uygulama alanını daraltacağı gerekçesiyle borçluya satış yetkisi verilmesini alacaklıların onayına tâbi tutulması düşüncesine katılmıyoruz.¹²⁷

Borçlu, asgari satış bedelini teklif edecek herhangi bir kişiye haczedilen malını satabilecektir. Bu noktada haczedilen malın takip alacaklılarına satılmasının mümkün olup olmadığı sorgulanabilecektir. İİK m. 111/A'da buna engelleyecek bir düzenleme yer almaması karşısında, bunda şüphe duymamak gerekir. Rızaen satış çerçevesinde haczedilen mal, takip alacaklılarına satılabilecektir.¹²⁸ Bununla birlikte takip alacaklılarının bu noktada bir önceliği de bulunmamaktadır. Kanun koyucu bu kurum ile haczedilen malın satışı bakımından borçluya bir serbesti tanımıştır. Bu nedenle de rızaen satış çerçevesinde borçlunun, öncelikle takip alacaklılarına malın satışını teklif etme zorunluluğu bulunmamaktadır.

B-) Rızaen Satışta İzlenecek Prosedür

1-) Türk Hukuku'nda

Borçlunun, haczedilen malın rızaen satışı için, yetki belgesinin kendisine tebliğinden itibaren 15 günlük süresi bulunmaktadır (Yön

¹²⁷ Bu noktada endişeleri giderebilmek adına asgari bedel şartının "malın muhammen kıymetinin %100'ü" olarak değiştirilmesi düşünülebilir.

¹²⁸ Pekanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes, s. 232; Talih Uyar, "(20 Soruda) 24.11.2021 Tarihli ve 7343 Sayılı "İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un Getirdiği Yenilikler", Soru 5 (www.e-uyar.com).

m. 9/2). Bu 15 günlük süre içinde alıcı, borçlu ile anlaştıkları bedeli, icra dairesinin banka hesabına ödemek zorundadır (İİK m. 111/A-3; Yön m. 11). Borçluya tanınan 15 günlük süre içinde bedeli eksik yatırılması durumunda, icra dairesinin alıcıya ek süre tanınması mümkün değildir.¹²⁹ Bu durumda açık artırma yoluyla satış için gerekli işlemler yapılacaktır. Haczedilen malı bir alacaklının alacağına mahsuben satın alması durumunda, bu alacaklının, anlaşılan bedel ile alacağı arasındaki farkı ödemesi yeterli olacaktır.

Borçluya anlaşan alıcının belirlenen bedeli birinci fıkra uyarınca borçluya verilen on beş günlük süre içinde dosyaya ödemesi hâlinde icra müdürü, gerekli bilgi ve belgeleri temin ettikten sonra yukarıda belirtilen şartların bulunduğunu tespit ederse satışın onayı ile malın devir ve teslim işlemlerinin yapılmasına karar verilmesi için dosyayı derhâl icra mahkemesine gönderecektir (İİK m. 111/A-3; Yön m. 12).

İİK m. 111/A-3 ve Yön m. 12'deki düzenlemeler karşısında, "gerekli bilgi ve belgeler" in kapsamının ne olacağı düşünülebilir. Bu soruya, Yön m. 10 cevap vermektedir. Şöyle ki maddenin ilk fıkrasına göre borçlu, anlaştığı alıcının adı ve soyadını, T.C. kimlik numarasını, tüzel kişi ise unvanını, vergi kimlik numarasını, ticaret sicil numarasını, MERSİS numarasını, anlaştıkları bedeli ve malın ayırt edici özelliklerini icra dairesine bildirmelidir. Aynı şekilde alıcının da adı ve soyadını, T.C. kimlik numarasını, tüzel kişi ise unvanını, vergi kimlik numarasını, ticaret sicil numarasını ve MERSİS numarasını, tebligata elverişli adresini, iletişime yarar bilgilerini, banka hesap bilgilerini, borçluya anlaştıkları bedeli ve malın ayırt edici özelliklerini borçluya verilen on beş günlük süre içinde icra dairesine bildirmesi gerekir (Yön m. 10/2). Her ne kadar maddede bu bilgilerin borçluya tanınan 15 günlük süre içinde icra dairesine bildirilmesi gerektiği düzenlenmiş olsa da bu süre içinde bedelin icra dairesinin hesabına yatırılmasına rağmen gerekli belgelerin sunulmaması, rızaen satış için gerekli şartların sağlanmadığına karar verilmesini gerektirmez. Bu durumda İİK m. 111/A-3 uyarınca icra müdürü, gerekli bilgi ve belgelerin sunulmasını borçlu ve alacaklıdan talep edecektir.

¹²⁹ Doktrinde bu durumda icra müdürünün alıcıya kısa bir ek süre tanınmasının daha uygun olacağı yönünde bkz. Pekcanitez, s. 837-838; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes, s. 231.

İİK m. 111/A-3 uyarınca icra müdürü, “yukarıda belirtilen şartların bulunduğunu” tespit ederse dosyayı icra mahkemesine gönderecektir. Bu noktada icra müdürünün inceleme yetkisi, “asgari bedel şartına uyulup uyulmadığı” ve “bedelin borçluya verilen 15 günlük süre içinde ödenip ödenmediği” ile sınırlıdır.

İcra müdürü, kanunda düzenlenen şartların bulunduğunu tespit edip gerekli belgeleri elde ettikten sonra, dosyayı derhâl icra mahkemesine gönderecektir (İİK m. 111/A-3). Bu noktada belirtilmelidir ki, İcra ve İflas Kanununun birçok maddesinde “derhal” kavramına yer verilmiş olmakla birlikte, biz bu kavramın belirsiz olduğu gerekçesiyle gerekli etkinliğe sâhip olmadığını düşünüyoruz. Bu nedenle de derhal kavramının yerine, sürenin gün olarak (örneğin üç veya beş gün) belirlenmesinin daha isabetli olacağı kanaatini taşıyoruz.

İcra mahkemesi, en geç 10 gün içinde dosya üzerinden yapacağı inceleme sonucunda talebin kabulüne veya reddine karar verecektir (İİK m. 111/A-3). İcra mahkemesi, rızaen satışın Kanun ve Yönetmelik’te düzenlenen şartlara uygun olup olmadığını inceleyecektir. Bu çerçevede icra mahkemesi, asgari bedel şartına uyulup uyulmadığını, bedelin borçluya verilen 15 günlük süre içinde ödenip ödenmediğini ve gerekli belgelerin mevcut olup olmadığını inceleyecektir. Rızaen satış ile haczedilen malın belirlenen asgarî bedel şartına uygun olarak borçlu tarafından hızlı bir şekilde satılması amaçlanmaktadır. Bu nedenle de bir üçüncü kişinin veya takip alacaklısının, rızaen satış çerçevesinde alıcının yatırdığı bedelden daha fazla bir tutar teklif ederek yaptığı itiraz, icra mahkemesi tarafından göz önüne alınamaz.

İcra mahkemesi, gerekli şartların mevcut olduğu kanaatine varırsa talebi kabul edecektir. İcra mahkemesinin bu kararıyla birlikte rızaen satış tamamlanmış olacak, bunun ardından mahkeme kararı, UYAP aracılığıyla icra dairesine bildirecektir (Yön m. 13/1). İcra dairesi de malın devir ve teslim işlemlerini gerçekleştirecektir (Yön m. 13/2).

İcra mahkemesi, yapacağı incelemede gerekli şartların mevcut olmadığı sonucuna varırsa, rızaen satış talebini reddedecektir. Bu kararın icra dairesine gönderilmesinden itibaren üç iş günü içinde satış bedeli alıcının bildirdiği banka hesabına iade edilecektir (Yön m. 13/3). Ayrıca rızaen satışın konusunu sicile kayıtlı bir mal oluşturuyorsa, ret kararı üzerine, daha önce sicile düşülen rızaen satış şerhi de terkin

edilir (Yön m. 13/3). Bu ihtimalde, İİK m. 111/1-4'e göre bu satışlar hakkında niteliğine uygun düştüğü ölçüde İcra ve İflas Kanunu'nun diğer hükümleri uygulanacağı için, kanaatimizce alıcı tarafından yatırılan bedelin nemalandırılması ve satış bedelinin alıcıya nemalandırılmış şekilde iade edilmesi uygun olacaktır¹³⁰.

İcra mahkemesinin vereceği karar kesin niteliktedir (İİK m. 111/A-3; Yön m. 13/1). Böylece bu karara karşı kanun yollarına başvurulması mümkün olmayacaktır. Doktrinde, kanunda böyle bir itirazın düzenlenmemesi ve icra mahkemesi kararının kesin olmasının, denetimsiz ve çeşitli sorunlara yol açabilecek bir satış usulüne neden olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir¹³¹. Biz de bu eleştirinin haklı olduğunu kanaatini taşımaktayız. Bu noktada özellikle aşağıda ayrıca üzerinde duracağımız gibi rızaen satışa karşı ihalenin feshi yoluna da başvurulamayacağını düşündüğümüz için, haciz sâhibi alacaklının itirazlarını bildirerek hukukî dinlenilme hakkının sağlanması amacıyla icra mahkemesi kararına karşı bir hukukî çarenin öngörülmesi kanaatimizce gereklidir¹³².

2-) Fransız Hukuku'nda

Fransız Hukuku'nda hacedilen taşınırların anlaşmalı satışı için borçlu, yukarıda da açıkladığımız üzere, haciz tarihinden itibaren bir aylık bir süreye sâhiptir. Kanun koyucu, bu süre içinde alıcı bulmayı, borçluya tanınan bir yetki olarak düzenlemiştir. Buna göre borçlunun bu yönde çaba sarf etme zorunluluğu bulunmamaktadır.¹³³ Uygulamada bir aylık sürenin oldukça kısa olduğu, bu nedenle de borçluların bu yola başvurmak yerine, bir aylık süreyi, cebrî satış tehdidi karşısında borcunu ödemeye başlamak için kullandıkları belirtilmektedir.¹³⁴

¹³⁰ Uyar, s. 38 dn. 12; Kale, Lexpera blog (<https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/>); Durman, s. 960.

¹³¹ Pekantez, s. 838-839; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 241; Bolayır, s. 88-89.

¹³² İcra mahkemesinin kararına karşı kanun yolunun açık tutulması, kanaatimizce sürecin çok fazla uzamasına neden olabilecek; bu da kurumun etkinliğini azaltabilecektir. İcra mahkemesinin inceleyeceği hususların sınırlı olduğu da dikkate alınacak olursa, icra mahkemesinin kararına karşı itiraz yolunun düzenlenmesi de yeterli olabilecektir. Bu ihtimalde ise kanun yolu veya itiraz süresi içinde, rızaen satış bedelinin nemalandırılmasına imkân sağlanmalıdır.

¹³³ Casal, no: 6.

¹³⁴ Casal, no: 6.

CPCE R. 221-30/2 uyarınca bir aylık süre boyunca haczedilmiş taşınır mallar, yediemin tarafından muhafaza altına alınacak olup; satış bedelinin ödenmesinden önce bunların alıcıya teslimi mümkün değildir.

Bir aylık süre içinde alıcılar, tekliflerini yazılı olarak borçluya iletceklerdir (CPCE R. 221-31).¹³⁵ Alıcılar, teklif ettikleri bedeli ne zaman ödeyeceklerini de tekliflerinde belirteceklerdir. Dolayısıyla alıcının teklif ile birlikte bedeli yatırması zorunlu değildir.

Süre sona erince borçlu, kendisine sunulan teklifleri yazılı olarak icra memuruna iletacaktır.¹³⁶ İcra memuru, bu teklifleri, iadeli taahhütlü mektup¹³⁷ ile haciz sâhibi alacaklı ile daha önce itirazda bulunmuş olan alacaklılara gönderecektir.¹³⁸ Alacaklıların, tekliflerin tebliğinden itibaren 15 günlük süre içinde bunlara cevap vermeleri gerekmektedir. CCE L. 221-3'e göre teklifi "yetersiz" bulan alacaklı bunu reddedebilecektir.¹³⁹ Böylece teklifi reddeden bir alacaklının, "teklifin yetersizliği" gerekçesine dayanması zorunludur. Ancak bu durum, teklifi reddeden alacaklının, haczedilen malın değerini tam olarak ortaya koymasını gerektirmemekte olup; alacaklının, cebrî satışta malın daha yüksek bir değere satılabileceğini makul bir şekilde ortaya koyması yeterli sayılacaktır.¹⁴⁰ Kezâ CPCE L. 221-3/4'de de borçluya zarar verme niyetini taşımadığı sürece, teklifi reddetmesi nedeniyle alacaklının sorumluluğu söz konusu olmayacağı düzenlenmiştir.¹⁴¹

¹³⁵ Buradaki yazılılık şartı, teklifin geçerlilik şartı olmayıp, bir ispat şartıdır. Bkz. Casal, no: 12.

¹³⁶ Burada teklifte bulunan alıcının adı-soyadı, adresi ve süresi içinde teklifte bulunduğu belirtilecektir. Bkz. Fricero, no : 123.

¹³⁷ Ayrıca burada alacaklılara, tekliflerin tebliğinden 15 günlük süre içinde cevap vermeleri, belirlenen süre içinde cevap vermemeleri durumunda teklifi kabul etmiş sayılacakları ihtar edilir.

¹³⁸ Paris icra mahkemesi, icra memurunun teklifleri tüm alacaklılara göndermemesi ve 15 günlük süreye uymaması durumunda dahi alacaklıların anlaşmalı satış teklifini kabul etmiş sayılacaklarına karar vermiştir. Bkz. TGI Paris JEX, 09.02.1995 (La Revue des huissiers de justice, 1996, s. 247).

¹³⁹ Kanunda yer alan "yetersizlik" ibaresinin belirsizlik içerdiği, teklif edilen bedelin yetersizliği haricinde, teklif edilen ödeme zamanının geç olmasının da bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği doktrinde sorgulanmaktadır. Bkz. Casal, no: 16.

¹⁴⁰ Fricero, no: 127.

¹⁴¹ Bununla birlikte borçlu, hakkın kötüye kullanılması gerekçesiyle, zararının tazminini icra hâkiminden talep edebilecektir. Bkz. Xavier Daverat, "Saisie-protection du débiteur", Répertoire de procédure civile, 2019, no: 154.

15 günlük süre içinde cevap vermeyen alacaklı teklifi kabul etmiş sayılır (CPCE R 221-31/3). Tek bir alacaklının bir teklifi reddetmesi, o teklifin reddedilmesi için yeterlidir.¹⁴² 15 günlük süre içinde hiçbir itiraz gelmez ise teklif kabul edilmiş olur. Ancak teklifin kabul edilmesi, rızaen satışın tamamlanması için yeterli olmayıp; rızaen satış, bedelin teklifte öngörülen zamanda icra memuruna ödenmesi ile tamamlanmış olur. Süresi içinde bedelin ödenmemesi durumunda cebrî satış işlemlerine başlanır (CPCE R 221-32/4).

Taşınmazlar bakımından ise yukarıda belirttiğimiz gibi icra hâkimi, kanunda düzenlenen şartların mevcut olduğunu tespit etmesi hâlinde, yönlendirme duruşmasında anlaşmalı satışa izin verecektir. Aynı duruşmada hâkim, izin kararından en geç dört ay sonra olmak üzere, satışın gerçekleşip gerçekleşmediğinin inceleneceği bir duruşma tarihi de tespit edecektir. Anlaşmalı satış, kural olarak, hâkimin izin kararında belirlediği duruşma tarihinde tamamlanmış olmalıdır.

Fransız Hukuku'nda taşınmaz satışı noterde gerçekleştirildiği için, burada da taşınmaz satışının noterde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Noter senedinin hazırlanması için, satış bedeli ile satış giderlerinin oradaki Depozito ve Mevduat Sandığı'na (*Caisse Des Dépôts et Consignations*) yatırılması gerekmektedir (CPCE L 322-4).

Anlaşmalı satış tam anlamıyla bir irâdi satış olmadığı için burada noter senedi yeterli olmayıp, ayrıca bir de mahkemenin kararı gereklidir.¹⁴³ İcra hâkimi, anlaşmalı satışın, önceden belirlediği koşullara uygun olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini ve ihale bedelinin depo edilip edilmediğini inceleyecektir (CPCE R 322-25/1). Eğer bu şartlardan biri yerine getirilmemişse icra hâkimi, anlaşmalı satışın tespiti talebini reddederek cebrî satışa karar verecektir. Aksi durumda ise, yani şartlar yerine getirilmişse hâkim, anlaşmalı satışın gerçekleştiğini tespit edecek olup; bu karara karşı istinaf yolu kapalıdır (CPCE R 322-25/2). Burada hâkim satışa hükmetmemekte, yalnızca noter tarafından gerçekleştirilen satışın tespiti etmektedir.¹⁴⁴

¹⁴² Casal, no: 13.

¹⁴³ Bu nedenle noter senedine, icra hâkiminin satışın tespiti reddetmesi hâlinde alıcının sözleşme ile bağlılıktan kurtulacağına ilişkin bir bozucu şart eklenmektedir.

¹⁴⁴ Leborgne, s. 840.

C-) Rızaen Satışta Harç ve Vergiler

Rızaen satışta ödenecek harç ve vergiler hakkında yalnızca, Yönetmelik'in 14/3. maddesinde "*ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla, devir ve teslim masrafları alıcıya aittir.*" hükmüne yer verilmekle yetinilmiştir. Bu durum karşısında, rızaen satışın yeni bir kurum olması ve cebrî artırmadan farklı özelliklere sâhip olması nedeniyle, ödenecek harç ve vergiler bakımından belirsizlikler ortaya çıkabilecektir.

Adalet Bakanlığı, bu belirsizlikleri giderebilmek amacıyla 02.06.2022 tarihli bir görüş yazısı yayınlamış ve bu yazıda katma değer vergisi, damga vergisi ile harçlar bakımından bir değerlendirme yapmıştır.

Adalet Bakanlığı, bu görüş yazısında, rızaen satışların katma değer vergisine tâbi olmayacağını belirtmiştir.¹⁴⁵ 25.10.1984 tarih ve 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun (KDV Kanunu)¹⁴⁶ 1/3 (d) maddesinde, "Türkiye'de müzayede mahallerinde ve gümrük depolarında yapılan satışların" katma değer vergisine tâbi oldukları düzenlenmiştir. Buna göre, cebrî artırma yoluyla satışların katma değer vergisine tâbi olacağı kabul edilmektedir.¹⁴⁷ Bununla birlikte rızaen satışta "müzayede mahalinde yapılan bir satış" söz konusu olmadığı için, rızaen satışta katma değer vergisi alınmamalıdır.

01.07.1964 tarih ve 488 sayılı Damga Vergisi Kanunu'nun¹⁴⁸ 1. maddesinde, bu Kanuna ekli (1) sayılı tabloda yazılı kâğıtların damga vergisine tâbi olduğu düzenlenmektedir.

¹⁴⁵ Adalet Bakanlığı İcra İşleri Dairesi Başkanlığı'nın 02.06.2022 Tarih ve 86420598-417/5667 sayılı Yazısı (www.iidb.adalet.gov.tr).

¹⁴⁶ RG., 02.11.1984, S. 18563.

¹⁴⁷ Bkz. T.C. Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı'nın 23.06.2010 tarih ve (58) no'lu sirküleri. Aynı yönde Y. 12. HD., E. 2014/23992, K. 2014/30276, kt. 15.12.2014: "(...) Uygulamada cebrî icra satışlarında KDV alınmakta olup KDV Kanununda cebrî icra ile ilgili özel bir düzenleme mevcut değildir. Cebrî icradaki KDV alımı, Katma Değer Vergisi Kanununun 1/3-d bendi uyarınca yapılmaktadır". (www.lexpera.com.tr).

Bununla birlikte bize göre, cebrî satışlarda KDV alınmasını gerektirecek bir katma değer yaratılmadığı gibi, ortada herhangi bir ticari, sınai, zirai ve mesleki faaliyet de mevcut değildir. Tüm bu nedenlerle de cebrî icra yoluyla satışların KDV'ye tâbi tutulması, kanaatimizce cebrî icra sistemimizin verimliliğini olumsuz etkileyen bir düzenleme olup, cebrî artırma yoluyla satışların KDV'ye tâbi tutulmaması yerinde olacaktır. Bkz. Namli, Taşınmaz Mallar, s. 434.

¹⁴⁸ RG, 11.07.1964, S. 11751.

Sözü geçen kanuna ekli (1) sayılı tablonun “II-Kararlar ve mazbatalar” başlıklı bölümünün 2. fıkrasında, “ihale kanunlarına tâbi olan veya olmayan resmi daire ve kamu tüzel kişiliğine haiz kurumların her türlü ihale kararları”nın nisbi damga vergisine tâbi olacağı hüküm altına alınmıştır. Kanuna ekli (1) sayılı tablonun I/A-1 fıkrasındaki kâğıtlar için damga vergisi oranı binde 5,69 nispetinde damga vergisine tabi olacağı öngörülmüştür. Hâl böyle olunca, rızaen satış durumunda da binde 4,95 oranında damga vergisi uygulanacaktır. Adalet Bakanlığı da 02.06.2022 tarihli yazısı ile bu yönde görüş bildirmiştir.

02.07.1964 tarih ve 492 sayılı Harçlar Kanunu’nun¹⁴⁹ 57. maddesine göre, tapu ve kadastro işlemlerinden bu kanuna bağlı (4) sayılı tarifede yazılı olanlar, tapu ve kadastro harçlarına tâbi olacaklardır. (4) no’lu tarifenin 20. maddesinin (a) fıkrası uyarınca, taşınmazların ivaz karşılığında (...) devir ve iktisabında, taşınmazın beyan edilen devir ve iktisap bedelinden az olmamak üzere emlak vergisi değeri üzerinden (cebrî icra ve şüyuun izalesi hâllerinde satış bedeli üzerinden) devreden ve devralan için ayrı ayrı binde 20¹⁵⁰ oranında tapu harcı ödenecektir. Dolayısıyla bir taşınmazın rızaen satılması durumunda hem borçlu hem de alıcının binde 20 oranında tapu harcı ödemesi gerekecektir. Adalet Bakanlığı da 02.06.2022 tarihli yazısında oranı bu şekilde belirlemiş ve satıcı tarafından ödenmesi gereken miktarın icra dairesi tarafından borçlu namına ödenmesinin gerekeceği yönünde görüş bildirmiştir.

02.07.1964 tarih ve 492 sayılı Harçlar Kanunu’na ekli (1) sayılı Tarife’nin “B-I-3 c’de tahsil harcı oranı, haczedilen veya rehinli malların satılıp paraya çevrilmesi suretiyle tahsil olunan paralardan %11,38 olarak belirlenmiştir. Hâl böyle olunca rızaen satışta da %11,38 oranında tahsil harcı alınacaktır. Rızaen satışta belediye tarafından görevlendiren bir tellâl yer almayacağı için tellâliye harcı ödenmeyecektir.

¹⁴⁹ RG, 17.07.1964, S. 11756.

¹⁵⁰ Bu oran eskiden “binde 16,5” iken, 20/9/2012 tarihli ve 2012/3735 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı Eki Kararının 6’ncı maddesiyle “binde 20” olarak değiştirilmiştir. Ayrıca belirtilmelidir ki, 30.4.2018 tarih ve 2018/11674 sayılı Bakanlar Kurulu Eki Karar ile, 31.10.2018 tarihine kadar (bu tarih dahil) uygulanmak üzere, “binde 20” oranında alınan tapu harcı, konut ve işyerlerinde (kat irtifakı tesis edilmiş olanlar dâhil) “binde 15” olarak yeniden belirlenmiştir.

D-) Rızaen Satışın Sonuçları

İcra mahkemesi, kanunda düzenlenen şartların mevcut olması durumunda satışın onaylanmasına kesin olarak karar verecektir. Bu noktada akla gelecek ilk soru, mülkiyetin hangi anda alıcıya geçeceğidir. Bu soruya İİK m. 111/A-3 açıkça cevap vermektedir. Buna göre icra mahkemesinin kabul kararı ile malın mülkiyeti alıcıya geçecektir. Fransız Hukuku'nda anlaşmalı satış suretiyle satılan taşınırın mülkiyeti, bedelin ödenmesiyle alıcıya geçer ve icra memuru haczi kaldırarak taşınırı alıcıya teslim eder (CPCE L. 221-3/5; CPCE R 221-32/2 ve 3).

Rızaen satışın sonuçları bakımından ikinci olarak, hasar ve yararın geçtiği zamanın belirlenmesi gerekecektir. Hasar ve yararın geçmesi, genel olarak, sözleşmenin kurulması ile ifa arasındaki zaman kesitinde sözleşme konusunda meydana gelen değer artış ve azalmasının hangi tarafın risk alanına dâhil olacağını belirler.¹⁵¹ TBK m. 208/1'e göre, kanundan, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayrık hâller dışında, satılanın yarar ve hasarı; taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anına kadar satıcıya ait olacaktır. Bu düzenleme, mülga 818 Sayılı BK m. 183/1'den farklılık arz etmektedir. Gerçekten de 818 Sayılı BK m. 183/1'de "*Halin icabından veya hususi şartlardan mütevellit istisnaların maadasında, satılan şeyin nefi ve hasarı akdin in'ikadı anından itibaren müşteriye intikal eder.*" şeklindeki düzenleme ile hasar ve yararın, kural olarak "sözleşmenin kurulduğu an"da alıcıya geçeceği öngörülmüştü. Ancak kanun koyucu, "alıcının, henüz maliki bulunmadığı bir malın hasarına katlanmak durumunda bırakılmasının hakkaniyete uygun olmayacağı"¹⁵² gerekçesiyle TBK m. 208/1'de hasar ve yararın geçiş

¹⁵¹ Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, c. I/1, Ankara 1988, s. 106 vd.; Turgut Akıntürk, Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara 1966, s. 24-25.

¹⁵² Maddenin gerekçesi aynen şu şekildedir: "(...) 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 183'üncü maddesinin birinci fıkrasında, parça borçlarında yarar ve hasarın, kural olarak sözleşmenin kurulduğu anda alıcıya geçtiği kabul edilmektedir. Türk-İsviçre Borçlar Kanunu'nda, satılanın mülkiyetinin, borçlandırıci işlem niteliğindeki satış sözleşmesinin kurulduğu anda değil, tasarruf işlemi niteliğindeki zilyetliğin devri veya tescil işleminin gerçekleştiği anda alıcıya geçtiği hâlde, onun, henüz malik olmadığı bir malın hasarına katlanmak ve bedeli ödemek zorunda bırakılması, hakkaniyete aykırı görülerek, öğretilde haklı olarak eleştirilmektedir. Uluslararası taşınır malların satışına ilişkin sözleşmelere uygulanacak kurallarda da hasarın teslim anında alıcıya geçmesi kabul edilmiş bulunmaktadır. Bu nedenle, Tasarıda 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yapılan düzenlemeden farklı olarak, satış sözleşmesinde hasarın, taşınırlarda zilyetliğin devri, taşınmazlarda ise tescil anına kadar satıcıya ait olduğu, istisnasız bir kural hâline getirilmiştir."

ânını “mülkiyetin devredildiği an” şeklinde değiştirmiştir. İİK m. 111/A-3 uyarınca rızaen satışta malın mülkiyeti icra mahkemesinin kabul kararı ile geçeceğine göre, söz konusu malın hasar ve yararının da icra mahkemesinin kabul kararı ile birlikte alıcıya geçeceğinin kabulü gerekmektedir.

İcra mahkemesinin rızaen satışı onayladığına ilişkin kararının bildirilmesi üzerine icra dairesi, malın alıcıya teslim işlemlerini gerçekleştirecektir. Bu çerçevede icra dairesi tüm hacizleri kaldırarak malı alıcıya teslim edecektir (İİK m. 111-A/3). Rızaen satışa konu malın sicile kayıtlı olması hâlinde icra müdürü, tescil işleminin yapılması amacıyla tescil belgesini ilgili kurum veya kuruluşa mahkeme kararını ekleyerek gönderecektir (Yön m. 14/2). Rızaen satış konusu mal alıcıya teslim edilmedikçe veya teslim hazırlık hâle getirilmedikçe alıcının dosyaya yatırmış olduğu bedel alacaklılara ödenmeyecektir (Yön m. 14/4). Rızaen satışın konusunu bir taşınmaz malın teşkil etmesi durumunda, taşınmazdaki üçüncü kişi, İİK m. 135 çerçevesinde taşınmazdan tahliye edilebilecektir.

İİK m. 111/A-4’de bu madde uyarınca yapılacak satışlar hakkında niteliğine uygun düştüğü ölçüde bu Kanunun diğer hükümleri uygulanacağına öngörülmesi karşısında, rızaen satışa karşı ihalenin feshi yoluna başvurulup başvurulamayacağı önemli bir sorun teşkil edecektir. Doktrinde, ihalenin feshine ilişkin düzenlemelerin rızaen satışın niteliği ile bağdaşmayacağı kabul edilmektedir.¹⁵³ Bu noktada doktrinde bir görüş, pazarlık suretiyle satış ile rızaen satış arasında benzerlik kurmak suretiyle, rızaen satış hakkında şikâyet yoluna başvurulabileceğini ileri sürmektedir.¹⁵⁴ Biz de İİK m. 134’de yer alan ihalenin feshinin, gerek sebepler gerek de yargılama özellikleri bakımından açık artırma suretiyle göz önünde bulundurularak düzenlendiğini, bu nedenle de ihalenin feshi kurumunun rızaen satışın niteliği ile bağdaşmayacağı kanaatindeyiz. Bize göre, bu noktada rızaen satış ile pazarlık suretiyle satış arasında benzerlik kurulması da

¹⁵³ Pekcanitez, s. 840; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 233; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 291; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 242; Kale, Lexpera blog (<https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/>); Aşık/Saraç/Tok/Oruç, s. 251; Yazıcı, s. 1140.

¹⁵⁴ Kale, Lexpera blog (<https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/>).

doğru değildir. Çünkü pazarlık suretiyle satış, sonuç olarak bir icra organı işlemi olup, buna karşı şikâyet yoluna başvurulmasının kabulü doğaldır.¹⁵⁵ Bununla birlikte rızaen satış, icra mahkemesinin kararı ile tamamlanmaktadır. Dolayısıyla rızaen satışta ağırlık merkezi icra mahkemesinin kararı olup; bu nedenle de kanun koyucu, mülkiyetin icra mahkemesinin kararı ile alıcıya geçeceğini kararlaştırmıştır (İİK m. 111/A-3). Hâl böyle olunca bize göre, rızaen satışa karşı şikâyet yoluna başvurulması mümkün olamayacaktır.¹⁵⁶ Tüm bunlardan dolayı da yukarıda belirttiğimiz üzere, icra mahkemesinin kararına karşı bir hukukî çareye başvuru imkânının kabul edilmesi bir gerekliliktir.

SONUÇ

Çalışmamızın başında belirttiğimiz gibi, cebrî icra sisteminde paraya çevirme yollarının, cebrî artırmaya göre daha basit, esnek ve taraf iradelerini önceleyen alternatifler ile zenginleştirilmesi düşüncesini son derece isabetli buluyoruz. Bu bağlamda 7343 Sayılı Kanun ile borçluya satış yetkisi verilmesinin düzenlenmesi de kanaatimizce genel olarak olumlu bir adımdır. Bununla birlikte her yeni kurumun olduğu gibi, rızaen satışa ilişkin düzenlemeler de eleştiriye açık yönler barındırmaktadır.

İİK m. 111/A'da rızaen satış, bir cebrî icra satışı olarak düzenlenmiştir. İcra mahkemesinin satışın onaylanmasına karar verecek olması ve bu karar ile birlikte malın mülkiyeti alıcıya geçeceğinin öngörülmesi, rızaen satışın bir cebrî icra satışı karakteri taşıdığını ortaya koymaktadır. Bunun bir sonucu olarak, olan hukuk bakımından, önümüz hakkının rızaen satışta kullanılmayacağı kanaatini taşımaktayız.

Rızaen satış bir cebrî icra satışı olduğu için, kural olarak, buna karşı tasarrufun iptali davası açılmayacaktır. Bununla birlikte Yargıtay kararlarında yer verilen "alacaklıdan mal kaçırma amacına yönelik bir alacak borç ilişkisi tesisi ile takip yapılması" durumunda bu satışa karşı da tasarrufun iptali davası açılması mümkün olabilecektir.

Rızaen satışa ilişkin düzenlemelerin eleştiriye açık ilk yanı, kurumun uygulama alanıdır. Zira İİK m. 150/g'de İİK m. 111/A'ya atıfta

¹⁵⁵ Pazarlık suretiyle satışa karşı şikâyet yoluna başvurulabilecek olması ve bunun hakkında detaylı bilgi için bkz. Özmumcu, s. 173 vd.

¹⁵⁶ Satışın iptali için şikâyet yoluna başvurulamayacağına ilişkin benzer bir görüş için bkz. Durman, s. 960.

bulunulmadığı için, kanaatimizce, rızaen satış rehnin paraya çevrilmesi yolu ile tâkipte uygulama alanı bulamayacaktır. Bu nedenle İİK m. 150/g'de değişiklik yapmak suretiyle kurumun rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takipte de uygulanmasına imkân sağlanmalıdır.

Rızaen satışta borçluya verilecek 15 günlük süre, özellikle taşınmazlar ve değeri oldukça yüksek olan bazı taşınırların satılması için borçluya verilen bu süre oldukça yetersizdir. Bu alternatif yolla çok uzun bir süreden tasarruf edilmesi amaçlandığı için, burada biraz daha uzun sürelere (örneğin en azından bir ay) yer verilmesi veya borçluya verilen sürenin bir defalığına uzatılmasına imkân tanınması kanaatimizce isabetli olurdu.

Rızaen satışın, Fransız Hukuku'ndaki anlaşmalı satıştan en önemli farklarından biri, alacaklılara denetim veya itiraz hakkı tanınmamasıdır. Bu nedenle alacaklılara, prosedür içinde en azından itiraz hakkının tanınması, hukuki dinlenilme hakkının sağlanması bakımından bir gerekliliktir.

Kaynakça

- Akıntürk Turgut, Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara 1966.
- Alparslan Mehmet Emin, İcra Dairelerinin Özerkleştirilmesi: Fransız İcra Görevlisi Modeli, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2018.
- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema/Hanağası Emel, İcra ve İflâs Hukuku, 8. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- Aslan Elif Kısmet, İcra ve İflâs Hukukunda Taşınmaz Malların Açık Artırma Yolu ile Paraya Çevrilmesi, İzmir 2004.
- Aşık İbrahim/Saçar Ömer Faruk/Tok Ozan/Oruç Yakup, İcra ve İflas Hukuku, Seçkin Yayınları, İstanbul 2022.
- Atalı Murat/Ermenek İbrahim/Erdoğan Ersin, İcra ve İflâs Hukuku, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- Boran-Güneysu Nilüfer, İcra Hukukunda Taşınmazların Kıymet Takdiri, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- Casal Nathalie, "Saisie-Vente", JurisClasseur Procédure civile, 2014.
- Coulot Alain, "Saisie Immobilière", JurisClasseur Procédure civile, 2016.
- Coşkun Mahmut, Açıklamalı-İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu, c.4, 7. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2021.
- Crocq Pierre, "La réforme de la saisie immobilière et les actes préparatoires à la vente de l'immeuble", Une Matinée débats de La Lettre des Juristes d'Affaires consacrée à la réforme de la saisie immobilière 25.09.2006 (www.lamyline.fr).

- Daverat Xavier, "Saisie-protection du débiteur", Répertoire de procédure civile, 2019 (www.dalloz.fr).
- Dönmez Murat, İcra ve İflâs Hukukunda Taşınmaz Malların Paraya Çevrilmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- Erdönmez Güray, Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017.
- Fricero Natalie, "Saisie-Vente", Répertoire de procédure civile, 2011 (Güncelleme: Ocak 2023), www.dalloz.fr.
- Erturgut Mine, İcra ve İflâs Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.
- Feyzioğlu Feyzi, "Şu'fa Hakkının Kullanılması Mümkün Olan ve Olmayan Tasarruflar", *İÜHF*, 1953/1-2, s. 222-269.
- Fricero Natalie, "Saisie-Vente", Répertoire de procédure civile, 2011 (Güncelleme: Ocak 2023).
- Görgün Şanal/Börü Levent/Kodakoğlu Mehmet, İcra ve İflâs Hukuku, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- Gürdoğan Burhan, İflas Hukuku Dersleri, 1966.
- Haberlin Walter, "Art. 60a", Commentaire ORFI -Ordonnance du Tribunal Fédéral Du 23 avril 1920 Sur La Réalisation Forcée Des Immeubles-, Basel/Bern 2012.
- Hoonakker Philippe, "Panorama Des Solutions Alternatives", L'Exécution Immobilière En Europe: Entre Tradition Et Modernité, Quelle Saisie Immobilière Pour Demain, Paris 2005.
- Jachiet Nicolas/Champagne Valérie, De Mulleray, Pierre-Alain, Bourquard Joelle, Rostane Christine, Rapport d'enquete sur l'hypothèque et le crédit hypothécaire (<https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/044000625.pdf>).
- Juillet Christophe, "Hypothèque", Répertoire de droit civil, 2019 (Güncelleme: Kasım 2021).
- Kale Serdar, "İcra ve İflas Hukukunda Online Satış", Lexpera blog, (<https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/>).
- Kuru Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Bası, Adalet Yayınları, Ankara 2013 (El Kitabı)
- Kuru Baki, İcra ve İflas Hukuku, c.2, Evrim Dağıtım, Ankara 1988 (İcra ve İflas).
- Leborgne Anne, Droit De L'Exécution: Voies d'Exécution et Procédures De Distribution, 2. Éd., Dalloz, Paris 2014.
- Meriç Nedim, İcra Hukukunda Karşılama Prensibi, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2022.
- Namlı Mert, İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019 (Namlı, Taşınmaz Mallar).
- Namlı Mert, "Roma Hukukunda Cebrî İcra Araçları: Borçlunun Bedenine Yönelen İcra Anlayışından Malvarlığı Üzerinde İcraya Dönüşüm", Prof. Dr. Türkan Rado'nun Anısına Armağan", Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2020, s. 769-798.
- Özmunucu Seda, Cebrî İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.

- Payan Guillaume, *Fiches de procédure civile d'exécution*, Ellipses, 2016.
- Pekcanitez Hakan, "Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi", *GSÜHFD*, 2022/1, s. 819-848.
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Sungurtekin-Özkan Meral/Özekes Muhammet: *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 9. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2022.
- Pensier Frédéric Jérôme, *La Vente Amiable*", D. 2007, s. 246.
- Piédelièvre, Stéphane/Guerchoun, Frédéric, "Saisie-Immobilière", *Répertoire de procédure civile*, 2021(Güncelleme: Şubat 2023).
- Postacıoğlu İlhan E., *İcra Hukuku Esasları*, 4. Bası, İstanbul 1982.
- Sancar Mithat, "Cebri Artırma Yolu ile Satımlarda Önalım Hakkına İlişkin Bir Yargıtay Kararı-II", *YD*, 1987/1-2, s. 72-87.
- Sertkaya Şahabettin/Kul Süleyman, *Tasarrufun İptali Davaları*, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- Tandoğan Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, c. I/1, Ankara 1988.
- Umar Bilge, *Türk İcra-İflâs Hukukunda İptal Davası*, 1963.
- Uyar Talih, "Kesinleşen Bir "İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yolu ile Takipte Takıp Borçlusu, İİK m. 111/A Uyarınca, İcra Dairesinden Kendisine Satış Yetkisi Verilmesini Talep Edebilir Mi?", *İBD*, 2022/2, s. 15-21.
- Uyar Talih, "24.11.2021 Tarihli ve 7343 sayılı "İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yenilikler", *İBD*, 2022/1, s. 15-101.
- Uyar Talih/Uyar Alper/Uyar Cüneyt, *İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları*, 5. Bası, 2018.
- Üstündağ Saim, *İcra Hukukunun Esasları*, 8. Bası, İstanbul 2004.
- Yazıcı Burçin, "İcra ve İflâs Kanunu m. 111/A Uyarınca Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi", *AKDHFD*, 2022/2, s. 1119-1147.
- Yıldırım M. Kâmil, *İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları*, Alfa Yayınları, İstanbul 1995.

ANGLOAMERİKAN VE KITA AVRUPASI HUKUK SİSTEMLERİNDE AŞIRI YARARLANMA: DÜRÜSTLÜK KURALI ÜZERİNDEN BİR BAKIŞ*

LESION (UNCONSCIONABILITY) IN ANGLOAMERICAN AND CONTINENTAL EUROPEAN LEGAL SYSTEMS: A REVIEW THROUGH THE GOOD FAITH PRINCIPLE

M. Eymen KURT**

Barış Can TUNA***

Mert ÇUKADAR****

Özet: Dürüstlük kuralı, aşırı yararlanmayı da kapsayacak şekilde, sözleşme hukukunda adaleti sağlama işlevi için geliştirilmiş birçok kurumu içinde barındıran, Roma'dan günümüze kadar ulaşılmış genel bir ilkedir. Ancak Kıta Avrupası ve Angloamerikan hukuklarında dürüstlük kuralını farklı şekillerde düzenlenmiştir. Bu çalışmada, dürüstlük kuralının gelişimine değinildikten sonra kuralın iki hukuk sisteminde gelişimi ayrı ayrı ele alınmıştır. Ardından dürüstlük kuralı kaynaklı aşırı yararlanma kurumu aynı metotta çalışılmış ve son olarak mahkeme kararları ile karşılaştırmalı olarak aşırı yararlanma ve geniş kapsamda dürüstlük kuralı değerlendirilmiştir. Bu makale, iki sistemdeki dürüstlük kuralı ve ondan doğan aşırı yararlanmayı karşılaştırmalı olarak inceleyerek bu alanda hayli eksik olan Türkçe bilimsel kaynaklardaki açığı kapatmayı hedeflemektedir. Makalemiz ayrıca iki sistemdeki kuralların ekonomik hayata nasıl etki yaptığına da değinecektir.

Anahtar Kelimeler: Dürüstlük Kuralı, Aşırı Yararlanma, Angloamerikan Hukuku, Karşılaştırmalı Hukuk, Sözleşme Hukuku

Abstract: The rule of good faith is a general principle deriving from Roman Law, which includes many institutions developed to provide fairness in contract law, including unconscionability and lesion. However, the principle of good faith is regulated differently in Civil Law and Anglo-American Laws. In this article, after mentioning

* Bu makale, 2022 ELSA İzmir Prof. Dr. Serkan Odaman II. Makale Yarışması'nda ikinci olmuştur.

** Lisans Öğrencisi, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, kurt.m.eymen@gmail.com, ORCID: 0009-0001-8745-7502

*** Lisans Öğrencisi, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, bariscantuna@gmail.com, ORCID: 0009-0000-9258-2949

**** Lisans Öğrencisi, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, mert.cukadar@ug.bilkent.edu.tr, ORCID: 0009-0007-2954-9012, Makalenin Gönderim Tarihi: 25.04.2023 Kabul Tarihi: 22.08.2023

the development of the rule of good faith, the application of the rule in the two legal systems is comparatively analyzed. Then, institutions of unconscionability and lesion originating from the rule of good faith are studied in the same method. Finally, these two similar concepts and the rule of good faith are evaluated in comparison with court decisions. This article aims to close the gap in Turkish scientific resources, which are quite lacking in this field, using a comparative approach to good faith, lesion and unconscionability on two different systems. Our article also mentions about how these rules in the two systems affect the economic life.

Keywords: Good faith, Unconscionability, Anglo-American Law, Comparative Law, Contract Law

GİRİŞ - DÜRÜSTLÜK KURALI VE ETKİLERİ

Dürüstlük kuralı, modern hukuk sistemlerinin birçoğunda karşımıza çıkan, hukuki ilişkinin taraflarına objektif bir davranış yükümlülüğü yükleyen genel bir prensiptir. Ancak, dürüstlük kuralının geniş odağı ve Angloamerikan ve Kıta Avrupası sistemlerinde farklı anlaşılması nedeniyle dürüstlük kuralı için evrensel kapsamda kesin sınırlarla bir tanım yapılmaktan kaçınılmaktadır.¹

Dürüstlük kuralı, Roma döneminde *Ius Civile*'deki boşlukları dolduran ve kanunları günün şartlarına uyarlayan *Ius Praetorium*'larla doğmuştur. Bu noktada, günümüzde dürüstlük kuralının daha adil kararların ortaya çıkmasını sağlamak açısından sürdürdüğü işlevin, kuralın Roma hukukunda ilk ortaya çıktığı dönemle paralel olduğu söylenebilir.² Kıta Avrupası hukukunda dürüstlük kuralı, genel görüşe göre bir kimseden, namuslu, dürüst ve makul bir insan olarak beklenen davranışı ifade eder. Bir davranışın bu nitelikte olup olmadığı toplumda egemen olan ölçütlere göre belirlenir. Dürüstlük kuralının etkisi sadece Kıta Avrupası ile de sınırlı kalmamıştır. Başta İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD) olmak üzere Angloamerikan sisteminde de dürüstlük kuralına başvurulur. Bu sistemlerdeki dürüstlük kuralının içeriği de genel olarak Kıta Avrupası ile paraleldir. Ancak en önemli nokta kuralın bağlayıcılığında ortaya çıkar zira, İngiltere'de dürüstlük kuralı tarafların iradesine bağlıyken, ABD'de dürüstlük kuralı emredicidir.³

¹ Daniele Bertolini, "Toward a Framework to Define the Outer Boundaries of Good Faith in Contractual Performance", *Alberta Law Review*, C. 58, S. 3, s. 573-620.

² Talya Şans Uçaryılmaz, *Bona Fides (Dürüstlük Kuralı)*, İstanbul, Yetkin Kitapevi, 2019, s. 108-110

³ Alisyair Calvert/Jameela Bond/Madelana M. Houlihan, "Good Faith in English

Dürüstlük kuralı, doğması muhtemel pek çok ihtiyaca cevap verdiğinden modern hukukta salt kendi varlığıyla kalmayıp birçok kurumu da ortaya çıkarmıştır: Bunlardan bazıları çelişkili davranma yasağı, ifa güçsüzlüğü, culpa in contrahendo, iyiniyetin korunması ve aşırı yararlanmadır.

Aşırı yararlanma, sözleşme görüşmelerinde tarafların arasındaki güç dengesizliğinden doğabilecek olan sakıncaları gidermekte, böylece adil olmayan bir sözleşmeye karşı sömürülen tarafa birtakım imkanlar sağlamaktadır. Esasında aşırı yararlanma, güç dengesizliğine dayanarak dürüst olmayan bir şekilde sözleşmeyi düzenleyen tarafın fırsatçılığına karşı oluşturulmuş bir kurumdur ve bu sebeple varlığını dürüstlük kuralından almaktadır. Genel olarak Kıta Avrupası'nda doğmuş ve gelişmiş olmakla beraber aşırı yararlanma, tam olarak aynı olmasa da çok benzer unsurlarla Angloamerikan hukukunda da ortaya çıkmıştır. Aşırı yararlanma konusunda Kıta Avrupası hukuk sisteminde yer alan ülkeler arasında da ortak kurallar bulunmamaktadır. Hatta aşağıda inceleneceği üzere kimi zaman ciddi farklılıklar da bulunmaktadır.

Keza Aşırı yararlanma konusunda Angloamerikan hukuk sistemiyle Kıta Avrupası hukuk sisteminin arasındaki farklılıklar, Kıta Avrupası içindeki farklılıklardan fazla değildir.

I. KİTA AVRUPASI VE ANGLOAMERİKAN HUKUKUNDA DÜRÜSTLÜK KURALI UYGULAMASININ ÖRNEKLERİ

1. Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde Dürüstlük Kuralı

Kıta Avrupası hukuk sisteminde dürüstlük kuralı, genellikle yazılı bir şekilde çerçeve hüküm olarak düzenlenir. Kaynağını işbu ilkeden alan kurumlar ise genellikle kendilerine özel maddelerde de yer bulabilmektedir. Uygulama ise içtihatlar çerçevesinde şekillenmiştir. Her ne kadar Kıta Avrupa ülkelerindeki dürüstlük kuralları aynı gözüğe de karşılaştırmalı olarak bazı farklılıklara sahiptirler.⁴

Contract Law", *The National Law Review*, 2022, C.12, S.60. <https://www.natlaw-review.com/article/good-faith-english-contract-law> ; Daniel Markovits, Good Faith as Contract's Core Value, in Gregory Klass/George Letsas/Prince Saprai (der.), *Philosophical Foundations of Contract Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, s. 272-294.

⁴ Saul Litvinoff, "Good Faith", *Tulane Law Review*, 1997, C. 71, S. 6, s. 1645-1674.

Alman Medeni Kanun'u, paragraf 242'ye göre de borçlu edimini, alışveriş yaşamındaki esasların gerektirdiği dürüstlük kurallarına göre ifa etmekle yükümlüdür. Ayrıca Alman hukuku doğruluk ve güven ilkelerinden de yola çıkmaktadır. Paragraf 157 sözleşmelerin yorumunun dürüstlük kuralına uygun biçimde yapılacağını öngörmüştür. Buna göre borçlu, ifasını karşı tarafın güvendiği şekilde, alışveriş yaşamındaki esaslarla uyum içinde yerine getirmek zorundadır.⁵ Görüldüğü üzere, dürüstlük kuralı, Alman Hukukunda ucu açık bir şekilde düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin amacının, hukuku ilerideki, öngörülemez olan değişik durumlara da uygulanabilir kılmak olduğu söylenebilir. Bununla bağlantılı olarak, Alman yargısının, paragraf 242 ile kendisine tanınan boşluk doldurma yetkisini toplumda gözle görülebilen değişiklikler ile sınırlaması gerektiği doktrince kabul edilmiştir. Sonuç olarak, Alman hukuku bakımından dürüstlük kuralı, kanunda düzenlenmemiş belirli durumlara yasal dayanak yaratma amacını güder ve bu amacını gerçekleştirmek için aslında hukuka bir bütün olarak sirayet eder.⁶ Ek olarak, Alman hukukunda dürüstlük kuralına aykırı sözleşme maddeleri hükümsüzlük yaptırımı ile karşı karşıyadır. Ayrıca, dürüstlük kuralının farklı bir görünümü olan "hakkın kötüye kullanılması" yasağı ise Alman hukukunda "Bir hakkın kullanılması yalnızca bir başkasına zarar vermek amacını güdüyorsa yasaktır." şeklinde düzenlenmiştir.⁷

Fransız Medeni Kanunu, 2016 yılında dürüstlük kuralına dair önemli değişiklikler geçirmiştir. Mevcut haline göre, taraflar; müzakereler, anlaşma ve sözleşmenin icrası sırasında dürüstlük kuralına uygun davranmalıdır.⁸ 1104. maddeye göre sözleşmeler dürüstlük kuralı içinde müzakere edilmeli, şekillenmeli ve ifa edilmelidirler. 1112. maddeye göre ise taraflar bir sözleşme görüşmesi başlatmakta, devam ettirmekte ve sona erdirmekte herhangi bir kontrolden bağımsız olarak serbesttir, yine de dürüstlük kuralının gerekliliklerini yerine getirmek zorunda-

⁵ Litvinoff, s. 1649-1650.

⁶ K. Bork/M. Wandt, "Utmost good faith in German contract law". *ZVersWiss*, 2020, S. 109, s. 243-254.

⁷ Nami Barlas, "Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenlenme Tarzı ve Eleştirisi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1997, C. 55, S. 3, 191-208.

⁸ Sadece sözleşmenin icra edilmesi sürecini kapsayan eski düzenleme, sözleşme öncesini de kapsayacak şekilde yenilenmiştir.

dırlar. Bu gerekliliklerden biri de kanuna göre “belirleyici bilgilendirmelerdir” (decisive information).⁹ Gündelik hayatta, taraflar arası bilgi eşitsizliği kaçınılmaz bir olgudur ve hile, aşırı yararlanma gibi dürüstlük kuralı kaynaklı kurumlara yol açabilmektedir. Bu tür kurumların henüz devreye girmeden ortaya çıkmasının engellemesi bakımından söz konusu madde kanımızca gayet yerinde bir düzenlemedir.

Hollanda hukukunda dürüstlük kuralına farklı bir perspektifinden bakılmaktadır. Hollanda Medeni Kanunu'nun 6. maddesine göre kişiler, Kıta Avrupası'ndaki diğer çoğu ülkenin aksine, karşı tarafın menfaatleri ve beklentilerine göre değil, ancak mantık ve eşitliğin gerekliliklerine göre davranmak zorundadırlar.¹⁰ Her ne kadar dayanak noktaları farklı olsa da mantık ve eşitliğe göre dürüstlük kuralını yorumlamak pratikte pek bir fark yaratmayacağı için buradaki tanım farklılığı bir önem arz etmez. Çünkü sözleşmenin karşı tarafı diğer tarafla eşit olduğunu haklı olarak varsayar ve menfaatlerini mantık ilkeleri çerçevesinde belirler, diğer taraf da eşitlik ve mantık ilkelerine uyduğu vakit zaten karşı tarafın menfaat ve beklentilerini karşılamış olur.

İktisap edilmiş olması nedeniyle Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarını beraber inceleme konusu yapmak yerinde bir uygulama olacaktır: Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarının 2. maddesinde dürüstlük kuralı için genel bir norm düzenlenmiştir. Bu maddenin, diğer kanun maddelerinin nasıl uygulanacağını belirleyen, maddelerin yorumlanmasında yol gösteren ve kişilere ödevler yükleyen genel bir norm olduğu kabul edilmektedir.¹¹ Buna göre, taraflar “haklarını kullanırken ve yükümlülüklerini yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır, ayrıca bir hakkın açıkça kötüye kullanılması hukuk düzeni tarafından korunmaz” (TMK/ZGB 2).¹²

Bununla birlikte, Avrupa Kıtasını genel olarak değerlendirebilmek adına dürüstlük kuralını Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (PECL)

⁹ Madde 1112-1'e göre eğer bir bilgi sözleşmenin içeriğiyle veya tarafların statüsüyle ilgili doğrudan ve zorunlu bir ilişkisi içerisinde ise o bir belirleyici bilgidir ve bilen taraf bilmeyen tarafı bu konuda bilgilendirmek zorundadır.

¹⁰ Litvinoff, s. 1651-59.

¹¹ Uçaryılmaz, s. 49-50

¹² Farklı olarak bu kanun, kişileri yükümlülüklerinin yanısıra haklarını da kullanırken dürüstlük kuralına uymalarını şart koşmuştur. Ancak diğer ülkelerin kanunlarının da en azından zımni olarak hakların kullanımını da kapsadığı söylenebilir.

kapsamında değerlendirmek gerekmektedir.¹³ PECL'in içeriğinde dürüstlük kuralı da yer almaktadır. Buna göre bu kavramın maksadı, toplumsal hoşgörü, adalet ve makullük prensiplerini ekonomik hayata entegre edebilmektir. PECL 1201. madde gereğince dürüstlük kuralı bağlayıcıdır. Yani, "dürüst iş yapma" sadece hukukun genel ilkelerini yorumlamak bakımından bir araç değil; bizzat pozitif bir varlığı olan, sözleşme hukukunun özü niteliğinde evrensel bir ilkedir. Bu bakımdan dürüstlük kuralının, diğer ilkelere nazaran bir üstünlüğünün bulunduğu ve hakkaniyete aykırı durumlarda diğer ilkelerin uygulanabilmesini engelleyebildiği kabul edilir.¹⁴

Japon Hukuku her ne kadar ne Angloamerikan ne de Kıta Avrupası hukuku temelli kabul edilse de Japon Medeni Kanunu, Kıta Avrupası'ndan iktibas edildiği için bu kanunda dürüstlük kuralının yerini inceleyip karşılaştırma yapmak yerinde olacaktır.

İkinci Dünya Savaşı sonrası yapılan düzenlemelerde Japon Medeni Kanunu'nun birinci maddesine ikinci fıkra olarak "hakların kullanılması ve borçların yerine getirilmesinin dürüstlük kuralına uygun şekilde yapılacağı" eklenmiştir. Bir sonraki fıkrada da hakkın kötüye kullanılması yasağından bahsedilerek Türk-İsviçre Medeni Kanunu ile oldukça paralel düzenleme yapılmıştır. Dürüstlük kuralına bir bütün olarak, çerçeve şeklinde yer verilmiştir. Keza bu yüzden, Japon yargısı kanunda yer almayan ilkeleri yorumlarken dürüstlük kuralından hareket etmektedir.¹⁵ Özetle şu söylenebilir ki Japon Medeni Hukuku dürüstlük kuralı bakımından Kıta Avrupası ve özellikle Türk-İsviçre uygulaması ile paralel bir düzenlemeye sahiptir.¹⁶

¹³ Ole Lando İlkeleri olarak da bilinen PECL esas olarak Avrupa Birliği üyesi ülkeler arası ortak bir sözleşme hukuku yaratmayı amaçlamaktadır ve ulusal sözleşmelere de uygulanabildiği için iç hukukları da etkilemektedir.

¹⁴ Uçaryılmaz, s. 532

¹⁵ Hatta, 1984 tarihli bir olayda bir diş hekimi, bir daireyi muayenehane amaçlı satın almak amacıyla olduğunu bildirmiş ve bunun üzerine emlak komisyoncusu müzakereler sırasında bu daireyi muayenehane şeklinde dizayn ettirmiştir. Ancak diş hekimi sonradan bu daireyi almaktan vazgeçmiştir. Japon Temyiz Mahkemesi bu olayda, diş hekiminin sözleşme müzakerelerindeki sorumluluğuna (Culpa in Contrahendo) giderek onu masraflardan sorumlu tutmuş ve bunu Japon Medeni Kanunu 1. maddesinin ilk fıkrasında kendine yer bulan dürüstlük kuralına dayandırmıştır. (Kılınç, 2019)

¹⁶ Ayşe Nur Kılınç, "Japon Sözleşme Hukukunun Temel İlkeleri ve Japon Medeni Kanunundaki Güncel Gelişmelere Genel Bir Bakış", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C. 14, S. 2, 457-492.

Son olarak, ülke bazlı incelemenin ardından, Kıta Avrupası'nda dürüstlük kuralının yerini özel hukuk ve kamu hukuku olarak incelemek verimli olacaktır. Öncelikle, bütün kıtada dürüstlük kuralı, tanım olarak kendine ülkelerin Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku Kanunlarında yer bulmuştur. Bununla bağlantılı olarak, özel hukuka dair pek çok alt başlıkta kanun koyucu dürüstlük kuralının uygulanacağını özel olarak vurgulamıştır, doktrinde bu durumun dürüstlük kuralının özel hukuk ilişkisindeki önemine dikkat çekmek amaçlı olduğunu düşünenler vardır. Ancak bu demek değildir ki dürüstlük kuralı sadece özel hukuk ilişkilerine uygulanabilir.¹⁷

Kamu hukuku düzenlemelerinde dürüstlük kuralına doğrudan bir atıf yapılmamakla birlikte, kamu hukukunda da kaynağını dürüstlük kuralından ve hakkın kötüye kullanılması yasağından alan kurumlar mevcuttur. Anayasalarda kendine yer bulan temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağı bunun en belirgin örneklerinden biridir. Örneğin, ülkemizin 1982 tarihli Anayasası'nın 14. maddesine göre "Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz".

2. Anglo-Amerikan Hukukunda Dürüstlük Kuralı

Dürüstlük kuralı, yerleşik uygulamasını Kıta Avrupası hukuk sisteminde bulsa da Angloamerikan ülkelerinde de özellikle sözleşme hukuku alanında uygulama bulmaktadır. Common Law'da genel olarak kabul görmüş bir "dürüstlük kuralı tanımı" bulunmamakla beraber, kullanılan değişik tanımlar büyük oranda Civil Law'da dürüstlük kuralın yüklenen misyonla paraleldir.

Dürüstlük kuralının uygulanmasında diğer Common Law ülkelerine göre daha "tedbirli" hareket eden İngiltere'de dürüstlük kuralı; genel olarak "adil müzakere", "karşı tarafa açık olma" ve "sözleşmenin diğer tarafını da ilgilendiren bilgileri ondan gizlememe" gibi

¹⁷ Recep Çakrak, "Kamu Hukuku ve Özel Hukuk Açısından Dürüstlük Kuralı ve Uygulama Alanı", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, C. 2, S. 2, 47-76.

kavramlarla açıklanır.¹⁸ 2007 yılındaki bir davada ise hâkimin yaptığı dürüstlük kuralı tanımı oldukça önemlidir, buna göre dürüstlük kuralı “sözleşme taraflarının her türlü eylemlerinde makul ve adil ticari teamüllere uyma yükümlülüğü, sözleşmede kararlaştırılan sonucun başarıya ulaşmasına sadakat ve karşı tarafın haklı beklentileri ile tutarlı davranışlarda bulunmaktır”.¹⁹

İngiliz Hukuku, kişilere genel olarak dürüstlük kuralına uyma yükümlülüğü yüklememektedir.²⁰ Ancak bu durumun istisnaları üç şekilde ortaya çıkabilir: Bunlardan ilki, sözleşme maddelerinin taraflara dürüstlük kuralına uymak zorunda olduklarını açıkça ifade etmesidir. İkincisi durum ise; sözleşme maddelerinden edinilen fikre göre tarafların iradelerinin yorumu sonucu, sözleşme taraflarının örtülü olarak birbirlerine dürüstlük kuralına uyma yükümlülüğü yüklemeleridir. Üçüncü ve son istisna ise kurulan sözleşmenin türünden dolayı somut olayda örtülü bir dürüstlük kuralı yükümlülüğünün ortaya çıktığının kabul edilmesidir.²¹ Her ne kadar son yıllarda taraflar sözleşmelerine dürüstlük kuralı şartı koymaya başlamışlarsa da bu durum halen bir istisna olduğundan mahkemelerin örtülü dürüstlük kuralı şartını nasıl değerlendirecekleri ciddi bir önem arz etmektedir.

İçtihatlarla göre mahkemenin örtülü dürüstlük kuralı şartının bulunduğu hükmedebilmesi için dört kümülatif şartın gerçekleşmesi gerekir. Bunlar; dürüstlük kuralı şartının sözleşmenin geri kalanıyla çelişmemesi, sözleşmeye ticari işlerlik kazandırmanın gerekli olması, dürüstlük kuralına yönelik örtülü bir iradenin varlığı ve bu iradenin varlığından açık ve net şekilde bahsedilebilmesidir.²² İngiliz Yüksek Mahkemesi ise daha güncel bir kararında örtülü olarak kurulan dürüstlük kuralının mahkemelerce nasıl tespit edileceğini netleştirmiştir. Bu karara göre mahkemeler dürüstlük kuralını belirlerken sözleş-

¹⁸ Sana Mahmud, Is there a general principle of good faith under English law? , https://www.fenwickelliott.com/research-insight/annual-review/2016/principle-good-faith-english-law#footnote1_6bbb69, 6 Haziran 2022.;Helin Men-teşe, Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde “Dürüstlük İlkesi” , <http://helinmentese.com/anglo-sakson-hukuk-sisteminde-durustluk-ilkesi/> , 6 Haziran 2022.

¹⁹ Berkeley Community Villages Ltd and another v Pullen and others 2007 EWHC 1330

²⁰ Calvert/Bond/Houlihan

²¹ Ibid.

²² BP Refinery (Westernport) Pty Ltd v Shire of Hastings (1977) 52 ALJR 20

menin kurulduğu tarihte sözleşme tarafı olabilecek makul bir kişinin hareketlerini esas almalı; yalnızca daha adil olacağını düşünerek dürüstlük kuralına başvurulmamalı ve dürüstlük kuralı üstünde tarafların örtülü şekilde anlaştığı, yalnızca bu kuralın yokluğunda sözleşmenin ticari ve pratik tutarlılıktan yoksun kalacağına kanaat getirildiği durumlarda uygulanmalıdır.²³ Sonuç olarak, İngiliz Hukukunda dürüstlük kuralı büyük oranda tarafların bu kural lehine açık irade göstermelerine bağlıdır ve tarafların bu yönde örtülü iradeleri olduğunun kabul edilebilmesi ciddi şartlarla daraltılmıştır.

ABD’de ise tablo dürüstlük kuralı lehine İngiltere’den çok daha farklıdır. Zira, küçük değişikliklerle tüm eyaletlerde kabul edilen Uniform Commercial Code (UCC) Madde 2-203 kişilerin sözleşmelerin ifasında veya diğer sorumlulukların yerine getirilmesinde dürüstlük kuralına uymalarını emretmektedir. Bu madde sonucunda ABD’de dürüstlük kuralı, istisnai bir kural olmaktan çıkmakta, bir kanun maddesi ile emredici bir kural haline gelmektedir. Buna ek olarak UCC’nin 1-201. ve 2-103. maddeleri dürüstlük kuralını “adil ticarete ilişkin ilkelerin gözetilmesi olarak tanımlarken; içtihat ve doktrinel görüşlerin birleşiminden oluşan, mahkemelerin sıklıkla başvurduğu bilimsel bir çalışma olan Restatement ise toplumsal nezaket, adillik ve makullük standartlarını aşan davranışları kötü niyetli olarak niteler.²⁴ Ayrıca, doktrin ve içtihatla dürüstlük kuralının amacının tarafların “makul beklentilerini” korumak olduğu belirtilmiştir.²⁵

ABD’de dürüstlük kuralını emredici bir kural haline getiren kaygılar Kıta Avrupası’ndakiyle de benzerlik göstermektedir. Yapılan değerlendirmelere göre dürüstlük kuralının ortaya çıkmasının nedeni sözleşmelerin ve kanunların ileride çıkabilecek her uyuşmazlığa değinmesinin imkânsız olmasıdır. Böyle bir durumda sözleşmedeki ayrıntılı bir planlama verimsiz kalabileceğinden taraflar dürüstlük

²³ Marks and Spencer plc v BNP Paribas Securities Services Trust Company (Jersey) Limited [2015] UKSC 72

²⁴ Markovits, s. 273-274.

²⁵ Steven J. Burton, “Breach of Contract and Common Law Duty to Perform in Good Faith”, *Harvard Law Review*, Cambridge-Massachusetts 1980, C.94, S.2, s. 369-404.; Sessions, Inc. v. Morton, 49i F.2d 854, 857 (gth Cir. 1974); Ryder Truck Rental, Inc. v. Central Packing Co., 34i F.2d 321, 323-24 (ioth Cir. i965); Perkins v. Standard Oil Co., 235 Or. 7, 15-17, 383 P.2d 107, III-12 (i963)

kuralına dayanmaya ihtiyaç duyar.²⁶ Dürüstlük kuralına aykırı halleri detaylandıran UCC 1-205. maddesine bakıldığında “kötü niyetli davranış” anlayışının sözleşme görüşmeleri, sözleşme hükümleri ve kişinin kendini daha avantajlı bir hale getirmesi için sözleşme hükümlerinin dolanılması durumları üzerine yoğunlaştığı görülebilir. Bu durumlar doktrinde verilen; sözleşme için öne sürülen şartların karşı tarafça gerçekleştirilmesine rağmen sözleşmeden kaçınma, borç konusu şeyin niteliklerinin alıcı ya da satıcı tarafından karşı taraftan gizlenmesi suretiyle daha avantajlı bir fiyat elde etmeye çalışma, çalışana satış primi ödememek için sözleşmeden doğan sözleşmeyi sonlandırma hakkını kullanma, karşı taraf borcunu düzgün şekilde ifa etmesine rağmen kişinin kendi borcunun ifasından kaçınmak için sonuçtan memnun kalmamış gibi davranması gibi örneklerle somutlaştırılabilir.²⁷ Yine aynı bölüm, bir başka oldukça önemli bir değerlendirmeye adeta *Civil Law*’daki aşırı yararlanma kurumunu işaret eder. UCC 1-205’e göre dürüstlük kuralını bozan en önemli hallerden biri de karşı tarafın zayıflıklarından yararlanarak veya sözleşmeye anlamı belirsiz maddeler konarak sözleşmenin manipüle edilmesi veya karşı tarafın ifasının güçleştirilmesiyle kişinin kendi kazancını arttırmaya çalışmasıdır.²⁸ Ancak, edimler arasındaki aşırı oransızlığın her zaman dürüstlük kuralına aykırı görülemeyeceği, böyle bir durumu dürüstlük kuralına aykırı yapan karşı tarafın zayıflığından yararlanarak veya sözleşme hükümlerini dolanarak ortaya çıkarmak olacağıının doktrinde önemle altı çizilmiştir.²⁹

Genel olarak ABD hukukunda dürüstlük kuralının amacı, sözleşme görüşmesi veya sözleşmesel ilişki içindeki taraflar arasında bir güven ortamı oluşturarak tarafların borçlarını karşılıklı yardım içerisinde ifa etmelerini sağlamak, bunun sonucunda her iki taraf için de verimli bir sözleşme kurmak ve tarafların doğrudan edimleri içerisinde olmayan ama söz konusu sözleşmenin karakteri gereği birbirlerin-

²⁶ E. Allen Farnsworth, “Disputes over Omission in Contracts”, *Columbia Law Review*, New York 1968, C.68, S.5, s. 860-891. ; Burton, s. 371.

²⁷ Robert M. Summers, The Conceptualization of Good Faith in American Contract Law, in Robert M. Summers/William G. McRoberts/Arthur L. Goodhart (der), *Essays in Legal Theory - Law and Philosophy Library* vo. 46, E-book, Springer-Dordrecht, 2000, s. 299-320.

²⁸ Markovits, s. 273-274.

²⁹ Markovits, s. 275.

den makul seviyede bekleyebilecekleri sorumlulukları garanti altına almak olduğu söylenebilir.³⁰ Sonuç olarak, ABD Hukukunda dürüstlük kuralı İngiltere'dekinin aksine istisnai değil emredici bir kuraldır, başta tarafların birbirlerine karşı fırsatçı davranışlarını engellemeye ve tarafların borçlarının ifası için birbirlerinden bekledikleri makul güveni korumaya hizmet eder. Bu açıdan bakıldığında, Amerikan kanun koyucusunu dürüstlük kuralına bu kadar kapsamlı ve aynı zamanda emredici olarak düzenlemeye iten kaygıların, Kıta Avrupası'ndaki kanun koyucularla oldukça benzediği söylenebilir. Zira, her iki tarafta da kuralın etkileri tamamıyla aynı olmasa da özellikle sözleşme hukukunda benzer şekilde ortaya çıkmaktadır.

II. AŞIRI YARARLANMA VE DÜRÜSTLÜK KURALI

1. Aşırı Yararlanma Hakkında Genel Bilgiler

Hem Kıta Avrupası hem Angloamerikan hukuk sisteminde, bugün sözleşme özgürlüğü ilkesi çok mühim bir yere sahiptir. Sözleşme özgürlüğünün içeriği ve tanımı bakımından öğretide çeşitli tartışmalar olsa da bu kavram genel olarak iki unsur içinde barındırır. Bu unsurların ilki sözleşmeler yapabilme, ikincisi ise sözleşmelerin devlet tarafından icra edilebilmesidir.³¹ İlk unsur, ayrıca sözleşmeyi yapıp yapmamayı ve sözleşmenin içeriğini özgürce belirlemeyi içinde barındırır.³² Sözleşme özgürlüğü ilkesi bağlamında şekil ve içerik serbestisi kural, sınırlamalar ise istisnadır.

Aşırı yararlanma, sözleşmede içerik özgürlüğünü sınırlayan bir kurum olarak karşımıza çıkar. Taraflardan birinin zayıf olduğu durumlarda zayıfın sömürülmesiyle beraber edimler arasında oransızlık bulunan sözleşmeler kurulabilir.³³ İşte aşırı yararlanma kurumunun fonksiyonu sömürülen kişiyi korumaktır. Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere aşırı yararlanma kurumunun uygulanabilmesi için en

³⁰ Markovits, s. 276; Burton, s. 371 & 373 & 378.

³¹ Mark Pettit Jr., "Freedom, Freedom of Contract, and the Rise and Fall" *Boston University Law Review*, Boston 1999, C. 76, S. 2, s. 263-354.

³² Lale Sirmen., "Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku" Cahit Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara, Ankara Üniversitesi, 1972, s. 446.

³³ Necip Kocayusufoğlu, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, Filiz Kitabevi, Yedinci Baskı, 2017, s. 480-481.

azından objektif olarak algılanabilecek bir oransızlığın bulunması gerekir. Fakat oransızlık şartı haricinde aşırı yararlanma kurumu için farklı hukuk sistemlerinde farklı düzenlemelere gidilmiştir. Örneğin, Quebec Medeni Kanunu'nda aşırı yararlanma hükümlerinin ancak kanunun belirttiği hallerde uygulanacağı düzenlenmiştir. Aşırı yararlanma kurumuna sınırlı yaklaşım, Louisiana ve Fransız hukukunda da mevcuttur.³⁴ Bu yaklaşıma karşılık İsviçre, Almanya ve Türkiye hukuk sistemlerinde genel aşırı yararlanma hükümleri mevcuttur. Diğer taraftan, İngiliz Hukuku için aşırı yararlanmanın Angloamerikan versiyonu olarak görülebilecek "ölçsüzlük" için böyle bir genel yazılı düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Amerikan hukukunda da Kıta Avrupası hukuku sistemi tercih edilmiş ve aşırı yararlanmanın olduğu durumlarda UCC madde 2'deki "unconsciability" hükmüne gidilebilmektedir.

Aşırı yararlanmanın koşulları açısından da hukuk sistemleri arasında birlik bulunmamaktadır. Son İmparatorluk dönemi Roma'da, Avusturya'da ve Fransa'da aşırı yararlanmanın uygulanabilmesi için sadece edimler arasında nispetsizlik aranırken; Amerika, İsviçre, Almanya, Türkiye'deki düzenlemelerde ayrıca sömürülenin zayıf durumu ve yararlananda sömürme kastı aşırı yararlanmanın unsuru olarak karşımıza çıkar.³⁵

Aşırı yararlanma kurumunun hukuki mahiyeti hakkında da görüş ayrılıkları vardır. Bir görüş, aşırı yararlanmanın bir kamu politikası aracı olduğunu, kamu düzenine aykırı sözleşmelerin böylece engellenerek toplumun çıkarlarının korunacağını iddia etmektedir.³⁶ Ayrıca aşırı yararlanma kurumunu ahlaki kaygılara göre açıklayan görüşler de mevcuttur.³⁷ Aşırı yararlanmanın bir irade bozukluğu olup olmadığı da doktrinde tartışmalıdır. Türk Borçlar Kanunu'nun sınıflandır-

³⁴ Kerianne Wilson, "Alive and Kicking - The Story of Lesion and the Civil Code of Québec" *Les Cahiers de droit*, Québec 2010, C. 51, S. 2, s. 446-465.

³⁵ Erkan Küçükgüngör ve Haluk Emiroğlu, "Roma Hukukunda ve Bazı Çağdaş Hukuk Düzenlerinde Laesio Enormis (Gabin)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2004, C. 53, S.1, s. 78.

³⁶ Saul Litvinoff, "Vices of Consent, Error, Fraud, Duress and an Epilogue on Lesion" *Louisiana Law Review*, Baton Rouge 1989, C. 50, S. 1, s. 1-116.

³⁷ Kocayusufpaşaoğlu, s. 481-484.; Örneğin, Alman Medeni Kanunu aşırı yararlanma için özel bir madde kurmamış, aşırı yararlanmayı ahlaka aykırılık maddesinin içinde düzenlemiştir. Bkz. BGB 138

ması da göz önüne alındığında aşırı yararlanma, kanun koyucunun gözünde bir irade bozukluğundan ziyade sözleşme özgürlüğüne getirilen bir kısıtlama olarak anlaşılmaktadır. Fakat doktrinde sözleşme ilişkisine giren bir kişinin kendisi aleyhine bir nispetsizliği kabul etmesinin ancak bir irade bozukluğundan kaynaklanacağını iddia eden görüşler de vardır.³⁸

Farklı sistemlerin aşırı yararlanmaya bakışlarını incelerken, fahiş fiyat olarak çevirebileceğimiz Roma Hukukundan kalma “*laesio enormis*” ilkesine bağlılıklarını incelemede fayda vardır. *Laesio Enormis*, adil fiyat anlayışını amaçlayan bir kurumdur. Buna göre eğer bir mal adil market fiyatının yarısından azına satılmışsa satıcının, %150’inden fazlasına satılmış ise alıcının sözleşmeyi iptal etme hakkı mevcuttur. Bu ilke aynı zamanda aşırı yararlanmanın da kaynağıdır. Ancak, *Laesio Enormis* ilkesi salt olarak malın market fiyatına ve satış bedeline bakmaktadır, kısacası sözleşmenin tamamını dikkate almak yerine sadece belli bir oran incelemesi yapmaktadır. Tarafların ekonomik durumları veya tecrübe seviyesi gibi sözleşmeler bakımından hayati hususlar, *laesio enormis* ilkesi uygulanırken dikkate alınmamaktadır.³⁹

Yeni çağ döneminde *laesio enormis*, kendine *iustum pretium* (adil fiyat) anlayışıyla yer bulmuştur. Dönemin tacirlerinin açgözlü kar düşünceleri, kar paylarını serbestçe belirleme haklarının *iustum pretium* ilkesi ile sınırlanmasını gerektirmişti. Ancak dönemin Hollanda hukuku kaynaklarına baktığımız vakit, açık arttırma sözleşmeleri ve hâkim kararıyla satış gibi konularda *iustum pretium* ilkesinin uygulanmayacağına dair istisnaların mevcut olduğunu görebiliriz.⁴⁰

Öncelikle şu söylenebilir ki Common Law sistemlerinin yapısı ile bağdaşmadığı için genel bir ilke olan “*laesio enormis*” tam olarak kendine İngiliz ve Amerikan hukukunda yer bulamamıştır.⁴¹

³⁸ Litvinoff, s. 111-112.

³⁹ Janos Jusztinger, “The Principle of *Laesio Enormis* in Sale and Purchase Contracts in Roman Law”, *Studia Iuridica Auctoritate Universitatis Pecs Publicata*, Pécs 2011, S. 149, s. 107-124.

⁴⁰ Jan Hallebeek, “Some remarks on *laesio enormis* and proportionality in roman-dutch law and calvinistic commercial ethics”, *Fundamina*, 2015, C. 21, S. 1, s. 14-33.

⁴¹ Çiğdem M. Aslan, *Gabinin Unsurları ve Hukuki Sonuçları*, Ankara, Yetkin Hukuk Yayınları, 2006, s. 6-14.

Öte yandan, kıta ülkelerinin de bu ilke ile tamamen uyum içinde kaldığı söylenemez. Çağdaş ülkeler arasında “laesio enormis” ilkesini en çok benimseyen Avusturya Medeni Kanunu’dur. Söz konusu düzenlemeye göre karşılıklı bir sözleşmede, taraflardan biri verdiği yarısından azını elde etmişse sözleşmeyi sona erdirmeye hakkına sahiptir (m. 879). Keza Fransa da Avusturya kadar olmasa da istisna hükümler ile kesin oranlar belirleyerek ilkeye nispeten sadık kalmıştır.⁴²

Bunlar dışındaki birçok ülke, genel ve çerçeve hükümler öngörmüş ve kuralın içinin doldurulmasını, aşırı oransızlığı ve haksızlığın tespitini her somut olay özelinde mahkemelere bırakmıştır.⁴³

Kıta Avrupası’ndan bunu yansıtan bir örnek olarak ise bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı verilebilir.⁴⁴ Karara konu olan olayda bir arazi sahibi ve bu araziye futbol sahası olarak kullanmak için kiralamış bir spor kulübü vardır. Sözleşme süresi henüz bitmeden malik, sözleşmeyi feshetmiştir. Lisansını kaybetme tehlikesinde bulunan spor kulübü daha yüksek bir bedelle tekrardan anlaşmaya varmış ve yıllık üç bin Frank kira bedeli ile yeni bir sözleşme yapmışlardır. Bu sırada kulüp aşırı yararlanma hükümlerine başvurarak dava açmıştır ve kiranın indirilip sözleşmenin yeniden uyarlanmasını talep etmiştir.⁴⁵ Davacının dayandığı aşırı yararlanma hükmü İsviçre Borçlar Kanunu m. 21 (CO 21), açıkça sözleşmenin uyarlanmasını öngörmemiştir fakat bu kısımda Mahkeme güncel İsviçre doktrinine atıf yapıp bu yolu mümkün görür. Buna göre doktrinde, her ne kadar CO 21 sözleşmenin uyarlanmasını öngörmese de CO 20/II’deki kısmi hükümsüzlüğün buraya da kıyasen uygulanabileceği belirtilmektedir. Modern hukuk bir sözleşmeyi kesin hükümsüzlük yaptırımı ile karşı karşıya bırakmak yerine her zaman sözleşmeyi mümkün olduğu ölçüde ayakta tutmaya çalışmaktadır.⁴⁶ Bu yüzden de bu hüküm bakımından fiyatın indiril-

⁴² Selmani Okumuş, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Aşırı Yararlanma (Gabin), Ankara, Yetkin Hukuk Yayınları, 2015, s. 47-49.

⁴³ Özetlemek gerekirse, laesio enormis Anglo-Amerikan hukukuna yabancı iken, Kıta Avrupası da bu ilkenin kesin şekilde koyduğu kurallardan vazgeçmeye başlamıştır.

⁴⁴ ATF 123 III 292, JdT 1998 I 586.

⁴⁵ H. Murat Develioğlu ve Doğan Kara, Borçlar hukuku genel hükümleri ile ilgili İsviçre Federal Mahkemesi kararlarından örnekler, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 72-75.

⁴⁶ Ibid.

mesi yoluna gidilebilmesi mümkündür. Aşırı yararlanma için karşılıklı edimler arası oransızlık, taraflardan birinin zor durumda bulunması ve diğer tarafın bundan yararlanması şarttır. Olayda yüksek bir kira ödemek, lisansını kaybetmeye nazaran daha az zararlıdır ve kirala-yan, kulübün içinde bulunduğu hukuki durumdan yararlanmaktadır. Sonuç olarak Mahkeme, sözleşmenin kısmi olarak hükümsüzlüğüne karar vermiştir.

Nitekim İsviçre'deki bu kanun maddesine paralel olarak hazırlanan yeni Türk Borçlar Kanunu'ndaki aşırı yararlanmayı düzenleyen m. 28, "sözleşmeyle bağlı kalınarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir" ifadesi ile uyarılma veya yorum yolu ile sözleşmeyi ayakta tutmayı amaçlayan çağdaş yaklaşımı aşırı yararlanma için de Türk hukukunda kanuni bir temele oturtmuştur. Bunun sonucunda, Türk hukukunda da aşırı yararlanma halinde sözleşmenin kısmi hükümsüzlüğüne karar verme gibi bir gereklilik bulunmamaktadır.

2. Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde Aşırı Yararlanma

2.1. Türk Hukukunda Aşırı Yararlanma

Aşırı yararlanma, Türk Borçlar Kanunu'nun 28. maddesinde, "Sözleşmenin İçeriği" üst başlığı altında düzenlenmektedir. Bu bakımdan Türk kanun koyucusunun aşırı yararlanmayı bir irade bozukluğu hâli olarak görmediğini söylemek mümkündür.

Türk hukukunda aşırı yararlanmanın uygulanabilmesi üç şartın varlığı gerekir: Bu şartlardan ilki karşılıklı edimler arasındaki açık oransızlıktır. Bu şart, objektif nitelik göstermektedir. Oransızlığın tespitinde sözleşmenin kurulma anında edimin objektif kıymeti esas alınacaktır. Oransızlığın açık olması ise oransızlığın göze çarpan bir nitelikte olmasına işaret eder, yoksa sözleşmesel ilişkide zayıf tarafın sözleşmenin kurulma anında bu oransızlığa vâkıf olması gerekmez.⁴⁷ Türk hukukunda oransızlığın tespiti adına sabit bir oran belirlenmemiştir, oransızlık somut olayın şartlarına göre tespit edilecektir.⁴⁸

⁴⁷ Andreas von Tuhr, Borçlar Hukuku, çev. Cevat Edege, İstanbul, Yeni Matbaa, Birinci Baskı, 1953, s. 331.

⁴⁸ Oylum Özdemir, Aşırı Yararlanma, (Danışman: Mehmet Tufan Öğüz), İstanbul

Aşırı yararlanmanın ikinci şartı ise zarar görenin zor durumda kalması, düşüncesizliği yahut deneyimsizliğidir. Bu şart subjektif nitelik taşır. Düşüncesizlik, kişinin yaptığı hukuki işlemin sonuçlarını düşünmeden karar vermesidir. Türk Ticaret Kanunu'na göre tacirlerin ticari işleri bakımından düşüncesizlik kabul edilemez. Deneyimsizlikten anlaşılması gereken, sözleşmenin niteliği bakımından yeterli bilgi ve deneyime sahip olmamaktır. Zor durumda kalma ise kişinin maddi veya manevi olarak güç durumda olmasıdır.⁴⁹

Üçüncü şart ise sözleşmenin taraflarından birinin, karşı tarafın zayıf konumundan yararlanmasıdır. Bu şart bakımından yararlanan tarafın, zarar görenin durumunu bilmesi ve sözleşmenin kurulması esnasında yarar sağlama kastıyla hareket etmesi gerekmektedir. Bu kastın miktar açısından kesin olması gerekmez, sömürüye yönelen bir olası kast da bu şartı sağlayacaktır.⁵⁰

Eğer aşırı yararlanmanın şartları oluşursa zarar gören iptal hakkını kullanarak edimlerin geri verilmesini yahut edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir. Bu istemlerin hukuki mahiyeti yenilik doğuran haktır. Fakat bu haklar, TBK m. 28/2'de düzenlenen hak düşürücü sürelerle tabiidir.⁵¹ Bağlanan bu yaptırımlara bakıldığında, Türk hukukunun son ana kadar sözleşmeyi ayakta tutma niyeti olduğu görülebilir.

2.2. Fransız Hukukunda Aşırı Yararlanma

Fransız hukukunda aşırı yararlanma kurumu Code Civil'in irade sakatlıkları bölümünde düzenlenmiştir. Bu sınıflandırma, İsviçre ve Türk hukukuna yabancı olsa da Fransa ve ondan etkilenen Louisiana hukukunda doktrin aşırı yararlanmayı daha objektif bir mahiyette görmüş ve diğer geleneksel irade sakatlıkları hallerinden ayırmıştır.⁵² Fransız hukukunda bu husustaki bir diğer ayrılık, aşırı yararlanmanın ancak kanunda düzenlenen durumlarda uygulama alanı bulacağıdır. Aşırı yararlanmanın uygulandığı haller küçükler ve hukuken kısıtla-

Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 38.

⁴⁹ Okumuş, s. 103-129.

⁵⁰ Kocayusufoğlu, s. 492-494.

⁵¹ Okumuş, s. 186-191.

⁵² Litvinoff, s. 112.

nan kişilerin taraf olduğu sözleşmeler ve taşınmaz satım sözleşmelerini içermektedir.⁵³ Aşırı yararlanmanın uygulanmasının sınırlandırılması, Fransız hukukundan etkilenen Louisiana ve Quebec için de söz konusudur.

Fransız hukukunda taşınmaz satım sözleşmeleri hakkında aşırı yararlanma hükümlerini uygulayabilmek için Code Civil'in 1674. maddesi uyarınca taşınmazın gerçek değeri ile sözleşmede kararlaştırılan bedel arasında en azından 7/12 oranında bir nispetsizliğin bulunması gerekir. Bu durumda kişinin sözleşme kurulurken iptal hakkından feragat etmesi yahut bağışlama amacıyla sözleşmeyi kurduğunu belirtmesi kişinin iptal hakkı kullanmasını engellemez. Fransız Yargıtay'ı da bu hususu, *Société Économique de Rennes c. Pailleret* kararında "Kanunda düzenlenen aşırı yararlanma şartının sağlanmasıyla beraber, şartların nasıl olduğundan bağımsız şekilde, kişinin iptal hakkı doğar" diyerek açıklamıştır.⁵⁴ Bu bakımdan Fransız Yargıtay'ının aşırı yararlanmayı bir irade sakatlığı hali yerine objektif bir nispetsizlik halinde uygulama alanı bulan bir kurum olarak görmekte olduğunu söyleyebiliriz. Louisiana'da da Fransız örneğine benzer bir düzenleme söz konusudur. Şöyle ki 2009 Louisiana Medeni Kanunu'na göre taşınmaz satımlarında eğer taşınmazın sözleşmede kararlaştırılan değeri, gerçek değerine göre bir kat azsa zarar gören taraf, sözleşmeyi iptal edebilecektir.

Hem Fransız hem de Louisiana hukukunda oransızlığın belirlenmesi sözleşmenin kurulduğu zaman ve yerdeki piyasa değeri esas alınarak yapılmaktadır.

2.3. Alman Hukukunda Aşırı Yararlanma

Alman Hukukunda aşırı yararlanma "Übervorteilung" kavramı ile ifade edilir. Alman Medeni Kanunu BGB'nin 138. maddesi aşırı yararlanmayı ahlaka aykırı bir durum olarak öngörmüş ve bu durumun yaptırımını olarak kesin hükümsüzlüğü belirlemiştir. BGB'nin aşırı yararlanmaya bağladığı yaptırım bu noktada Türk-İsviçre Hukuku ile farklıdır. Ayrıca Alman Hukukundaki bu ahlaka aykırılık düzenlemesi İsviçre ve Türk Hukuku açısından kabul edilemez zira aksi takdirde

⁵³ Özdemir, s. 9-12.

⁵⁴ Arthur Taylor von Mehren, "French Doctrine of Lesion in the Sale of Immovable Property" *Tulane Law Review*, Cilt 49, 1974-1975, Sayı 2, s. 321-328.

aşırı yararlanma için ayrı bir düzenlemeye gerek duyulmaz, geçersizliği için ahlaka aykırılığı düzenleyen TBK madde 27 yeterli olurdu.⁵⁵

Alman Hukuku'na göre de aşırı yararlanmanın ortaya çıkması için objektif ve sübjektif şartların varlığı aranır. Objektif unsur, edimler arasındaki aşırı oransızlıktır ve bu durumun değerlendirilmesi BGB 138'e göre hâkimin takdirindedir.⁵⁶ Sübjektif unsur ise aşırı oransızlığın; karşı tarafın zor durumundan, temyiz kudretindeki eksiklikten veya önemli bir irade zayıflığından yararlanılarak ortaya çıkmış olmasıdır. Bunlara ek olarak, edimler arasındaki aşırı oransızlık sözleşmenin kuruluşu amacıyla mevcut olmalıdır.⁵⁷

Alman ve Avusturya hukuklarında bahsedilmeye değer başka bir husus da "kum yığını teorisi"dir". Bu teoriye göre, aşırı yararlanmanın şartlarından birinin baskın şekilde gerçekleşmesi halinde, diğerinin hiç veya tam olarak gerçekleşmemesi aşırı yararlanmanın ortaya çıkmasına engel teşkil etmez. Bu görüş Türk-İsviçre hukukunda taraftar bulmadığı gibi ortaya çıktığı Alman ve Avusturya doktrinlerinde de ciddi anlamda eleştirilmektedir.⁵⁸

Alman Hukuku'ndaki aşırı yararlanmayı Türk-İsviçre Hukuku ile ayıran en önemli özellik, aşırı yararlanmanın ahlaka aykırılığın altında düzenlenmesi ve yaptırımının mutlak butlan olmasıdır. Genel olarak kümülatif şartlar ve kanun koyucuyu bu kurumu oluşturmaya iten nedenler paralel olsa da bağlanan yaptırımın farklılığı gündelik hayatta önemli farklar yaratabilecek niteliktedir. Kanımızca, Türk-İsviçre hukukunca benimsenen ve son ana kadar sözleşmeyi ayakta tutmayı amaçlayan yaklaşım gerek sözleşme özgürlüğü gerekse de ticari hayatın sekteye uğramaması için daha doğrudur.

3. Angloamerikan Hukuk Sisteminde Aşırı Yararlanma

3.1. Unconscionability ve Aşırı Yararlanma

Angloamerikan hukukunda aşırı yararlanma, "undue influence" (haksız nüfuz kullanımı) ve "unconscionability" (ölçsüzlük) gibi ku-

⁵⁵ Burcu Kalkan Oğuztürk, Türk Hukukunda Gabin, İstanbul, Vedat Kitapçılık, Birinci Baskı, 2004, s. 25-29.

⁵⁶ Kalkan Oğuztürk, s. 25-29

⁵⁷ Okumuş, s. 29-32.

⁵⁸ Kocayusufpaşaoğlu, s. 494.

rumlarla eşleştirilmiştir.⁵⁹ Türk doktrininde genel kabul edilen görüş olan “Undue Influence” yerine; kanımızca bu kurumlardan ölçsüzlük, aşırı yararlanmayı daha iyi karşılar, zira ölçsüzlükte haksız nüfuzdan farklı olarak sömürülen ile yararlanan arasında özel bir bağın olması aranmaz. Keza, Kıta Avrupası hukukunda da “aşırı yararlanma” için, yararlanan ve yararlanılan arasında özel bir ilişkinin olması önem arz etmez. Buna karşın, Undue influence’ta ise aşırılığın kişiler arasındaki nüfuzun haksız kullanılmasıyla ortaya çıkması gerekir. Zaten doktrinde de undue influence’in aşırı yararlanmaya göre daha geniş kaldığı belirtilmiştir.⁶⁰ Ölçsüzlükte ise aşırı yararlanmaya çok benzer şekilde, usulî ölçsüzlük (procedural unconscionability) ve maddi ölçsüzlük (substantial unconscionability) şartlarının sağlanması yeterlidir. Ayrıca, bizim görüşümüze göre, Kıta Avrupası’ndaki; karşılıklı edimler arasındaki aşırı oransızlığın, karşı tarafın zor durum, düşüncesizlik ve deneyimsizliği, yaş küçüklüğü veya kısıtlanmış olmasından kaynaklanması şartı ile Angloamerikan sistemindeki “usulî ölçsüzlük” oldukça benzerdir çünkü bu durumda aşırı yararlanılan tarafın müzakere yeteneğinin, karşı tarafın müzakere yeteneği karşısında; kişinin eğitimsel veya zihinsel durumu ya da sözleşme dilinin karmaşıklığı gibi nedenlerden dolayı azalmış olması gerekmektedir. Ayrıca, yine benzer şekilde “maddi ölçsüzlük” ise edimler arasındaki aşırı oransızlığı ifade etmektedir.⁶¹

“Usulî ölçsüzlük” ve “maddi ölçsüzlüğün” tespit edilebilmesi için önce ölçsüzlük kavramının tanımlanması gerekir. Common

⁵⁹ Çeşitli kaynaklarda vicdansızlık olarak Türkçe’ye çevrilen “unconscionability”i kurumun niteliği de göz önünde bulundurarak “ölçsüzlük” olarak çevirmeyi daha uygun bulduk. Bu kısımdan sonra unconscionability’i “ölçsüzlük” olarak isimlendireceğiz.

⁶⁰ Kalkan Oğuztürk, s. 34-39.

⁶¹ Charles L. Knapp, “Unconscionability in American Contract Law: A Twenty-First Century Survey” , *University of California Hastings College of Law Legal Studies Research Paper Series* (71), 2013, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2346498; Per Gustafsson, *The Unconscionability Doctrine in U.S. Contract Law*, (Danışman: Ola Svensson), Lund University Faculty of Law, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2011, <https://www.lunduniversity.lu.se/lup/publication/1761847> ; Camilo Andres Rodriguez-Yong, “The Doctrines Of Unconscionability And Abusive Clauses: a Common Point Between Civil And Common Law Legal Traditions” , *Oxford University Comparative Law Forum*, 2011, S.1, <https://ouclf.law.ox.ac.uk/the-doctrines-of-unconscionability-and-abusive-clauses-a-common-point-between-civil-and-common-law-legal-traditions/#k>

Law'da ölçüsüzlük doktrinin ortaya çıkışı 1663 tarihli James v. Morgan davasına dayandırılabilir.⁶² Davada jüri aşırı görülen edimin, makul bir meblağa indirilmesine karar vererek Common Law'da ölçüsüzlüğün temelini atmıştır. Yerleşmiş bir ölçüsüzlük tanımının ortaya çıkması için 1750 tarihli Chesterfield v. Janssen davasının sonuçlanması beklenecektir.⁶³ Bu davada hâkim, ölçüsüzlüğü "pazarlığın niteliği ve doğasına göre yapılacak değerlendirmeye göre, akli başında ayrıca karşısındakini aldatma niyeti gütmeyen bir kişinin teklif etmeyeceği ve dürüst ve adil bir kişinin kabul etmek istemeyeceği" hükümler olarak nitelendirmiştir.⁶⁴ Amerikan hukukunda da kabul edilen bu tanım daha sonradan daha da netleştirilmiştir. 1989'da sonuçlanan Adams v John Deere Co davasında ise mahkeme,⁶⁵ ölçsüz sözleşme maddelerinin bir diğer özelliğinin "içeriğinde ve uygulamasında vicdanı sarsıcı ve mahkemelerin adillik görüşünü incitici derecede çirkin ve adaletsiz olmaları" olduğunu ifade etmiştir.⁶⁶

Ölçüsüzlüğün tanımının öğrenilmesinin ardından bu durumun kümülatif şartları olan usulî ve maddi ölçüsüzlük daha iyi anlaşılabilir. Usulî ölçüsüzlükte mahkemeler sözleşme maddelerine nasıl karar verildiğini incelerler. Bu noktada en önemli husus tarafların pazarlık kabiliyetleri arasındaki ciddi farktır.⁶⁷ Bu fark öyle bir noktaya ulaşmıştır ki, ölçüsüzlüğe maruz kalan taraf durumu ilk anda tam olarak kavrayamamıştır ve ifa anı geldiğinde kendini adeta "adil olmayan bir sürpriz" ile karşılaşmış bulur.⁶⁸ Ancak tarafların pazarlık kabiliyetleri arasındaki bu fark ölçüsüzlüğe maruz kalan tarafın hatasından değil, bilgiden yoksun bırakılması veya olayları kavrayışını etkileyen zayıflıktan kaynaklanır. Uygulamada en çok görülen örnekler kişinin okuma yazma kabiliyetlerinin zayıf olması, İngilizcesinin yetersizliği, hayat tecrübelerini yeterince kavrayamayacak derecede genç ya da yaşlı oluşu, zor durum veya karşı tarafça sözleşme metninin anlaşıla-

⁶² Gustafsson, s. 6 ; James v. Morgan, 1 Lev. 111 (1663).

⁶³ Earl of Chestirfield v. Janssen (1750-1) 2 Ves Sen 125 (Chestirfield)

⁶⁴ Gustaffson, s. 7 ; Rodriguez-Yong ; Richard J. Hunter Jr., "Unconscionability Revisited: A Comparative Approach" , *North Dakota Law Review*, Grand Forks 1992, C. 68, S. 1, s. 145-170.

⁶⁵ Adams v John Deere Co. 774 P 2d 355, 357 (Kan Ct App 1989).

⁶⁶ Rodriguez-Yong

⁶⁷ Gustafsson, s. 14

⁶⁸ Hunter Jr, s. 153

mayacak kadar karmaşık hazırlanmasıdır.⁶⁹ Hatta uygulamada, sözleşmenin karşı tarafını bilerek bu grup kişilerden seçenlere de rastlanmaktadır.⁷⁰ Ancak bu durumlar ölçsüzlüğün ortaya çıkışı için yeterli değildir, zira ölçsüz tarafın, karşı tarafın yukarıda bahsedilen özelliklerinin varlığından haberdar olmasına rağmen sözleşmeye maddi anlamda da ölçsüz hükümler koyması gerekir.⁷¹

Sözleşme hükümlerinin sonuçlarının aşırı olmasını ifade eden “maddi ölçsüzlük” şartı “usulî ölçsüzlük” ile birlikte söz konusu haksız durum için kümülatif şartları oluşturur. Maddi ölçsüzlük, Angloamerikan hukuku doktrininde “makullükten açık bir şekilde uzak olan ayrıca sözleşmede yalnızca bir tarafın lehine çalışan ve dezavantajlı tarafa çok ağır yükümlülükler getiren hükümler” olarak ifade edilmiştir.⁷² Diğer bir deyişle hâkim, sözleşme hükümlerinin hakkaniyet ve makullüğe açık şekilde aykırı olarak dezavantajlı taraftan ağır şekilde yararlanma amacı güdüp gütmeyeceğine bakacaktır.⁷³ Maddi ölçsüz hükümler fiyat bazında olabileceği gibi teminata, cezai şartta ve hatta tahkim şartında da olabilir.⁷⁴ Mahkemeler, tahkim şartını da ölçsüzlüğe dahil ettikleri çoğu durumda bu şartın güçlü tarafça bilinçli şekilde zayıf taraf üstündeki avantajın maksimize edilmesi amacıyla konduğunu belirtmişlerdir.⁷⁵ Fiyat konusunda ise mahkemeler genellikle sözleşme özgürlüğünü zedelememek için sıkı değerlendirmeler yapmasalar da çoğu mahkeme açık bir orantısızlık durumunda bu durumu gidermekten çekinmemektedir.⁷⁶ Hatta nadir de olsa fiyat konusunda aşırı bir orantısızlık olması durumunda mahkemelerin ölçsüzlüğün diğer şartlarını daha gevşek değerlendirdikleri de gözlemlenmektedir.⁷⁷ Bu açıdan bakıldığında Alman ve Avusturya doktrinlerinde kendine taraftar bulan ve aşırı yararlanmanın şartlarından biri gerçekleştiğinde diğerini daha esnek değerlendiren “kum yığını” teorisinin kimi durumlarda Angloamerikan hukukunda da taraftar bulunduğu söylenebilir.

⁶⁹ Rodriguez-Yong ; Gustafsson, s. 14-17 ; Hunter Jr,149-152 & 168 ;Knapp, s. 2-6.

⁷⁰ Kugler v. Romain 279 A.2d 640 (N.J. 1971).

⁷¹ Gustafsson, s. 17

⁷² Rodriguez-Yong

⁷³ Rodriguez-Yong ; Zimmer v Cooper Neff Advisors Inc 523 F 3d 224, 228 (3d Cir 2008).

⁷⁴ Gustafsson, s. 19

⁷⁵ Rodriguez-Yong

⁷⁶ Gustafsson, s. 17-19 & 21-29 ; Rodriguez-Yong

⁷⁷ Jones v. Star Credit Corp., 298 N.Y.S.2d 264, 266-68 (Sup. Ct. 1969).

Usulî ve maddi ölçsüzlüğü en iyi tanımlayan kararlardan biri de Kaliforniya Temyiz Mahkemesi'nin Carboni v. Arrospide kararıdır.⁷⁸ Bu davada, davalı Arrospide babasının hastane masraflarını karşılayabilmek adına davacı Carboni'den yüzde iki yüz faizle borç para almıştır. Mahkeme bu oranın "ölçsüz" olup olmadığını tartışmaktadır.⁷⁹ Mahkeme, davacının borç altına girerken duygusal sıkıntı içinde olduğunu belirlemiştir ve bu ölçsüzlüğün usulî şartını oluşturur. Buna ek olarak, sözleşmede "borçlu alacaklının taleplerinin ağır olduğunu kabul etmektedir, ancak borçlu daha öncesinden başarısız kredi girişimlerinde bulunmuş ve alacaklıyla bu sözleşmeyi yapmanın faturalarını ödemek için kendisi adına en iyi yol olduğunu hissetmektedir." ibaresi bulunmaktadır. Bu ibare göstermektedir ki yapılan sözleşme davacı açısından son çare gibidir. Olayın maddi ölçsüzlük boyutuysa yüzde iki yüz gibi yüksek bir faiz oranıdır.

ABD'de de ölçsüzlüğün sonuçlarını düzenleyen, UCC'nin 2-302. maddesi mahkemelere bu durumda sözleşmenin tamamını kesin hükümsüz kılmayı ya da sözleşmeyi ölçsüz madde olmadan uygulamak suretiyle kısmi olarak hükümsüz kılmayı veya sözleşmenin bir kısmını geçersiz kılmadan ölçsüzlüğü engellemek amacıyla söz konusu ölçsüz maddelerin uygulamasını kısıtlama imkânı vermiştir.⁸⁰ Uygulamaya bakıldığında ise sözleşme özgürlüğünü kısıtlama kaygılarından kaynaklanmasını muhtemel olarak, mahkemelerin sözleşmenin tamamını geçersiz kılmasına pek rastlanmamaktadır. Mahkemeler genellikle, sözleşmeyi ölçsüz hüküm olmadan veya ölçsüz hükmün haksız sonuçlarını kısıtlamak suretiyle duruma çözüm getirmektedirler.⁸¹

⁷⁸ Carboni v. Arrospide - 2 Cal. App. 4th 76, 2 Cal. Rptr. 2d 845 (1991)

⁷⁹ James Gordley/Arthur Taylor von Mehren, An Introduction to the Comparative Study of Private Law: Readings, Cases, Materials, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, s. 203-205 & 212.

⁸⁰ Son seçeneği açıklamak için bir örnek verecek olursak, mahkeme %100'lük bir faiz şartını tamamen kaldırmaktansa bunu daha adil bir orana indirebilir. Bu durum, tam anlamıyla eşleştirilemeye de Türk hukukundaki "değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğe" benzetilebilir.

⁸¹ Williams v. Walker-Thomas Furniture Co., 350 F.2d 445, 449 (D.C. Cir. 1965). Jones v. Star Credit Corp., 298 N.Y.S.2d 264, 266-68 (Sup. Ct. 1969). Lloyds Bank Ltd v Bundy [1974] EWCA Civ 8.

3.2. “Undue Influence” – İçeriği ve Aşırı Yararlanmayı Karşılama Oluşu

Türkçe doktrinde bugüne kadar Angloamerikan hukukunda aşırı yararlanmayı doğrudan anlatan bir yayın bulunmamakla birlikte, konuya aşırı yararlanma hakkındaki tezlerde değinilmektedir. Bu tezlerin önemli çoğunluğunda ise Angloamerikan hukukunda aşırı yararlanma Undue Influence ile eşleştirilmekte ancak bu kanıya varan yazarların bazıları da Undue Influence kurumunun tam olarak aşırı yararlanmayı karşılamadığına da ve ona göre oldukça geniş kaldığına değinmiştir.⁸²

Ancak bize göre, yukarıda bahsettiğimiz gibi, Angloamerikan hukukunda aşırı yararlanmayı karşılayan kurum Unconscionability olup Undue Influence (Haksız Etki)⁸³ kurumu aşırı yararlanmayı tam karşılayamamanın da ötesinde ondan farklı bir kurumdur.

Angloamerikan doktrininde, haksız etki kurumunun dinamik yapısı nedeniyle kesin bir tanımının yapılmasından kaçınılmıştır. Ancak üstünde uzlaşılan hususlar zarar gören kişinin iradesinin karşısındaki kişi ile olan özel bağından dolayı etkilenmesi ve bu etkinin haksız olmasıdır. Kişinin iradesi üzerindeki haksız etki onun karar alma faaliyetlerini bozar ve bunun sonucunda ortaya zarar gören kişi için oldukça dezavantajlı bir durum çıkar. Etkinin kişi üzerindeki derecesi ve dezavantajlı durumun nitelikleri, somut olayın özelliklerine göre belirlenir.⁸⁴ Uygulamaya bakıldığında, kişinin iradesini sakatlayan ve karşısındaki kişiyle olan bağından çıkan haksız durumda, karşısındaki kişinin rolünün geniş yorumlandığı gözlemlenebilir. Öyle ki, karşısındaki kişi tam anlamıyla hakkaniyete aykırı bir davranış göstermese de zarar gören kişinin iradesinin sakatlanmasına engel olmamışsa mahkemelerin davacının haksız etki iddiasını haklı gördüğü olmuştur.⁸⁵

⁸² İrem Apaydın, 6098 sayılı Borçlar Kanunu Çerçevesinde Aşırı Yararlanma, Ankara, Yetkin Hukuk Yayınları, 2020, s. 34-36. ; Yeşim Ezgi Öncel, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Aşırı Yararlanma Kavramı, (Danışman: Prof. Dr. Hüseyin Hatemi), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017. ; Kalkan s. 35-40 ; Okumuş, s. 47-49

⁸³ İçeriğini de ve zarar gören taraf üzerindeki etkisini göz önünde bulundurarak “Undue Influence” kurumunu dilimize “Haksız Etki” olarak çevirmeyi uygun bulduk. Bundan sonra “Undue Influence” yerine “Haksız Etki” tabirini kullanacağız.

⁸⁴ Peter Birks/Chin Nyuk Yin, On the Nature of Undue Influence, in Jack Beatson/Daniel Friedmann (der.), Good Faith and Fault in Contract Law, Oxford, Clarendon Press, 1995, s. 57-97.

⁸⁵ Hugh Beale, Undue Influence and Unconscionability, in Andrew Dyson/James

Öncelikle haksız etki de ölçüsüzlük gibi Angloamerikan hukuku açısından bir “savunma” aracını ifade edip, zarar gören tarafa sözleşmenin hükümsüz kılınmasını ve uğradığı zararın tazmini imkanını vermektedir.⁸⁶ Ölçüsüzlükte kişinin iradesinin sakatlanma sebebi yukarıda da anlattığımız gibi pazarlık kabiliyetini olumsuz etkileyen gençlik, yaşlılık, deneyimsizlik, okuma yazma kabiliyetlerinin zayıflığı gibi unsurlardır. Ancak haksız etkide iradede bozulmaya neden olan şey zarar görenin muhakeme yeteneğini zayıflatan ve doğumu kişinin kendisinden kaynaklanan bir dezavantaj değil, bizzat zarar verenin karşısındaki kişi ile kendisi arasındaki “özel bir itimat içeren ilişkiyi”⁸⁷ istismar ederek ortaya çıkardığı durumun karşı tarafın iradesini zedelemesi ve adeta onun özgür iradesini ortadan kaldırmasıdır.⁸⁸

Doktrinde son zamanda bu konuda yeni bir sınıflandırmaya gidildiği görülmektedir. Buna göre; Barclays Bank plc v O’Brien davasında belirtildiği üzere haksız etki ikiye ayrılır. İlk grupta; ispat yükü zarar görene düşer ve zarar gören kişinin, zarar verenin aktif fiillerle kendisi üzerinde haksız bir etki ortaya çıkararak aşırı oransızlığa neden olduğunu ispatlaması gerekir. İkinci gruptaysa, zarar görenle zarar verenin edimleri arasındaki oransızlığa ve aralarındaki özel ilişkiye bakılarak zarar gören üzerinde haksız bir etkinin doğduğu karineten kabul edilir.⁸⁹

Bu durum haksız etkiyi, ölçüsüzlük-aşırı yararlanmadan ayıran temel farktır. Hatta, söz konusu farka bakıldığında haksız etki Kıta Avrupası’ndaki irade bozukluklarına benzetilebilir. Oysa, aşırı yararlanmanın niteliği doktrinindeki hâkim görüşe göre bir irade bozukluğundan çok sözleşme özgürlüğüne getirilen bir istisnadır.

Bu tarz “özel bir itimat ilişkisinde” mahkemelerin dikkat çektiği bir nokta da kişinin karşı tarafla arasında bulunan özel durumun, kişi üzerinde bir baskı kurmasıdır. Bu gibi durumlara örnek olarak

Goudkamp/Frederick Wilmot-Smith (der.), *Defences in Contract*, Oxford, Hart Publishing, 2017, s. 87-112.

⁸⁶ Beale, s. 87; Ancak ölçüsüzlüğe bağlanan tek yaptırımın sözleşmenin hükümsüz kılınması olmadığı da unutulmamalıdır. Bu durum yukarıda açıklandı. Bkz: s. 16

⁸⁷ Royal Bank of Scotland v Etridge (No 2) [2001] UKHL 44; [2002] 2 AC 773 [14].

⁸⁸ Birks/Yin, s. 59 & 67-74. ; Beale, s. 90-98.

⁸⁹ Mark Pawlowski, “Undue Influence: Towards A Unifying Concept Of Unconscionability”, *The Denning Law Journal*, Buckingham 2018, C.30, s. 117-151.

yaşlanmış kişilerin bakım kaygısıyla çocuklarınca önlerine sürülen, normalde karşı taraf bir yabancı olsaydı reddedecekleri, bazı finansal anlaşmaları kabul etmeleri örnek verilebilir.⁹⁰

Bu tarz bir itimat ilişkisinin bir diğer önemli örneği de haksız etki doktrininde oldukça önemli bir yeri olan Allcard v Skinner davasıdır.⁹¹ Davada zarar gören, varlıklı bir kimse olan Miss Allcard yoksulluğu ve boyun eğmeyi yücelten bir dini tarikata katılmıştır. Burada, manevi olarak kendisinden üstün gördüğü Miss Skinner'ın tavsiyesi ve tarikatın kuralları gereğince sahip olduğu önemli varlıkları tarikatın hizmetinde harcanması üzerine Miss Skinner'a geçirmiştir. Tarikattan ayrılmasının ardındansa mahkemeye başvurarak bu varlıkları Miss Skinner'a geçiren sözleşmenin hükümsüz kılınmasını istemiştir. İlk derece mahkemesi Miss Allcard'ın iradesinin sakatlandığına katılmasa da temyiz mahkemesi ilk derece mahkemesine katılmayarak Miss Skinner'ın, karşı tarafa aralarındaki ilişkiden yararlanmak suretiyle, bu tarz bir anlaşmayı akliselim bir şekilde değerlendirecek imkân tanımadığını belirtmiştir. Her ne kadar Temyiz Mahkemesi, Miss Allcard'ın talepleri için gereğinden uzun süre beklemesi nedeniyle davayı reddetse de davada belirtilen hususlar haksız etki için aranan itimat ilişkisinin özelliklerini göstermesi açısından doktrinca yararlı bulunmaktadır.⁹²

Mahkemelerin de kararlarında haksız etkiden ile ölçüsüzlükten arasındaki çizgiyi özenle çizmeye çalıştıkları görülebilir. Mahkemeler aradaki farkı açıklarken somut olayda zarar gören ve zarar verenin rollerini incelemişlerdir. Zira, haksız etkide haksız etkiyi yaratan zarar verendir, ölçüsüzlükte ise zarar görenin şahsından doğan nitelikler ölçüsüzlüğü yaratmaktadır.⁹³

Bunun bir örneği, Avusturalya Yüksek Mahkemesi bir kararında ölçüsüzlükte zarar görene sözleşmenin hükümsüz kılınması imkanının verilmesinin nedeninin daha çok zarar görenden kaynaklanan bir pazarlık kabiliyeti zayıflığı olduğunu; haksız etkide ise sözleşmenin

⁹⁰ Beale, s. 91 ; Cf Simpson v Simpson [1992] 1 FLR 601 (Ch D) or Langton v Langton [1995] 2 FLR 890 (Ch D).

⁹¹ Allcard v Skinner (1887) 36 Ch D 145 (CA).

⁹² Birks/Yin, s. 79-80 ; Beale, s. 93

⁹³ Birks/Yin, s. 80-84

hükümümüz kılınabilmesinin nedeninin zarar verenin, zarar görenle arasındaki bir ilişkiyi istismar etmesi faaliyetiyle adeta zarar görenin özgür iradesini ortadan kaldırması olduğunu belirtmiştir.⁹⁴

Öyle ki kimi durumlarda aradaki bu bağın istismar edilmesi korkutma veya aldatma boyutuna varmaktadır, hatta her ne kadar bugün doktrinin haksız etkinin daha daraltıcı niteliklere sahip olduğunda uzlaşılması nedeniyle popülerliğini kaybetse de doktrinde bütün korkutma durumlarının haksız etki altında incelenmesi gerektiği ileri süren görüşler dahi bulunmaktadır.⁹⁵

Sonuç olarak, haksız etki ve ölçsüzlük – aşırı yararlanma arasındaki en önemli fark ölçsüzlük ve aşırı yararlanmada, zarar gören için dezavantajlı durumun ortaya çıkmasının temel nedeni eğitimsizlik, zor durum, tecrübesizlik, okuma yazmanın zayıf olması gibi durumlar; haksız etkide iradenin bozulmasına neden olan husus zarar görenle karşı taraf arasındaki özel bir itimat ilişkisi ve buna ek olarak ya karşı tarafın bunu kasıtlı ve hakkaniyete aykırı olarak kullanarak edimler arasında ciddi bir oransızlık ortaya çıkarmasıdır. Bu açıklamalar ışığında gözlemlenebilir ki, ölçsüzlük – aşırı yararlanmada zarar gören kişiye sağlanan korumanın nedeni adeta kişinin kendisi için dezavantajlı olan sözleşme maddelerini anlamaktan aciz olmasıdır, haksız etkide ise kişi bunların anlamını kavrayabilse de aslında dış bir etki nedeniyle kabul etmekte, kendini kabul etmek zorunda hissetmekte, kabul etse de karşı tarafa güvendiği için zarar görmeyeceğine dair bir inanç beslemektedir.

Bu açıklamalar ışığında gözlemlenebilir ki, ölçsüzlükte, aynı Kıta Avrupası'ndaki aşırı yararlanmada olduğu gibi, zarar gören kişiye sağlanan korumanın nedeni adeta kişinin kendisi için dezavantajlı olan sözleşme maddelerini kavrayabilmekten aciz olmasıdır, haksız etkide ise kişi bunların anlamını kavrayabilse de aslında dış bir etki nedeniyle kabul etmekte, kendini kabul etmek zorunda hissetmekte, kabul etse de karşı tarafa güvendiği için zarar görmeyeceğine dair bir inanç beslemektedir ancak sonradan bu inancı boş çıkmaktadır. Bu açıdan haksız etkinin Kıta Avrupası'ndaki aşırı yararlanma yerine aldatmaya yakın görülmesi daha isabetli olacaktır.

⁹⁴ Commercial Bank of Australia Ltd. v Amadio (1983) 151 CLR 447.

⁹⁵ Malcolm Cope, *Duress, Undue Influence and Unconscientious Bargains*, Sydney, Law Book Co., 1985, paragraf 125.

Sayılan bu nedenlerle haksız etkinin Kıta Avrupası hukukundaki aşırı yararlanmanın Angloamerikan hukukundaki karşılığı olarak görülme, ölçüsüzlüğe göre daha uzak olduğu kanısındayız.

3.3. İki Sistemin Yaklaşımları Arasındaki Farklılıkların Değerlendirilmesi

İki farklı sistemin kararları karşılaştırıldığında şu sonuçlara varılabilir: Öncelikle iki taraf da açık bir oransızlık aramaktadır. Öte yandan, sübjektif şart (usulî ölçüsüzlük) bakımından bir farklılık vardır. Kıta Avrupası hukuku mağdurun tarafın zayıflığına ek olarak genellikle karşı tarafın da sömürme kastını ararken Amerikan hukukunda ise sübjektif şart (usulî ölçüsüzlük) hakkındaki değerlendirme zarar verenden çok mağdur tarafın penceresinden bakılarak yapılmaktadır. Yani, somut olayın şartları pazarlık gücü eşitsizliğine dayalı olarak zayıf taraf bakımından başka seçenek kalmayacak şekilde “son çare hali” ortaya çıkarması durumunda ölçüsüzlük ilkesine gidilebilmektedir. Aslında bu farklılığın uygulamada pek bir değeri yoktur çünkü doğrudan sömürme kastının olmayıp böyle bir somut olayın karşımıza çıkması pek olası değildir. Kısaca şu denilebilir ki iki hukukun lafzı ve gittiği yol farklı olsa da birbirleriyle aynı sonuçları doğurmaktadırlar.

Son olarak, taraflar arası asimetrik bilgi gerçekliği bilgisiz tarafın bu özelliğinin sömürülmesine yol açabilir. Özellikle sözleşme özgürlüğünü bu denli savunan serbest bir ekonominin varlığında sözleşme konusuna ilişkin bilgiye erişim alıcı bakımından oldukça maliyetlidir ve satıcı taraflar bundan yararlanabilir. Dürüstlük kuralının zayıf taraf için zorunlu kıldığı bu koruma, aşırı yararlanma kurumu ve bu kurumun tanıdığı sözleşmeyi iptal edebilme gibi haklarla yerine getirilmektedir.

4. Aşırı Yararlanma ve Dürüstlük Kuralı Arasındaki Bağlantı

4.1. Aşırı Yararlanmanın Dürüstlük Kuralının Bir Sonucu Olması

Önceki başlıklarda karşılaştırmalı olarak dürüstlük kuralına ve dürüstlük kuralının bir örneği olarak aşırı yararlanma ile onun Angloamerikan hukukundaki karşılığı olduğunu düşündüğümüz ölçüsüz-

lük kurumunu incelemiştik. Bu başlıkta her iki sistemde de bu kurumların dürüstlük kuralından türediğini savunacağız.

Liberal bir hukuk sistemi olan Angloamerikan hukukunda, sözleşme özgürlüğünü sınırlayan ölçsüzlük kurumunun varlığını meşru bir temele oturtmak için pek çok farklı görüş öne sürülmüştür. Bizce bu görüşlerden en tutarlısı söz konusu kurumu dürüstlük kuralına dayandırmaktır. Angloamerikan hukuk doktrininde dürüstlük kuralının amaçları sözleşmesel ilişki içindeki tarafların arasında güven ortamı oluşturmak, tarafların borçlarını karşılıklı yardım içerisinde ifa etmelerini sağlamak, verimli bir sözleşme kurmak ve tarafların doğrudan edimleri içerisinde olmayan ama sözleşmenin doğası gereği birbirlerinden makul seviyede bekleyebilecekleri sorumlulukları garanti altına almak olarak açıklanmıştır.⁹⁶ Yine aynı şekilde Kıta Avrupası hukuku doktrininde de dürüstlük kuralının objektif bir davranış yükümlülüğü yarattığı, böylece sözleşmelerin eksiklerini gidererek sözleşmesel ilişkilerde güven ortamını desteklediği söylenmiştir.⁹⁷ Fakat sözleşmesel ilişkilerde güven ortamının sağlanması, sadece sözleşme kurulduktan sonraki süreç içinde alınacak önlemlerle mümkün değildir. Bu bakımdan, sözleşme görüşmelerinde başlayan bir objektif özen yükümlülüğü, sözleşme hukukunun amacına daha iyi hizmet edecektir. İşte söz konusu durumlarda, böyle bir davranış içerisinde bulunan kişinin, sözleşmede karşısında bulunan kişiyi koruyacak bir tutum içinde bulunmadığı, yani sözleşmesel ilişkiye güveni zedelediği söylenebilir.

Yine Amerikan doktrininden örnek vermek gerekirse Restatement'in ilk versiyonunu yazan komisyonun başkanı Williston da kitabında ölçsüzlüğü, dürüstlük kuralına dayandırmaktadır. Williston'a göre sözleşmeye ölçsüzlüğe neden olan hükümlerin konması dürüst, onurlu, akli başında ve düzgün bir adalet anlayışına sahip bir kişiden beklenemez.⁹⁸ Williston'ın bu açıklaması ile Restatement'in toplumsal nezaket, adillik ve makullük standartlarını aşan hareketleri "kötü niyetli" olarak nitelendirmesi birlikte düşünüldüğünde ölçsüzlük kavramının aslında dürüstlük kuralının bir sonucu olduğu görülebilir. Aşırı yararlanmanın nezaket ve adillikle olan ilişkisine Yargıtay "alışverişlerde karşılıklı

⁹⁶ Markovits, s. 273-274; Burton, s. 371

⁹⁷ Schäfer/Aksoy, s. 74.

⁹⁸ Samuel Williston, A Treatise On The Law Of Contracts (3rd Edition), New York, Baker/Voorhis and Co., 1972, s. 51-52 ; Hunter Jr, s. 153-154.

edimler arasında ekonomik denge kurulmasını sağlayan çok yararlı ve geçerli yasal bir mekanizmadır” diyerek değinmiştir.⁹⁹

ABD doktrininde en çok atıf yapılan akademisyenlerden olan Llewellyn de ölçüsüzlüğün dürüstlük kuralından kaynaklandığını belirtir. Llewellyn’e göre dürüstlük kuralı ve ölçüsüzlük arasında doğrudan bir bağlantı vardır çünkü UCC kişileri borçların ifası ve diğer tüm sorumluluklarda dürüstlük kuralına uymakla yükümlü kılacaktır.¹⁰⁰ Ölçüsüzlüğün usulî ve maddi şartlarının sağlanabilmesi ancak yararlanan tarafın dürüstlük kuralına aykırı davranmasıyla ortaya çıkabilir. Bu durumu destekler nitelikte, 1950-1960 arasında ölçüsüzlük kavramını daha detaylı açıklayan pek çok kararda mahkemeler, karşısındaki kişiden ölçüsüzce yararlandığı iddia edilen kişinin “dürüstlük ve iyiniyetinin eksikliğine” odaklanmışlardır.¹⁰¹ Kugler v. Romain davasında mahkeme bu durumu şöyle açıklamıştır: “*Ölçüsüzlük maddesi tarafından tasarlanan örnek davranış modeli iyi niyet, dürüstlük ve adil pazarlığın gözetilmesidir*”.

4.2. Aşırı Yararlanma ve Dürüstlük Kuralının İktisadi Paralelliği

Son olarak, dürüstlük kuralı ve aşırı yararlanma kavramlarının ekonomik analizi üzerinde durduğumuz takdirde, bu iki kavramın ekonomik mantığının birbirlerine paralel olduğu gözlemlenecektir. Bu iki kavramı incelemek için, ilk olarak hukuk ve ekonomi alanının analiz türlerini, sözleşme hukuku ile bu akımın arasındaki ilişkiyi açıklayacağız.

Hukukun ekonomik analizi,¹⁰² hukukun incelenmesinde iktisadi kavramlardan ve metotlardan yararlanan bir akımdır. Öğretide, ekonomik analizin pozitif veya normatif olabileceği kabul edilir.¹⁰³ Pozitif

⁹⁹ Y. 1. HD. E. 1978/2699, K. 1978/3106 T. 22.3.1978

¹⁰⁰ Karl N. Llewellyn, *The Common Law Tradition Deciding Appeals*, Boston/Toronto, Little/Brown & Co., 1960, s. 369.

¹⁰¹ Hunter Jr, s. 153-155

¹⁰² Uluslararası literatürde “law and economics”, yahut “economic analysis of law” diye adlandırılan bu kavram, Türkçeye “hukuk ve ekonomi” veya “hukukin ekonomik/iktisadi analizi” olarak çevrilmiştir. İşbu yazıda bu üç Türkçe kavram birbirinin yerine geçecek şekilde kullanılmıştır.

¹⁰³ Kerem Cem Sanlı, *Hukuk ve Ekonomi Öğretisi ve Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi*, (Danışman: Cevdet Yavuz) Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler

analiz kendi içerisinde ikiye ayrılabilir. Bu yöntem, hem hukuk kurallarının insan davranışları üzerindeki etkisini hem de hukuk normlarının altında yatan mantığı (ratio legis) ekonomik düşünce yardımıyla inceler. Pozitif analizin ilk türüne şöyle bir örnek verilebilir: Kürtaj yasağının olduğu ülkelerde bu yasa, kürtaj yaptırmak isteyen insanların davranışlarını nasıl etkiler? Yahut kürtaj yasağının kaldırılması bu medikal operasyonun kalitesini ve ücretini, ayrıca kürtaj oranlarını değiştirir mi? Pozitif analizin ikinci türü, hukuk kurallarının ekonomik mantığının olduğunu iddia eder. Buna göre ekonomik verimi artırmak, hukuka da yansımış sosyal bir hedeftir.¹⁰⁴ Bu bakımdan, mesela sözleşme hazırlanmasında işlem maliyetinin azaltılmasına yönelik alınan tedbirler, bu mantık üzerine kuruludur. Zira bu durumda, sözleşme daha az masrafla aynı yararı sağlayacaktır.

Normatif analiz, bir hukuk normunun arzu edilebilir olup olmadığını konu alır. Bu sorunun cevabında, iktisat biliminin getirdiği bazı normatif standartlar kullanılır. Bunlar, az önce bahsedildiği gibi ekonomik verimi artırmak, böylece kıt kaynaklardan sosyal serveti maksimize etmektir. Mesela, taşınır satış sözleşmesi günlük hayatımızda sıklıkla karşılaşılan bir sözleşme türüdür. Sosyal ve ticari hayatın oldukça önemli bir yerini tutan bu sözleşme türü için, haklı olarak bir şekil şartı getirilmemiştir. Zira taşınır satış sözleşmesi şekil şartına bağlı olsaydı bu durum, kişileri daha az sözleşme yapmaya itip ekonomik hayatı yavaşlayacaktı. Bu sebeple, taşınır satış sözleşmelerinde şekil şartı getiren bir hukuk normu, arzu edilebilir değildir.

Sözleşme hukukuna geldiğimizde, hukukun ekonomik analizi akımında sözleşme hukukunun çeşitli iktisadi amaçlarının olduğu söylenir. Bunlara fırsatçılığın önlenmesi, çıkabilecek uyuşmazlıkların maliyetinin azaltılması, taraflar arasında etkili bilgi paylaşımının sağlanması örnek verilebilir. Bu konuda tam bir liste olmadığı gibi yazarlar da sözleşme hukukunun farklı iktisadi amaçlarına değinmişlerdir.¹⁰⁵ Ancak, tüm bu amaçlar tek bir normatif standarda hizmet

Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2006, s. 21-27; Thomas J. Miceli, *The Economic Approach to Law*, Stanford, Stanford University Press, İkinci Baskı, 2009, s. 2-3; Ejan Mackaay, *Law and Economics for Civil Law Systems*, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2013, s. 6-17.

¹⁰⁴ Miceli, s. 2-3.

¹⁰⁵ Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, New York, Aspen Publishers, Seki-

etmektedir. Bu da sözleşmesel ilişkilerin işlem maliyeti fazla olmadan kurulması, bu hukuki ilişkiyi sıkıntıya düşürebilecek durumların önlenmesi ve böylece ekonomik hayatın akışını sağlamaktır.

Bu amaçlardan özellikle fırsatçılığın önlenmesi, bize dürüstlük kuralı ile aşırı yararlanmanın bağlantısını göstermektedir. Fırsatçılık, kişinin sözleşmedeki açıklar yahut taraflar arasındaki bilgi asimetrisinden yararlanarak sözleşmenin ortak getirilerinin dağılımını kendi lehine değiştirmesi olarak anlaşılabilir. Fırsatçılık, zarar görenin sözleşmeden beklediği verimi alamamasına yol açar.¹⁰⁶ Örneğin, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına konu olmuş bir olayda kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde yükleniciler, projeyi finanse etmek için kendilerine devredilecek bağımsız bölümleri üçüncü kişilere şekil şartını sağlamayan geçersiz sözleşmelerle satmaktaydı. Bu durumda üçüncü kişi tüm edimlerini yerine getirirse ve bağımsız bölüm teslim edilse bile yüklenici, sözleşmenin geçersizliğine dayanarak mülkiyetin devrinden kaçınmaktaydı. Yüklenicin bu davranışı, bağımsız bölümlerin tapuda devredileceği sırada değerlerinin genellikle artmış bulunmasındandır.¹⁰⁷ Bu durumda, taraflar arasında sözleşmenin şekli bakımından bir bilgi asimetrisi mevcuttur. Üçüncü kişi, sözleşmenin geçersiz olduğunu bilmemekte ve sadece bağımsız bölümün teslimi ile karşı tarafın edimini yerine getirdiğini sanmaktadır. İşte yüklenici, bu bilgi asimetrisinden yararlanarak sözleşmenin getirilerinin dağılımını kendi lehine olacak şekilde değiştirmiş, fırsatçı bir davranışta bulunmuştur. Fırsatçı davranışla beraber, üçüncü kişi bağımsız bölümün değerinin artışından, bir diğer deyişle sözleşmeden beklediği verimi elde edemeyecektir. Yargıtay, bu olayda TBK m. 2'de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı¹⁰⁸ uyarınca mülkiyetin üçüncü kişiye devredilmesi gerektiğini hükmetmiştir. Bu karar, fırsatçılığın önlenmesi amacına uygun bir sonuçtur.¹⁰⁹

zinci Baskı, 2011, s. 124; Robert Cooter/Thomas Ulen, Law and Economics, Boston, Prentice Hall, Altıncı Baskı, 2014, s. 167-202.

¹⁰⁶ Mackaay, s. 430.

¹⁰⁷ YİBBGK., E. 1987/2 K. 1988/2 T. 30.9.1988.

¹⁰⁸ Hakkın kötüye kullanılması yasağının dürüstlük kuralının bir yansıması olduğu hakkında bkz. Hans-Bernd Schäfer ve Hüseyin Can Aksoy, "Alive and Well: the Good Faith Principle in Turkish Contract Law" *European Journal of Law and Economics*, Cilt 42, 2016, Sayı 1, s. 73-101.

¹⁰⁹ Schäfer/Aksoy, s. 96-97.

Fırsatçılık, sözleşmeden beklenen verimi azalttığından dolayı, kişiler gelecekte sözleşme yapmaktan kaçınabilir yahut sözleşme görüşmelerine daha temkinli yaklaşabilirler.¹¹⁰ Böylece sözleşme görüşmeleri daha maliyetli ve uzun olacaktır. Sözleşmelerin işlem maliyetlerinin artması ekonomik hayatı yavaşlatacak ve sosyal servet bozulacaktır.

Bu bağlamda dürüstlük kuralı fırsatçılığı engelleyen bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. Mesela, dürüstlük kuralından doğan bildirim yükümlülüğü, tarafların arasındaki bilgi asimetrisini ortadan kaldırmakta, böylece fırsatçılığı önlemektedir. Yargıtay'ın bir kararına konu olmuş olayda kamu görevlisi kişi, bir tacir ile tek satıcılık akdi kurmuştur. Ancak, kamu görevlisi, kendisinin ticaretle iştiğal edemeyeceğini karşı tarafa bildirmemiştir. Sözleşme ile ilgili uyuşmazlık ilk derece mahkemesine gelmiş, kamu görevlisi olan davacı, davalı tacire verdiği teminat senedinin iptalini talep etmiştir. İlk derece mahkemesi de sözleşmenin geçersiz olduğundan yola çıkarak senedin iptaline karar vermiştir. Bu durumda Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, sözleşme görüşmelerinde kamu görevlisinin dürüstlük kuralına aykırı davranışını, böylece somut olayda culpa in contrahendo kuralları çerçevesinde kamu görevlisinin güven ilişkisinin ihlalden doğan zarardan sorumlu olduğunu hükme bağlamış, ilk derece mahkemesinin kararını, mahkeme sözleşme öncesi sorumluluk meselesini tayin etmediği için bozmuştur.¹¹¹ Bu kararda kamu görevlisi kişi, bildirim yükümlülüğüne aykırı davranarak karşı tarafı dezavantaja sürüklemiştir. Zira tacir sözleşmenin geçerli olduğu düşüncesiyle sözleşmesel ilişki için belli bir emek sarf etmiştir. Ancak bu emek ile beklenen yararlar sağlanamamıştır. Ayrıca dürüstlük kuralının uygulanmadığı bir hukuk sisteminde sözleşmenin geçersiz olacağını bildirmeyen taraf, sözleşmesel ilişkiden doğan bir uyuşmazlık olduğunda sözleşmenin geçersizliğine dayanarak sorumluluğunu hafifletebilir. İlk derece mahkemesi, kararda culpa in contrahendo sorumluluğunu tayin etmeyerek tam da böyle bir durum yaratmıştır. Zira mahkeme, sadece tarafların aldıklarını iade etmekle yükümlü olduklarını belirtmiştir. Bildirim yükümlülüğünün sonuçları bu örnekle sınırlı değildir. Bazı durumlarda, karşı tarafın menfaatine olacak bir bilgiyi bilerek saklamak hile olarak

¹¹⁰ Mackaay, s. 430.

¹¹¹ Y. 13. HD. E. 1995/9375 K.1995/9860 T. 13.11.1995.

görülmektedir¹¹² ve bu durumda hukuk sistemleri zarar gören tarafı fırsatçılığın kötü etkilerinden koruyabilecek imkanlar sağlamaktadır.

Türk Yargıtay'ının yukarıda anlattığımız saiklerle verdiği kararlarıyla paralel şekilde Angloamerikan hukukunda benzer örnekler bulmak mümkündür. Örneğin; mahkemeler sözleşme görüşmeleri sırasında karşı taraftan bilgi gizleyen ya da yanlış izlenimler bırakan kişilerin, bu yolla yarattıkları avantajlı durumdan doğan taleplerini, tüm şekli geçerlilik şartları sağlanmış olmasına rağmen haklı görmeyerek, zarar gören tarafın ifadan kaçınmak veya karşı tarafı ifaya zorlamak için "equitable estoppel" iddiasını kullanmasını haklı görmüşlerdir.¹¹³

Örneğin; *Canfield v. Prod ve Long Beach v. Mansell* davalarında Amerikan Yüksek Mahkemesi equitable estoppel'e dayanacak tarafın, equitable estoppel konusu yaptığı ve ileride kendisine zarar verecek sözleşme hükümlerine dayanarak hareket etmesi ve karşı tarafın gerçek niyetini bilmemesi gerektiğini belirtmiştir.¹¹⁴

Equitable estoppel'e göre taraflar sözleşme görüşmeleri sırasında karşı tarafta bıraktıkları izlenimle paralel hareket etmelidir ve daha sonra çelişkili davranmaktan kaçınmalıdır. Doktrindeki görüşlere göre de yukarıdaki açıklamalarımızla paralellik gösteren "equitable estoppel" uygulaması sözleşme öncesi dürüstlük kuralının bir sonucudur ve taraflar arasındaki bilgi asimetrisinden doğan fırsatçılığı gidermeyi amaçlar.¹¹⁵

Görüldüğü üzere, dürüstlük kuralı bilgi asimetrisinden doğan ve bir tarafa normalden fazla dezavantaj yükleyen durumlara karşı kullanılmaktadır. Dürüstlük kuralına aykırılık sözleşme öncesinde olabileceği gibi sözleşmenin yorumlanmasında, edimlerin ifa edilmesinde ve sözleşmesel ilişkinin her safhasında meydana gelebilir.

Aşırı yararlanma-unconscionability durumundaysa fırsatçılık, sözleşme kurulurken ortaya çıkmaktadır. Aşırı yararlanma durumun-

¹¹² Mackaay, s. 439; Kocayusufpaşaoğlu, s. 459-460.

¹¹³ *Montrfiori v. Montefiori*, (1762) 1 Black. W. 363.8; *Pickard v. Sears*, (1837) 112 E.R. 179; *Pickard v. Sears*, (1837) 112 E.R. 179.

¹¹⁴ *Canfield v. Prod* (1977) 67 Cal. App. 3d 722, *Long Beach v. Mansell* [(1970) 3 Cal. 3d 462]

¹¹⁵ Talya Şans Uçaryılmaz, "Equitable Estoppel and CISG", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2018, C. 3, S. 2, s. 161-178

da fırsatçı taraf, sözleşmenin eksikliğinden yahut bilgi asimetrisinden yararlanmaktan ziyade sözleşme görüşmeleri sırasında karşı tarafın kendisinden doğan asimetrik pozisyonundan istifade etmekte ve böylece en baştan sözleşmenin getirileri adil dağılmamış olmaktadır.

Eğer sömürülen taraf bu durumda aşırı yararlanma kurumunun imkanlarına sahip olmasaydı, gelecek ekonomik ilişkilerinde kendini korumak için daha uzun ve maliyetli görüşme aşamalarını tercih edecekti. Görüleceği üzere aşırı yararlanma ve dürüstlük kuralı, aynı amaca hizmet eder. Sadece dürüstlük kuralı fırsatçılığa karşı genel bir koruma mekanizmasıyken aşırı yararlanma, sözleşme öncesinde tarafların asimetrik güç dengelerinden doğan fırsatçılığa karşı düzenlenmiştir. Bu bakımdan aşırı yararlanma, dürüstlük kuralının bir alt dalı olarak ortaya çıkar.

Yukarıdaki açıklamalarımız ışığında şunu söylemek gerekir ki; kanımızca aşırı yararlanmanın şartı olarak sadece objektif oransızlığı öngören düzenlemeler doğru değildir. Aşırı yararlanma kurumunun amacı, tarafların sözleşmesel ilişkiye güvenilebilmesi, sözleşmenin getirilerinin adil dağıtılmasıdır. Böylece aşırı yararlanma kurumu, ekonomik hayata ve toplum refahına katkı sağlayacaktır. Oysa ki subjektif şartın var olmadığı durumlarda tarafların sözleşmesel ilişkiye güveni azalmış değildir. Mesela, başışlama amacı ile yapılan bir satış sözleşmesindeki durum böyledir. Zira, burada ürünün piyasa değeri ile sözleşmede kararlaştırılan değeri arasında açık bir nispetsizlik vardır fakat bu tarafların arasındaki asimetrik güç dengesinden kaynaklanmamaktadır. Hatta bu durumda taraflara iptal hakkı tanımak, sözleşmesel ilişkiye olan güveni azaltan bir düzenleme olacaktır.

SONUÇ

Kompleks ve sürekli değişen bir dünyada, dürüstlük kuralı adilliği sağlamada kendisine düşen görevi layıkıyla yerine getirmektedir. Öyle ki, bu kural ortaya çıktığı hukuk sistemi ile sınırlı kalmayarak Common Law'a da girmiştir. Bu kuralın doğurduğu önemli bir kurum olan aşırı yararlanma ise her iki sistemde de dürüstlük kuralının özelliklerini anlamak ve anlatabilmek için oldukça işlevseldir. Buna göre, aşırı yararlanmanın amacı her iki sistemde de dürüstlük kuralına aykırı şekilde yani makullük, iyiniyet ve adillığe aykırı olarak karşısındaki kişiden

faydalanmaya çalışanlara imkân tanımamaktır. Bu noktada hem hukuk sistemleri hem de onların altındaki ülkelerin kendi içlerindeki farklar dikkate değerdir. Örneğin; Fransa ve Avusturya'da edimler arasında aşırı oransızlık sabit oranlara bağlıyken, ABD, Türkiye, İsviçre ve Almanya bu oransızlığı somut olayda hâkimin takdirine bırakmış ve böylece dürüstlük kuralının sağladığı esnekliği daraltmayarak daha modern bir yaklaşım yakalamıştır. Aşırı yararlanmayı kuran unsurlardan öte, ona bağlanan yaptırımlara bakıldığında ise görülebilir ki farklı sistemlerde olsalar da aynı yaptırımı belirleyen ülkeler vardır. Alman hukuku aşırı yararlanma halinde sözleşmeyi kesin hükümsüzlükle tamamen ortadan kaldırırken, Fransız hukuku detaylı bazı şartlar altında sözleşmenin ayakta tutulmasına imkân tanımaktadır. Türk, İsviçre ve Amerikan hukukları ise sözleşmenin aşırı oransızlığın giderilmesi şartıyla ayakta kalmasını oldukça kolaylaştırmıştır. Son ana kadar tarafların iradesini korumaya çalışan bu modern yaklaşım aynı zamanda dürüstlük kuralını ortaya çıkaran nedenlerle de uyumludur, zira dürüstlük kuralı sert ve mutlak sonuçlar yaratmaktan çok, beklenmeyen olaylara makul ve adil bir çözüm sunarak kanunun erişemediği boşluklara da hakkaniyeti taşımayı amaçlamaktadır.

Sonuç olarak, Angloamerikan hukukunda aşırı yararlanmanın karşılığı gördüğümüz Unconscionability ile herhangi bir Kıta Avrupası ülkesindeki aşırı yararlanma birbirinden çok farklı değildir. Hatta kimi zaman Türk-İsviçre ile Amerika örneğinde olduğu gibi, Kıta Avrupası'ndaki bir ülkedeki aşırı yararlanma Amerika'dakine kendi sistemindekilerle aynı uzaklıkta olabilmektedir. En sonunda görülebilir ki farklı kültürel, sosyal ve ekonomik dinamiklere sahip olan ülkelerde bile, toplumların ortak kaygısından çıkan dürüstlük kuralı benzer şekilde gelişmiş, benzer kurumlar yaratmış ve binlerce yıldır hakkaniyeti sağlamada önemli bir araç olmuştur. Bu durum her geçen gün bilgi alışverişinin daha da kolaylaştığı dünyamızdaki globalleşmenin hukuka da sirayet ettiğini göstermektedir.

Kaynakça

Makaleler

- Aksoy Hüseyin Can/Schäfer Hans-Bernd, "Alive and Well: The Good Faith Principle in Turkish Contract Law", *European Journal of Law and Economics*, 2015, S.42, s. 73-101
- Barlas Nami, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenlenme Tarzı ve Eleştirisi, 2011, S.55, s. 191-208.
- Bork Kevin/Wandt Manfred, "Utmost" Good Faith in German Contract Law, *Zvers-Wiss*, 2020, S.109, s. 243-254
- Burton Steven J., "Breach of Contract and Common Law Duty to Perform in Good Faith", *Harvard Law Review*, Cambridge-Massachusetts 1980, C.94, S.2, s. 369-404.
- Calvert Alisyair / Bond Jameela / Houlihan Madelana M., "Good Faith in English Contract Law", *The National Law Review*, 2022, C.12, S.60 <https://www.natlawreview.com/article/good-faith-english-contract-law>
- Çakrak Recep, Kamu Hukuku ve Özel Hukuk Açısından Dürüstlük Kuralı ve Uygulama Alanı, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, S.2, s. 47-76.
- Farnsworth E. Allen, "Disputes over Omission in Contracts", *Columbia Law Review*, New York 1968, C.68, S.5, s. 860-891.
- Hallebeek Jan, "Some remarks on laesio enormis and proportionality in roman-dutch law and calvinistic commercial ethics", *Fundamina*, 2015, S.21, s. 14-33.
- Hunter Jr. Richard J., "Unconscionability Revisited: A Comparative Approach", *North Dakota Law Review*, Grand Forks 1992, C. 68, S. 1, s. 145-170
- Jr. Mark Pettit, "Freedom, Freedom of Contract, and the Rise and Fall" *Boston University Law Review*, Boston 1999, C. 76, S. 2, s. 263-354.
- Jusztinger Janos, "The Principle of Laesio Enormis in Sale and Purchase Contracts in Roman Law", *Studia Iuridica Auctoritate Universitatis Pecs Publicata*, 2011, S.149, s 107-124.
- Kılınç Ayşe Nur, Japon Sözleşme Hukukunun Temel İlkeleri ve Japon Medeni Kanunundaki Güncel Gelişmelere Bir Bakış, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, S.14, s. 457-492.
- Knapp Charles L., "Unconscionability in American Contract Law: A Twenty-First Century Survey", *University of California Hastings College of Law Legal Studies Research Paper Series (71)*, 2013, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2346498
- Küçükgüngör Erkan/Emiroğlu Haluk, "Roma Hukukunda ve Bazı Çağdaş Hukuk Düzenlerinde Laesio Enormis (Gabin)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2004, C. 53, S.1.
- Litvinoff Saul, "Vices of Consent, Error, Fraud, Duress and an Epilogue on Lesion" *Louisiana Law Review*, Baton Rouge 1989, C. 50, S. 1, s. 1-116.
- Litvinoff Saul, Good Faith, *Tulane Law Review*, New Orleans 1997, S.71, s.1645-1673
- Mehren Arthur Taylor von, "French Doctrine of Lesion in the Sale of Immovable Property" *Tulane Law Review*, Cilt 49, 1974-1975, Sayı 2.
- Pawlowski Mark, "Undue Influence: Towards A Unifying Concept Of Unconscionability", *The Denning Law Journal*, Buckingham 2018, C.30, s. 117-151

Rodriguez-Yong Camilo Andres, "The Doctrines Of Unconscionability And Abusive Clauses: a Common Point Between Civil And Common Law Legal Traditions" , *Oxford University Comparative Law Forum*, 2011, S.1, <https://ouclf.law.ox.ac.uk/the-doctrines-of-unconscionability-and-abusive-clauses-a-common-point-between-civil-and-common-law-legal-traditions/#k>

Uçaryılmaz Talya Şans, "Equitable Estoppel and CISG", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2018, C. 3, S. 2, s. 161-178

Wilson Kerianne, "Alive and Kicking – The Story of Lesion and the Civil Code of Québec" *Les Cahiers de droit*, Québec 2010, C. 51, S. 2, s. 446-465.

Kitaplar

Apaydın İrem, 6098 sayılı Borçlar Kanunu Çerçevesinde Aşırı Yararlanma, Ankara, Yetkin Hukuk Yayınları, 2020.

Cooter Robert ve Ulen Thomas, *Law and Economics*, Boston, Prentice Hall, Altıncı Baskı, 2014.

Cope Malcolm, *Duress, Undue Influence and Unconscientious Bargains*, Sydney, Law Book Co., 1985.

Kalkan Burcu, *Türk Hukukunda Gabin*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004.

Kara Doğan/Develioğlu H. Murat, *Borçlar hukuku genel hükümleri ile ilgili İsviçre Federal Mahkemesi kararlarından örnekler*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020.

Llyweyn Karl N., *The Common Law Tradition Deciding Appeals*, Boston/Toronto, Little/Brown & Co., 1960.

Mackaay Ejan, *Law and Economics for Civil Law Systems*, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2013.

Miceli Thomas J., *The Economic Approach to Law*, Stanford, Stanford University Press, İkinci Baskı, 2009.

Necip Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, İstanbul, Filiz Kitabevi, Yedinci Baskı, 2017.

Okumuş Selmani, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Aşırı Yararlanma (Gabin), Ankara, Yetkin Hukuk Yayınları, 2015.

Posner Richard, *Economic Analysis of Law*, New York, Aspen Publishers, Sekizinci Baskı, 2011.

Tuhr Andreas von, *Borçlar Hukuku*, çev. Cevat Edege, İstanbul, Yeni Matbaa, Birinci Baskı, 1953.

Uçaryılmaz, Talya. Şans, *Bona fides: (dürüstlük kuralı)*, İstanbul, Yetkin, 2019.

Williston Samuel, *A Treatise On The Law Of Contracts (3rd Edition)*, New York, Baker/Voorhis and Co., 1972.

Derleme Kitap Bölümü

Beale Hugh, *Undue Influence and Unconscionability*, in Andrew Dyson/James Godkamp/Frederick Wilmot-Smith (der.), *Defences in Contract*, Oxford, Hart Publishing, 2017, s. 87-112

Birks Peter/Yin Chin Nyuk, *On the Nature of Undue Influence*, in Jack Beatson/Daniel Friedmann (der.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, Clarendon Press, 1995, s. 57-97

- Markovits Daniel, Good Faith as Contract's Core Value, in Gregory Klass/George Letsas/Prince Saprai (der.), *Philosophical Foundations of Contract Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, s. 272-294
- Sirmen Lale, "Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku" Cahit Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara, Ankara Üniversitesi, 1972.
- Summers Robert M, The Conceptualization of Good Faith in American Contract Law, in Robert M. Summers/William G. McRoberts/Arthur L. Goodhart (der.), *Essays in Legal Theory - Law and Philosophy Library* vo. 46, E-book, Springer-Dordrecht, 2000, s. 299-320

Yayınlanmamış Yüksek Lisans ve Doktora Tezleri

- Gustafsson Per, The Unconscionability Doctrine in U.S. Contract Law, (Danışman: Ola Svensson), Lund University Faculty of Law, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2011, <https://www.lunduniversity.lu.se/lup/publication/1761847>
- Sanlı Kerem Cem, Hukuk ve Ekonomi Öğretisi ve Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi, (Danışman: Cevdet Yavuz) Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2006.
- Öncel Yeşim Ezgi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Aşırı Yararlanma Kavramı, (Danışman: Prof. Dr. Hüseyin Hatemi), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017.
- Özdemir Oylum, Aşırı Yararlanma, (Danışman: Mehmet Tufan Ögüz), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019.

İnternet Kaynakları

- Mahmud Sana, Is there a general principle of good faith under English law? , https://www.fenwickelliott.com/research-insight/annual-review/2016/principle-good-faith-english-law#footnote1_6bbbj69, 06.06.2022
- Menteşe Helin, Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde "Dürüstlük İlkesi" , <http://helinmentese.com/anglo-sakson-hukuk-sisteminde-durustluk-ilkesi/> , 06.06.2022

Mahkeme Kararları

Birleşik Krallık

- Allcard v Skinner (1887) 36 Ch D 145 (CA)
- Barclays Bank plc v O'Brien. (1993) 4 All ER 417 (HL)
- Berkeley Community Villages Ltd and another v Pullen and others (2007) EWHC 1330
- Boustany v Piggott (1995) 69 P & CR 298 (PC)
- BP Refinery (Westernport) Pty Ltd v Shire of Hastings (1977) 52 ALJR 20
- Cf Simpson v Simpson (1992) 1 FLR 601 (Ch D)
- Earl of Chestirfield v. Janssen (1750-1) 2 Ves Sen 125 (Chestirifield)
- James v. Morgan, 1 Lev. 111 (1663)
- Langton v Langton (1995) 2 FLR 890 (Ch D)
- Lloyds Bank Ltd v Bundy (1974) EWCA Civ 8
- Marks and Spencer plc v BNP Paribas Securities Services Trust Company (Jersey) Limited (2015) UKSC 72

Pickard v. Sears (1837) 112 E.R. 179

Royal Bank of Scotland v Etridge (No 2) (2001) UKHL 44; (2002) 2 AC 773 [14]

Amerika Birleşik Devletleri

Adams v John Deere Co. 774 P 2d 355, 357 (Kan Ct App 1989)

Canfield v. Prod (1977) 67 Cal. App. 3d 722

Carboni v. Arrospide - 2 Cal. App. 4th 76, 2 Cal. Rptr. 2d 845 (1991)

City of Long Beach v. Mansell (1970) 3 Cal. 3d 462

Jones v. Star Credit Corp., 298 N.Y.S.2d 264, 266-68 (Sup. Ct. 1969)

Kugler v. Romain 279 A.2d 640 (N.J. 1971)

Perkins v. Standard Oil Co., 235 Or. 7, 15-17, 383 P.2d 107, III-12 (i963)

Ryder Truck Rental, Inc. v. Central Packing Co., 34i F.2d 32I, 323-24 (ioth Cir. i965)

Sessions, Inc. v. Morton, 49i F.2d 854, 857 (gth Cir. 1974)

Williams v. Walker-Thomas Furniture Co., 350 F.2d 445, 449 (D.C. Cir. 1965)

Zimmer v Cooper Neff Advisors Inc 523 F 3d 224, 228 (3d Cir 2008)

Avusturalya

Commercial Bank of Australia Ltd. v Amadio (1983) 151 CLR 447

Türkiye

Y. 1. HD. E. 1978/2699, K. 1978/3106 T. 22.3.1978

Y. 13. HD. E. 1995/9375 K.1995/9860 T. 13.11.1995

YİBBGK., E. 1987/2 K. 1988/2 T. 30.9.1988

ZORUNLU DEPREM SİGORTASINA TÜRK TİCARET KANUNU HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASI

APPLICATION OF THE TURKISH COMMERCIAL CODE PROVISIONS TO COMPULSORY EARTHQUAKE INSURANCE

Kâmil ÖZBASAN*

Özet: Ülkemizde zorunlu deprem sigorta teminatı, özel bir kanunla kurulan Doğal Afet Sigortaları Kurumu (DASK) tarafından verilmektedir. DASK, sigorta şirketleri gibi anonim şirket veya kooperatif şirket olmayıp kamu tüzel kişisidir. Ancak buna rağmen zorunlu deprem sigortası (ZDS) yönünden sigortacı sıfatına sahiptir. ZDS alt mevzuatı, ZDS sözleşmesine ilişkin özel kanunda hüküm bulunmayan haller bakımından, Türk Ticaret Kanunu'nun koruyucu hükümlerin denetimine tabidir.

Anahtar Kelimeler: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, Sigorta Hukuku, Sigorta Sözleşmesi, Deprem, Sigorta, Doğal Afet Sigortaları Kurumu, Dask, Zorunlu Sigorta, Sigortacı

Abstract: Compulsory earthquake insurance coverage in our country is provided by the Turkish Catastrophe Insurance Pool (TCIP), which was established with a special code. TCIP is not a joint stock company or cooperative company like other insurance companies, but a public legal entity. However, it still is THE insurer in terms of compulsory earthquake insurance (ZDS). ZDS sub-legislation is under control of the compulsory terms of the Turkish Commercial Code in cases where there is no provision in the special law regarding the ZDS contract.

Keywords: Turkish Commercial Code Nr. 6102, Insurance Law, Insurance Contract, Turkish Catastrophe Insurance Pool (TCIP), Earthquake, Insurance, Catastrophe Insurance Pool, TCIP, Compulsory Insurance, Insurer

* Avukat- Sigorta Tahkim Hakemi, k.ozbasan@superonline.com, ORCID 0009-0002-0875-0546, Makalenin Gönderim Tarihi: 10.08.2023, Kabul Tarihi: 03.10.2023

GİRİŞ

Bu yazımızda Doğal Afet Sigortaları Kurumu'nun (DASK) sigortacı sıfatına sahip bulunup bulunmadığı, ZDS sözleşmesinin sigorta sözleşmesi olma niteliği ve ZDS sözleşmelerine TTK hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı hususları incelenecektir.

Türk Hukukunda ilk kez 587 sayılı KHK ile yürürlüğe giren ve daha sonra 6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu çerçevesinde düzenlenmiş olan ZDS sözleşmesi teminatı, kamu tüzel kişiliğini haiz olarak yapılandırılan DASK tarafından verilmektedir. DASK, sigorta sözleşmesi yapma yetkisine sahip diğer sigorta şirketleri gibi 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu (SK) çerçevesinde ruhsat verilmiş bir anonim şirket değildir. Bu nedenle öğretilerde DASK tarafından yapılan ZDS sözleşmesinin Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) tanımlanan şekliyle bir sigorta sözleşmesi olup olmadığı hususu tartışılmıştır. Yine ZDS sözleşmesinde teminatı veren tarafın bir sigorta şirketi olmadığı ileri sürülerek ZDS'nin TTK'da tanımlanan anlamda bir sigorta sözleşmesi olmadığı ve bu nedenle TTK hükümlerine tabi olmayacağı şeklindeki bir görüşün de son zamanlarda ileri sürüldüğü görülmektedir.¹ Bu görüşe hukuken neden itibar edilemeyeceği hususu aşağıda ayrıntılı olarak izah edilecektir.

Zorunlu Deprem Sigortası sözleşmesinin, Türk Ticaret Kanunu ve sigortacılık mevzuatı bakımından bir "sigorta sözleşmesi" olup olmadığı ve DASK'ın da bu sözleşme bakımından "sigortacı" sıfatına sahip olup olmayacağı hususu, genel anlamıyla Sigorta Hukuku ilkeleri bakımından önemli olduğu gibi, 6 Şubat 2023 tarihli Kahramanmaraş depremleri sonrasında süregelen sigortacının bilgilendirme ve aydınlatma yükümlülüğü tartışması bakımından da önem arz etmektedir. Bu nedenle bu makalede ZDS sözleşmesinin hukuki niteliğine de değinilmek suretiyle, TTK'nın sigorta hukukuna ilişkin hükümlerinin ve temel sigortacılık ilkelerinin ZDS sözleşmesi bakımından uygulanabilir olup olmadığı değerlendirilecektir.

¹ Vural Seven- "Doğal Afet Sigortaları Kurumu'nun Hukuki Durumu ve Sözleşme Sonrası Bilgilendirme Yükümlülüğü" <https://blog.lexpera.com.tr/dogal-afet-sigortalari-kurumunun-hukuki-durumu-ve-sozlesme-sonrasi-bilgilendirme-yukumlulugu/>

I. ZDS SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Sigorta sözleşmesi TTK'nın 1401. maddesinde;

“Sigorta sözleşmesi, sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği sözleşmedir” şeklinde tanımlanmıştır.² Deprem rizikosunun kişiyi uğratacağı zararın ve mal üzerindeki menfaatin, belirlenen bir prim karşılığında teminat altına alınması olgusunu barındıran ve bu haliyle TTK'nın sigorta sözleşmesi tanımına uyan ZDS, Sigorta Hukuku bakımından tam bir sigorta sözleşmesi olup, verdiği teminatın ve karşıladığı zararın niteliği gereği zarar sigortaları kategorisi altında yer alan mal sigortası niteliğindedir.³ Diğer bir deyişle aktif sigortası kategorisindedir.⁴ Türk Ticaret Kanunu'nun Sigorta Kitabında gerek mal sigortaları ve gerekse zorunlu sigortalara özel olarak yer verilmiş olmasına rağmen, zorunlu mal sigortaları için özel bir düzenleme yapılmış değildir. TTK'da zorunlu sigortalara ilişkin yapılan özel düzenlemeler sadece zorunlu sorumluluk sigortalarına ilişkin olup, anılan hükümler mal sigortası niteliğindeki ZDS bakımından uygulanabilir nitelikte değildir. Ancak TTK'da zorunlu mal sigortasına ilişkin özel bir kategoriye yer verilmemiş olması, zorunlu mal sigorta sözleşmesinin yapıldığı durumlarda anılan sözleşmelerin sigorta hukukuna ilişkin temel ilkelere ve özellikle de TTK'nın koruyucu hükümlerine tabi olmayacağı anlamına gelmeyecektir. Sonuç olarak Türk Hukuku'nda ilk kez 587 sayılı KHK ile yürürlüğe giren ve teknik anlamda mal sigortası olan bu sigorta, hukuki niteliği itibariyle “zorunlu mal sigortası”dır.⁵

² Rayegan Kender- “Sigortanın mahiyetine göre sigorta mukavelesinin tarifi şöyle olabilir. “Sigorta mukavelesi, sigortacının sigorta himayesini e sigorta ettirenin bir prim ödeme borcunu üzerine aldığı (tam iki taraflı) karşılıklı taahhütleri hai, borç doğuran (iltizami) bir akitir.” Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku I 6. Bası s.115

³ Mehmet Somer- “Zorunlu Deprem Sigortasının Özel Sigorta Hukukuna İlişkin Bazı Yönlerden Değerlendirilmesi” *Sigorta Hukuku Dergisi* 2001/1 s.119

⁴ Samim Ünan- “Zorunlu Deprem Sigortası” *Sigorta Hukuku Dergisi* 2001-1 s.87
Nuray Barlas “Afet Sigortaları Kanunu’na göre zorunlu Deprem Sigortası Sözleşmesinin tarafları” *EÜHFD*, C. XV, S. 3-4 sayfa 122 (2011) <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ebyuhfd/issue/63083/957173>

⁵ Mehmet Somer, Adı geçen eser (Age) s.130

II. DASK'IN SİGORTACI SIFATI VE ZDS SÖZLEŞMESİNE TTK. HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASI

DASK kurumu 6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu'nun 3/1 maddesi uyarınca kamu tüzel kişiliğine haizdir.⁶ DASK'ın 5684 sayılı SK hükümlerine göre ruhsat verilen bir sigorta şirketi olmayıp özel kanunla kurulmuş olması, DASK tarafından yapılan sözleşmeyi özel sigorta sözleşmesi olmaktan çıkarmayacağı gibi, bu sözleşme bakımından DASK'ı sigortacı sıfatına sahip olmaktan çıkararak bir durum da değildir. Zira bir sözleşmenin sigorta hukuku bakımından sigorta sözleşmesi olarak kabulü için asıl olan, o sözleşmenin sigortanın bütün özelliklerini taşıması ve sigortacılık ilkeleri çerçevesinde düzenlenmiş olmasıdır⁷ Sigorta güvencesi verenin kamu tüzel kişisi veya özel hukuk tüzel kişisi olmasının hukuken bir önemi yoktur. Önemli olan sigorta ilkelerine uygun bir sigorta korumasının verilmiş olmasıdır.⁸

Bu konuda ileri sürülen istisnai nitelikteki bir görüşe göre, DASK bakımından Türk Ticaret Kanunu'nun Sigorta Hukuku'na ilişkin hükümlerinin uygulama alanı bulması için ortada 5684 Sayılı SK uyarınca ruhsat almış bir sigorta şirketinin bulunması gerekir. Yine bu görüşe göre SK uyarınca ruhsat almamış bir şirketin yaptığı sigorta sözleşmesi, TTK'nın 1401/2 maddesi uyarınca ruhsatsız bir şirketle bilerek yapılan sigorta sözleşmesi niteliğinde olduğundan TTK hükümlerine değil, TBK 604-605 maddesi hükümlerine tabi olacaktır.⁹ Oysa

⁶ Madde 3- (1) "Bu Kanuna göre sunulacak sigorta ve reasürans teminatları, Bakanlık nezdinde kurulan kamu tüzel kişiliğini haiz Doğal Afet Sigortaları Kurumu tarafından verilir."

⁷ Samim Ünan, "Zorunlu Deprem Sigortası" *Sigorta Hukuku Dergisi* 2001-1 s.87
Nuray Barlas, Age. sayfa 143, Aynur Yongalık, "Zorunlu Deprem Sigortası", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Aralık 2001, C.XXI, S.2, s.151-173

⁸ Aynur Yongalık, Age. sayfa 157 "Dask adı altında karşımıza çıkan kamu hukuku sigortacıları, çok çeşitli isimler altında karşımıza çıkabilir. Hangi isim altında çıkarılırsa çıkarılınsınlar, isimleri bunların kamusal (resmi) olmalarını ve ayrıca yapılan sigorta sözleşmesi sayılmasını engellemez. Çünkü özel sigorta olup olmadığı konusunda karar vermekte sigortacının organizasyon şekli değil, bilakis sigorta korumasının verilmesi önemlidir".

⁹ Vural Seven, Age. B bendi "Türk Ticaret Kanunu'nun Sigorta Hukuku'na ilişkin hükümlerinin uygulama alanı bulması için ruhsat almış bir sigorta şirketinin bulunması şarttır. Zira Türk Ticaret Kanunu'nun m.1401/2 hükmünde; "Ruhsatsız bir şirket ile onun bu durumunu bilerek yapılan sigorta sözleşmeleri hakkında Türk Borçlar Kanunu'nun 604 ve 605'inci maddeleri uygulanır. Türkiye'de yerleşik olmayan sigorta şirketleriyle kurulan sigorta sözleşmelerinde bu hüküm uygulanmaz" denilmiştir. Böylece ruhsat sahibi olmayan bir kimse ile akdedilen

yukarıda izah ettiğimiz gibi DASK'ın Sigortacılık Kanunu kapsamında ruhsat verilen özel hukuk tüzel kişilerinden farklı bir hukuki statüye sahip olması, ZDS'yi sigortacılık ilkelerine tabi özel hukuk sigorta sözleşmesi olmaktan çıkarmayacağı gibi, DASK'ı da bu sözleşme bakımından sigortacı sıfatını almaktan kurtarmayacaktır. Zira öğretilerde baskın bir biçimde kabul edildiği üzere burada sigorta hukuku bakımından önemli olan husus, sigorta sözleşmesi tanımına ve sigortacılık ilkelerine göre düzenlenen bir sigorta sözleşmesinin bulunmasıdır.¹⁰ DASK kurumu da bu sigortayı düzenlemek bakımından iznini yani ruhsatını özel bir kanunla almış durumdadır.

Diğer yandan, TTK 1401/2 maddesi hükmünün hukuki anlamı ve kanun koyucunun muradı çok açıktır. Maddede geçen "ruhsatsız" sözcüğü, literatür bakımından da mevzuata uygun alınmış faaliyet ve işlem yapma izni olmayan anlamını taşımaktadır.¹¹ Söz konusu maddede göre ruhsatsız şirketle sigorta işlemi yapılmasından kastın, mevzuat çerçevesinde sigorta sözleşmesi akdetme konusunda kanunla izin ve yetkiye sahip olmayan veya daha önce sahip olduğu bu konudaki izni kaybetmiş olan bir kuruluşla işlem yapılması olduğu hususu, herhangi bir kuşkuyla yer vermeyecek kadar ortadadır. Oysa DASK, izinsiz ve ruhsatsız sigorta faaliyeti yürüten bir kuruluş değildir. Mevzuata uygun olarak özel bir kanunla kendisine deprem sigortası düzenleme yetkisi verilmiş bir kuruluştur.¹² TTK 1401/1 maddesinin, sigortacılık faaliyetinde bulunma konusundaki ruhsatın yani iznin kim tarafından, hangi kanuna dayanarak ve nasıl verileceğini konusunda bir sınırlama yaptığından söz etmek mümkün değildir. Türkiye Cumhuriyeti kanunlarından olan 6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu'nun DASK kurumuna böyle bir izin (ruhsat) vermediği ileri sürülemeyeceğine göre, DASK'ı ruhsatsız ve izinsiz sigorta işlemi yapan bir kuruluş kategorisinde kabul etme düşüncesi ve yapılan sigorta sözleşmesinin

sigorta sözleşmeleri bakımından Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. O halde DASK'ın sağladığı sigorta teminatı bakımından Türk Ticaret Kanunu hükümleri de uygulanmayacaktır".

¹⁰ Bkz. Yukarıda 8e 9 nolu dipnotlar

¹¹ Ruhsat=izin, <https://sozluk.gov.tr>

¹² Mertol Can, "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine göre Sigorta Sözleşmesinin tabi olduğu esaslar" 2012 s. 13: "... Ancak ülkemizde Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Doğal Afet Sigortaları Kurumu gibi bazı özel sigortaları yapmak üzere kurulmuş olan kamu tüzel kişilerinin de mevcut olduğu gözden kaçırılmamalıdır".

de salt bu nedenle TTK hükümlerine değil, TBK 604-605. madde hükümlerine¹³ tabi olacağını ileri sürmek ne sigorta hukuku ilkeleriyle ne de temel hukuk ilkeleriyle bağdaşır nitelikte değildir. Yukarıda da belirtildiği üzere DASK'ın işlem yapma yetkisinin SK yerine özel bir kanuna dayanıyor olması, yapılan işlemi ruhsatsız (izinsiz) işlem statüsüne sokmayacağı gibi, yapılan sözleşmeyi TTK anlamında özel (hususî) sigorta sözleşmesi olmaktan da çıkarmayacaktır.¹⁴ Bu nedenle sigorta sözleşmesinin tarafı olan DASK kurumu, anonim şirket şeklinde bir örgütlenmesi olmasa dahi zorunlu deprem sigortası sözleşmesi yönünden sigortacı sıfatına sahiptir.

Son olarak, DASK'ın kendi mevzuatının da ZDS bakımından bir kamu hukuku sözleşmesinden veya Borçlar Hukuku sözleşmesinden değil, TTK sigorta kitabında yer alan sigorta prensiplerini içeren bir sigorta sözleşmesinden bahsettiği unutulmamalıdır.¹⁵ Sigorta bedeli, sigorta ettiren, sigorta primi, sigorta tazminatı, riziko ve tenzili muafiyet gibi özel sigorta hukukuna ilişkin hemen tüm terminolojiye sahip bu sigorta ürünü, kendi mevzuatı tarafından da özel hukuk sigorta sözleşmesi olarak kabul edildiği için Sigorta Tahkim yargılamasına tabi kılınmış iken,¹⁶ özel kanununda hüküm bulunmayan haller ba-

¹³ "TBK Kumar ve Bahis - Alacağın dava ve takip edilememesi Madde 604 - Kumar ve bahisten doğan alacak hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz.

Kumar veya bahis için bilerek verilen avanslar ve ödünç paralar ile kumar ve bahis niteliğinde oldukları takdirde, borsada işlem gören malların, yabancı paraların ve kıymetli evrakin fiyat farkı esaslı üzerine yapılan vadeli satışlar hakkında da aynı hüküm uygulanır".

Kumar ve Bahis - Borç senedi verme ve isteyerek ödeme

Madde 605 - Kumar oynayan veya bahse giren kişi tarafından imzalanmış adi borç veya kambiyo senedi üçüncü bir kişiye devredilmiş olsa bile, hiçbir kimse bunlara dayanarak dava açamaz ve takip yapamaz. Kıymetli evrakin iyiniyetli üçüncü kişilere sağladığı haklar saklıdır.

Kumar ve bahis borcu için isteyerek yapılan ödemeler geri alınmaz. Ancak, kumar veya bahsin usulüne göre yürütülmesi beklenmedik olayla veya diğer tarafın fiiliyle engellenmişse ya da diğer taraf kumar veya bahse hile karıştırmışsa, isteyerek yapılan ödeme geri alınabilir.

¹⁴ Samim Ünan, "Zorunlu Deprem Sigortası" *Sigorta Hukuku Dergisi* 2001-1 s.87 "Bu sigorta, özel düzenlemede hüküm bulunmayan hallerde, sigorta sözleşmeleri hakkındaki kurallara tabi olacaktır".

¹⁵ 6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu'nda 70 kez sigorta sözcüğü, 20 kez "deprem sigortası" ifadesi, aynı şekilde ZDS Genel Şartlarında 115 kez sigorta sözcüğü, 8 kez sigorta sözleşmesi, 13 kez "sigorta bedeli" ifadesi geçmektedir.

¹⁶ ZDS Genel Şartlar "C.6- Tahkim ve Yetkili Mahkeme Sigorta sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgili olarak, uyuşmazlık

kımından TTK'nın sigortaya ilişkin hükümleri yerine TBK'nın genel hükümlerinde yer alan "Kumar ve Bahis" hükümlerine tabi olacağı-
nın ileri sürülmesi, kanaatimizce hukuken itibar edilebilir nitelikte
değildir.

Bir sigorta sözleşmesi olduğunda şüphe bulunmayan ZDS ba-
kımından kanun koyucunun 6305 sayılı özel kanunda sigortacılıkla
ilgili tüm temel ilkelere tek tek yer vermemiş olması, Türkiye Cum-
huriyeti kanunlarının bir bütün olması karşısında son derece normal
kabul edilmelidir. Bütün bu nedenlerle özel bir kanunla düzenlenmiş
olan ZDS bakımından hukuki değerlendirmelerin öncelikle 6305 sayılı
Afet Sigortaları Kanunu ve kendi alt mevzuatına göre yapılması, özel
kanun ve alt mevzuatında hüküm bulunmaması halinde ZDS ye uy-
gulanabilir hükümler bakımından TTK hükümlerine gidilmesi gere-
kecektir. 6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu'nda hüküm bulunmayan
haller bakımından ZDS'nin kendi alt mevzuatına gidilirken, normlar
hiyerarşisi gereğince TTK'da koruyucu hükümleri düzenleyen 1452.
ve 1486. Maddelerde belirtilen hükümlerin kamu düzeninden olma
niteliği dikkate alınarak, deprem sigortasına ilişkin alt mevzuatın il-
gili koruyucu hükümlerin denetimine tabi olacağı unutulmamalıdır.
TTK'nın koruyucu olmayan hükümleri ise, 6305 sayılı özel kanunda ve
alt mevzuatta hüküm bulunmayan haller bakımından ZDS'nin huku-
ki niteliğine uygunluğu değerlendirilerek uygulanabilecektir.

SONUÇ

Bir sözleşmenin sigorta hukuku ve TTK bakımından sigorta söz-
leşmesi olarak kabulü için asıl olan sigortanın bütün özelliklerini ta-
şınması ve sigortacılık ilkeleri çerçevesinde düzenlenmiş olmasıdır.¹⁷
DASK kurumu, özel kanunla kendisine tanınan izin ve yetki çerçeve-
sinde zorunlu deprem sigorta sözleşmesinin tarafıdır ve zorunlu dep-

konusu olayın üyelik tarihinden sonra meydana gelmiş olması halinde, Sigor-
ta Tahkim Komisyonuna başvurulabilir. 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun
30'uncu maddesinin on ikinci fıkrasında belirtilen tutara kadar olan kararlar her
iki taraf için de kesindir. Sigorta Tahkim Komisyonuna başvuru ile ilgili ayrıntılı
bilgi www.sigortatahkim.org adresinden edinilebilir".

¹⁷ Samim Ünan, "Zorunlu Deprem Sigortası" *Sigorta Hukuku Dergisi* 2001-1 s.87

Nuray Barlas Age. s. 143

Aynur Yongalık, "Zorunlu Deprem Sigortası" *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*,
Aralık 2001, C.XXI, S.2, sh.151-173

rem sigortası sözleşmesi yönünden sigortacı sıfatına sahiptir. Yukarıda da belirtildiği üzere, sigorta güvencesi verenin kamu tüzel kişisi veya özel hukuk tüzel kişisi olmasının hukuken bir önemi yoktur. Hukuken önemli olan sigorta ilkelerine uygun bir sigorta korumasının verilmiş olmasıdır.¹⁸

ZDS sözleşmesine TTK hükümlerinin doğrudan uygulanamayacağı ve bazı hükümlerinin ancak kıyasen uygulanabileceği görüşü, DASK'ın bir kamu kuruluşu olması ve diğer sigorta şirketleri gibi SK Hükümlerine göre ruhsat verilmiş olan bir anonim şirket veya kooperatif şirket olmaması temeline dayandırılmaktadır.¹⁹ Oysa burada dikkat edilmesi gereken asıl husus sigorta teminatının kimin tarafından verildiği değildir. Deprem sigorta sözleşmesine hangi kanun hükmünün uygulanacağına öncelik, teminatı veren tüzel kişinin kim olduğundan ziyade ilişkinin yani taraflar arasındaki sözleşmenin hukuki niteliğidir. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere ZDS sözleşmesinin hukuki niteliğinin TTK 1401/1 maddesinde tanımlanan şekliyle sigorta akdi olduğunda şüphe yoktur.²⁰ Bu nedenle özel kanununda hüküm bulunmayan haller bakımından TTK hükümlerinin bu ilişkiye uygulanamayacağı ve ancak kıyas yoluyla dikkate alınabileceği, hatta bu sözleşmeye TBK 604-605 maddeleri hükümlerinin uygulanması gerekeceği şeklindeki bir görüş kanımızca yerinde değildir. Aksi düşüncenin kabulü, ZDS bakımından öncelikle uygulanan 6305 sayılı Afet Sigortaları Kanununda yer almayan hususlar yönünden kamu düzeninden olan TTK hükümlerinin göz ardı edilmesi sonucunu doğurur ki, böyle bir durum hem kanun koyucunun iradesine hem de hukukun temel ilkelerine aykırı olacaktır.

¹⁸ Aynur Yongalık, bkz. yukarıda 9 nolu dipnot

¹⁹ Vural Seven, Age. B bendi "Yukarıda belirttiğimiz şekliyle DASK; ruhsatı bulunmayan, kanunla kurulmuş, kendine özgü istisnai bir kurumdur. DASK bir sigorta şirketi değildir. Faaliyette bulunmak için ruhsatı da mevcut olmadığından hatta ruhsata da ihtiyacı olmadığından Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tabi olmayacaktır. Bu halde DASK ile girilen hukuki ilişkilerden doğan uyumsuzluklarda Afet Sigortaları Kanunu ve diğer ikincil mevzuatlar uygulanmalıdır. Yine belirtelim ki, Afet Sigortaları Kanunu'nda Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin uygulanabilmesine imkân veren bir atıf hükmü de bulunmamaktadır. Özel kanun ve alt mevzuatta hüküm bulunmaması halinde ise 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "Hukukun Uygulanması ve Kaynakları" başlıklı 1. maddesi gereğince kıyasen yorum yapılarak Türk Ticaret Kanunu ve Sigortacılık Kanunu hükümleri uygulama alanı bulabilecektir".

²⁰ Bkz. Yukarıda 8, 9 ve 11 nolu dipnotlar

Sonuç olarak özel kanunla düzenlemeye sahip ZDS bakımından hukuki değerlendirmelerin öncelikle 6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu ve kendi alt mevzuatına göre yapılması, özel kanunda hüküm bulunmaması halinde TTK hükümlerine gidilmesi gerekir. Normlar hiyerarşisi gereği, TTK’da koruyucu hükümleri düzenleyen 1452. Ve 1486. maddelerde belirtilen hükümlerin emredici niteliği dikkate alınarak, 6305 Sayılı özel kanunda hüküm bulunmayan haller bakımından deprem sigortasına ilişkin alt mevzuat (Tarife, Genel Şartlar, Genelge), TTK’nın koruyucu hükümlerin denetimine tabi olacaktır.²¹

Kaynakça

Kitaplar

Can Mertol “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine göre Sigorta Sözleşmesinin tabi olduğu esaslar” 2012 s.13

Kender Rayegan, Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku I 6. Bası s.115

Makaleler

Özbasan Kâmil, “Zorunlu Deprem Sigortasında Sigorta bedeli Kavramı ile Tarife Değişikliğinin Tazminat Tutarına Etkisine İlişkin Hukuki İnceleme” İstanbul Barosu Dergisi 2023/2 sayfa 201

Somer Mehmet, “Zorunlu Deprem Sigortasının Özel Sigorta Hukukuna İlişkin Bazı Yönlerden Değerlendirilmesi” *Sigorta Hukuku Dergisi* 2001/1 s.119

Ünan Samim, “Zorunlu Deprem Sigortası” *Sigorta Hukuku Dergisi* 2001-1 s.87

Yongalık Aynur, “Zorunlu Deprem Sigortası” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Aralık 2001, C.XXI, S.2,

İnternet Kaynakları

Barlas Nuray, “Afet Sigortaları Kanunu’na göre zorunlu Deprem Sigortası Sözleşmesinin tarafları” *EÜHFD*, C. XV, S. 3-4 sayfa 122 (2011) <https://dergipark.org.tr/pub/ebyuhfd/issue/63083/957173>

Seven Vural- “Doğal Afet Sigortaları Kurumu’nun Hukuki Durumu ve Sözleşme Sonrası Bilgilendirme Yükümlülüğü” <https://blog.lexpera.com.tr/dogal-afet-sigortaları-kurumunun-hukuki-durumu-ve-sozlesme-sonrasi-bilgilendirme-yukumlulugu/>

²¹ Kâmil Özbasan Age. s.204

RUSYA'NIN OLASI KASTINDAN SORUMLULUĞU ÜZERİNE BİR İNCELEME: UKRAYNALI YERİNDEN EDİLMİŞ KİŞİLER

A STUDY ON THE RESPONSIBILITY DUE TO DOLUS EVENTUALIS OF RUSSIA: UKRAINIAN DISPLACED PERSONS

Ümmühan Elçin ERTUĞRUL*

Özet: Bütün devletler, Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın 2/4. maddesi uyarınca, uluslararası ilişkilerinde, herhangi bir devletin toprak bütünlüğüne veya siyasal bağımsızlığına yahut da Birleşmiş Milletler'in amaçlarıyla bağdaşmayacak herhangi şekilde kuvvet kullanmak ya da kuvvet kullanmakla tehdit etmekten kaçınmakla yükümlüdürler. Rusya Federasyonu'nun, 24 Şubat 2022'de bu maddeyi ihlal ederek, Ukrayna'ya yönelik saldırısı Eylül 2023 tarihi itibariyle Birleşmiş Milletler Mültecileri Yüksek Komiserliği verilerine göre 6 milyondan fazla mülteci, 5 milyondan fazla ülke içinde yerinden edilmiş kişi olmak üzere 11 milyondan fazla Ukraynalı'nın yerinden edilmesiyle sonuçlanmıştır. Bu çalışma, Rusya Federasyonu'nun saldırısının Ukraynalı yerinden edilmiş kişiler konusundaki olası kastını devletin sorumluluğu açısından inceler.

Anahtar Kelimeler: Olası Kast, Ukraynalı Yerinden Edilmiş Kişiler, Rusya, Saldırı, Devletin Sorumluluğu

Abstract: All States are under the obligation under Article 2/4 of the United Nations Charter to refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any State, or in any other manner inconsistent with the purposes of the United Nations. The Russian Federation's aggression on Ukraine, which started on February 24, 2022, in violation of the Article, resulted in the displacement of more than 11 million Ukrainians, including more than 6 million refugees and more than 5 million internally displaced persons, according to the data of the United Nations High Commissioner for Refugees as of September 2023. The paper examines the dolus eventualis of the Russian Federation's aggression on Ukrainian displaced persons in terms of state responsibility.

Keywords: Dolus eventualis, Ukrainian Displaced Persons, Russia Federation, Aggression, State Responsibility

* Doç. Dr., Kırıkkale Üniversitesi İİBF Uluslararası İlişkiler Bölümü, ueertugrul@hotmail.com, ORCID: 0000-0003-3930-8531, Makalenin Gönderim Tarihi: 08.08.2023, Kabul Tarihi: 24.09.2023

GİRİŞ

24 Şubat 2022 tarihinde, Rusya Federasyonu'nun (Rusya), Ukrayna'ya saldırısı, İkinci Dünya Savaşından sonra Avrupa'nın en büyük kara savaşını başlatmıştır.¹ Bu durum, Birleşmiş Milletler (BM) Andlaşması 2/4. maddesinde düzenlenen;

Tüm üyeler, uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığına karşı, gerek Birleşmiş Milletler'in amaçlarıyla bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidinde ya da kuvvet kullanılmasına başvurmaktan kaçınırlar.

hükümünü ihlal etmektedir. BM Andlaşması'nın bu hükmü, BM Genel Kurulu'nun 1974 yılında, Saldırı Tanımına ilişkin 3314(XXIX) sayılı kararında; bir devletin diğer bir devletin egemenliğine, ülke bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı veya işbu tanımda belirtildiği üzere, Birleşmiş Milletler Antlaşması ile bağdaşmayan diğer herhangi bir tarzda silahlı kuvvet kullanılmasıdır. şeklinde saldırı olarak tanımlanmıştır.²

2 Mart 2022 tarihinde -25 Şubat 2022 tarihli, BM Güvenlik Konseyi'nin çağırısı üzerine³, BM Genel Kurulu acil ve özel oturumunda, Rusya'nın Ukrayna'ya saldırı fiili teyit edilmiş ve kınanmıştır. Rusya'dan, Ukrayna'ya karşı kuvvet kullanımını acilen durdurması, Ukrayna ülkesinden bütün askeri güçlerini acilen, tamamen ve şartsız çekmesi istenmiştir.⁴

Saldırının ilk gününden itibaren Avrupa Birliği (AB) coğrafyası, Ukraynalıların kitlesel akınlarıyla karşılaşmıştır. AB Konseyi, saldı-

¹ Daphne Psaledakis and Anna Voitenko, "USAID chief announces over \$500 million in assistance on Ukraine visit", *REUTERS*, July 17, 2023, https://www.reuters.com/world/europe/usaid-chief-announce-over-500-million-aid-visit-ukraine-2023-07-17/?UTM_CAMPAIGN=Big_Moments&UTM_SOURCE=Google&UTM_MEDIUM=Sponsored, (Erişim Tarihi: 30.08.2023).

² 3314 (XXIX), Definition of Aggression, 14 December 1974, article 3, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/739/16/PDF/NR073916.pdf?OpenElement>, (Erişim Tarihi 30.08.2023)

³ S/RES/2623 (2022), 27 February 2022, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/271/32/PDF/N2227132.pdf?OpenElement>, (Erişim Tarihi 30.08.2023)

⁴ A/RES/ES-11/1, 18 March 2022, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/293/36/PDF/N2229336.pdf?OpenElement>, (Erişim Tarihi: 30.08.2023)

rının ilk haftasında -1 Mart 2022 tarihi itibarıyla- Polonya, Slovakya, Macaristan ve Romanya üzerinden AB ülkelerine gelen Ukraynalı sayısının 650.000'den fazla olduğu bildirilmiştir.⁵ Eylül 2023 tarihi itibarıyla, kayıtlı Ukraynalı mülteci sayısı Avrupa'da, 5.832.400; Avrupa dışında 369.200 kişi olmak üzere, toplam 6.201.600 kişidir.⁶ Ukrayna içinde yerinden edilmiş kişi sayısının 5 milyonun üzerinde olduğu tahmin edilmektedir.⁷

Başlangıcından itibaren geçen 1,5 yıldan bu yana, Rusya'nın Ukrayna'ya saldırısı ile başlayan iki devlet arasındaki savaş devam etmektedir. Her ne kadar Uluslararası Hukukta dilimize savaş olarak yerleşmiş olsa da silahlı çatışma; istila, işgal ve savaşı da içine alacak şekilde daha geniş kapsamlıdır. Mevcut durum, silahlı çatışmanın varlığı için aranan, örgütlü grubun varlığı ve silahlı şiddetin yoğunluğu unsurlarını taşır.⁸ Rusya'nın saldırısı, iki devlet arasında halen devam eden silahlı çatışmayı başlatmıştır.

Rusya, saldırı fiili yüzünden, 2001 tarihli, Devletin Uluslararası Haksız Fiillerden Dolayı Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler (Taslak Maddeler ya da Devletin Sorumluluğu Taslak Maddeleri)⁹ uyarınca sorumludur. Bu Taslak Maddeler'e göre, bir devletin uluslararası haksız fiili o devletin uluslararası sorumluluğunu doğurur. Uluslararası haksız fiil, devletin uluslararası yükümlülüğünün ihlali ve bu ihlalin devlete atfedilmesinden oluşur. Devletin uluslararası yükümlülüğü ise uluslararası andlaşmalardan, uluslararası örf-adetten¹⁰, hukukun genel

⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022D0382>, (Erişim Tarihi 19.05.2023)

⁶ https://data.unhcr.org/en/situations/ukraine#_ga=2.55865643.1854345956.1651847030-461407727.1632076085, (Erişim Tarihi: 07.09.2023)

⁷ <https://www.unhcr.org/emergencies/ukraine-emergency>, (Erişim Tarihi: 01.09.2023)

⁸ Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law, International Law Association, The Hague Conference 2010, s. 1, https://www.rulac.org/assets/downloads/ILA_report_armed_conflict_2010.pdf, (Erişim Tarihi: 19.05.2023); Ümmühan Elçin Ertuğrul, Uluslararası Silahlı Çatışmalar Hukukunda Bireysel Statüler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 15.

⁹ https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf, (Erişim Tarihi 19.05.2023)

¹⁰ Emre Öktem, Uluslararası Teamül Hukuku, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2015.

ilkelerinden,¹¹ jus cogens normdan ya da devletin tek taraflı işlemleri¹² gibi uluslararası hukukun diğer kaynaklarından doğabilir. Mevcut durumda, Rusya'nın saldırı fiili, BM Andlaşması'nın 2/4. maddesinde düzenlenen, jus cogens norm olarak da adlandırılan uluslararası hukukun emredici normlarından kuvvet kullanma yasağını ihlal etmektedir. Bir bütün olarak uluslararası toplumun menfaatini koruyan kurallar olarak tanımlanan uluslararası hukukun emredici normları, Devletin Sorumluluğu Taslak Maddeleri'nin tarihinde, devletin cezai sorumluluğunu gerektiren "uluslararası suç"lar ile büyük oranda örtüşür. Bu nedenle, suçun manevi unsurunu oluşturan kast ya da olası kast gibi kavramlar, esasen uluslararası hukukun emredici normları için de geçerlidir. Ancak, yürürlükteki, Devletin Sorumluluğu Taslak Maddeleri, devletlerin uluslararası haksız fiilleri için cezai ya da hukuki sorumluluk ayrımı yapmaksızın, *sui generis* bir sorumluluk anlayışı getirir. Dolayısıyla, cezai sorumluluk için önemli olan 'kast' ya da suçun doğuracağı sonuçların öngörülmesi olarak kısaca tanımlanabilecek ve Latince *dolus eventualis* olarak ifade edilen 'olası kast' gibi ceza hukukunun yerleşik kavramları devletin sorumluluğunda çok tartışılmaz.

Bu çalışma, Rusya'nın saldırı fiilini işlemesinden doğan sorumluluğuna ve Ukraynalı yerinden edilmişler dolayısıyla da olası kastını incelemeye odaklanır. Rusya'nın saldırı fiili yanında, olası kastının olduğu Ukraynalı yerinden edilmiş kişiler dolayısıyla sorumluluğunu da ileri sürer. Devletin sorumluluğunda, olası kastının da göz önünde bulundurulmasını önerir.

Çalışma, hem devlet ve bireylerin hak kullanıp, borç altına girebilen varlıklar olarak yani 'kişi' olmaları hem de saldırı suçunun aynı şekilde tarif edilmesi nedeniyle bireylerin cezai sorumluluğunun düzenlendiği Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nden yararlanır ve bireylerin suçluluğu ile devletlerin uluslararası hukukun emredici norm ihlalleri arasında bir bağlantı kurar. Ancak, Rusya'nın savaş sebebinin haklılığını -jus ad bellum-, tartışmadığı gibi savaş sırasında uyulması gereken kuralları- jus in bello- da göz ardı eder. Bu nedenle 1899 ve 1907 La Haye Sözleşmeleri ve 12 Ağustos 1949 tarihli Ce-

¹¹ Mehmet Emin Büyük, Uluslararası Hukukta Hukukun Genel İlkeleri, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul, 2018.

¹² Mehmet Emin Çağırın, Uluslararası Hukukta Devletin Tek Taraflı İşlemleri, Barış Platin Yayınları, Ankara, 2005

nevre Sözleşmeleri (Cenevre Sözleşmeleri) ve 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokoller'in (Ek Protokoller) ihlal edilip edilmediğini incelemeyiz¹³ ve Ukraynalıların yerinden edilmelerini bu kuralların ihlaline bağlamaz.

Çalışma'da, doküman analizi, gözlem ve mevcut Rusya-Ukrayna savaşı üzerinden bütün silahlı çatışmalar için düşünölmek üzere tümevarım yöntemleri kullanılmıştır.

I. RUSYA'NIN SALDIRI FİİLİ

Grotius, Savaş ve Barış Hukuku adındaki ünlü kitabında, doğal hukukun haksız fiil yüzünden doğan zararı, giderme yükümlölüğü doğurduğundan bahseder.¹⁴ Aynı doğal hukuk ilkesi, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun, uluslararası hukukun kalbi kabul edilen devletin sorumluluğu konusunda 1949 yılında çalışmalara başladığı, 2001 yılında sonuçlandırdığı Devletin Sorumluluğu Taslak Maddeleri'nde de benimsenmiştir. Uluslararası Haksız Fiillerden Devletin Sorumluluğu Hakkında Taslak Maddeler,¹⁵ adıyla BM Genel Kurulunda oylama olmaksızın kabul edilen bu Taslak Maddeler'den 1. sine göre; bir devletin her uluslararası haksız fiili o devletin sorumluluğunu doğurur.

24 Şubat 2022 yılında başlayan ve Eylül 2023 tarihi itibariyle devam eden, Rusya'nın Ukrayna'ya saldırısı uluslararası haksız fiildir.

Uluslararası haksız fiil, uluslararası hukuka aykırı fiil demektir. Uluslararası haksız fiil uluslararası hukukun şekli kaynaklarından doğar. Bunlar, çalışmanın Giriş kısmında da belirtildiği gibi, Uluslararası Adalet Divanı Statüsününün 38. maddesinde, uluslararası hukukun kaynakları olarak kabul edilen; uluslararası andlaşmalar, uluslararası örf-adet, hukukun genel ilkeleri yanında öğretilerde ileri sürölen ya da uygulamadan doğan jus cogens normlardan ya da devletin tek taraflı işlemlerinden doğabilir.

¹³ Devletin Uluslararası İnsancıl Hukukun ihlalinden sorumluluğu için; Kenan Dülger, Devletin Uluslararası İnsancıl Hukukun İhlalinden Sorumluluğu, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2015.

¹⁴ Hugo Grotius, Savaş ve Barış Hukuku, Çev. Seha L. Meray, Say Yayınları, İstanbul, 2011, s.156.

¹⁵ A/RES/56/83, 28 January, 2002, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UN-DOC/GEN/N01/477/97/PDF/N0147797.pdf?OpenElement>, (Erişim Tarihi 19.05.2023).

Devletin Sorumluluğu Taslak Maddeleri'nden 2. sine göre, devlet tarafından icra ya da ihmal suretiyle işlenen bir davranış:

Devletin bir uluslararası yükümlülüğün ihlalini oluşturuyorsa ve

Uluslararası Hukuka göre ilgili devlete atfedilebiliyorsa, devletin bu davranışı, o devletin uluslararası haksız fiilini oluşturur.¹⁶

A. Rusya'nın Uluslararası Yükümlülüğünün İhlali

Uluslararası yükümlülüğün ihlali, bir devletin fiilinin yükümlülüğünün gereklerine uymaması durumu olarak tanımlanır.¹⁷

Rusya Devlet Başkanı Vladimir Putin, 24 Şubat 2022 tarihinde televizyonlardan canlı yayınlanan konuşmasında, Ukrayna'nın Donbas bölgesinde özel askeri bir operasyon başlattıklarını bildirdikten sonra, Rus askeri birlikleri, kuzeyden, doğudan ve güneyden Ukrayna'ya girerek Kiev, Kharkiv, Kramatorks, Odesa gibi Ukrayna'nın başkenti ve büyük Ukrayna şehirleri yanında Lutsk ve Ivano-Frankivsk'teki havaalanlarını hedef alan füzeler fırlatmıştır.¹⁸

Rusya, Ukrayna devletine 24 Şubat 2022 tarihinden itibaren bu makalenin yazıldığı Eylül 2023 tarihine kadar kuvvet kullanmak suretiyle BM Andlaşması'nın 2/4. maddesini ihlal etmektedir. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra uluslararası toplumda barış ve güvenliği sağlamak amacıyla kurulan BM örgütünün ve günümüz uluslararası ilişkilerinin, bu ilke üzerine kurulmuş olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Milletler Cemiyeti Misakı ve Briand-Kellogg Paketi ile kuv-

¹⁶ Ayrıntılı bilgi için; Ümmühan Elçin Ertuğrul, Uluslararası Hukukun Emredici Normlarından Doğan Yükümlülüklerin Ciddi İhlallerinden Devletin Sorumluluğu, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012; Hakkı Hakan Erkiner, Devletin Haksız Fiilinden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010; Elif Uzun, Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık San ve Tic. A.Ş., Ankara, 2016; Ceren Zeynep Pirim, Uluslararası Hukukta Devletin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022.

¹⁷ Report of the International Law Commission on its twenty-eighty session, Yearbook of the International Law Commission, 1976, Vol. II, Part Two, s. 78.

¹⁸ Rusya'nın silahlı saldırıların yalnızca askeri tesislere yönelik olduğu iddialarına rağmen Rus güçleri tarafından sivil altyapıyı da hedef alarak birçok şehir hastaneleri, sivil yerleşim alanları ve anaokullarının bombalandığı bildirilmiştir. <https://www.bbc.com/turkce/articles/cq5vne99p45o>, (Erişim Tarihi: 19.05.2023), <https://acleddata.com/2022/03/03/regional-overview-europe-caucasus-and-central-asia-19-25-february-2022/>, (Erişim Tarihi: 19.05.2023)

vet kullanımına getirilen sınırlama, BM Andlaşması 2/4. maddesi ile son noktaya ulaşmıştır.¹⁹ Devletlerin bir başka devletin toprak bütünlüğüne ve siyasal bağımsızlıklarına karşı kuvvet kullanmaları yasaklandığı gibi, Birleşmiş Milletler'in amaçlarına aykırı kuvvet kullanma ve bütün bunlara karşı kuvvet kullanma tehdidi dahi yasaklanmıştır. BM Andlaşması'nın bu hükmü, BM Genel Kurulu'nun 1974 yılında, Saldırı Tanımına ilişkin kararında; *"bir devletin diğer bir devletin egemenliğine, ülke bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı veya işbu tanımda belirtildiği üzere, Birleşmiş Milletler Antlaşması ile bağdaşmayan diğer herhangi bir tarzda silahlı kuvvet kullanılmasıdır"* şeklinde saldırı fiili olarak tanımlanmıştır. Karar'ın 3. maddesinde, Rusya'nın ve savaşan diğer devletlerin fiilleriyle benzerlikler bulunan ve sınırlı sayıda olmayan şu örnekler de saldırı olarak kabul edilmiştir:

Bir devletin silahlı kuvvetlerinin diğer bir devleti istila etmesi veya ona hücum etmesi veya ne kadar geçici olursa olsun, böyle bir istiladan ya da hücumdan ileri gelen herhangi bir askeri işgal veya kuvvet yoluyla başka bir devlet ülkesinin veya bir bölümünün ilhakı;

Bir devletin silahlı kuvvetlerinin, başka bir devletin ülkesini bombardıman etmesi veya bir devletin diğer bir devletin ülkesine karşı herhangi bir şekilde silah kullanması;

Bir devletin liman ve kıyılarının diğer bir devletin silahlı kuvvetleri tarafından abluka altına alınması;

Bir devletin silahlı kuvvetleriyle başka bir devletin kara, deniz veya hava kuvvetlerine veya deniz veya hava filolarına saldırılması;

Bir devletin başka bir devlette sonucusuyla yapılan bir andlaşmaya göre bulunan silahlı kuvvetlerinin o andlaşmada öngörülen hükümlere aykırı şekilde kullanılması veya bu silahlı kuvvetlerinin varlığının bu ülkede andlaşmanın sona ermesinden sonra da sürdürülmesi;

Ülkesini başka bir devletin emrine veren bir devletin, ülkesinin o devlet tarafından üçüncü bir devlete karşı saldırı amacıyla kullanılmasına izin vermesi;

Bir devlet tarafından veya bir devlet adına diğer bir devlete karşı yukarıda listesi verilen fiillere varan veya ölçekte olan silahlı kuvvet fiillerini icra eden silahlı çetelerin, grupların, gayri nizami askerlerin veya paralı askerlerin gönderilmesi veya bu gibi önemli ölçüde karışılması.²⁰

¹⁹ Funda Keskin, Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma: Savaş, Karışma ve Birleşmiş Milletler, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları: 20, Ankara, 1998, s. 29-35

²⁰ 3314 (XXIX), Definition of Aggression, <https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/>

Yukarıdaki 3314 sayılı kararda da görüldüğü gibi, istila, işgal, ilhak, abluka gibi fiiller, saldırı fiilleridir ve yasaktır. Rusya ile Ukrayna arasındaki mevcut durum, “devletler arasında gerçekleşen, taraflardan en az birinin savaş gayesi güttüğü silahlı çatışma” olarak tanımlanan klasik savaş tanımına²¹ uysa da Mayıs 2005'te Uluslararası Hukuk Derneğinin Yürütme Komitesi, Kuvvet Kullanma Komitesi tarafından uluslararası hukukta silahlı çatışma ya da savaşın anlamı konusunda hazırlanan Rapor'da, uluslararası hukukta savaştan daha geniş anlam ifade ettiğinden “*silahlı çatışma*” tabiri yeğlenmiştir. Silahlı çatışmanın varlığı için şu iki unsur yeterlidir. Bunlar;

Örgütlü grubun varlığı,

Silahlı şiddetin yoğunluğudur.²²

Silahlı çatışma ya da savaş başlatmak, haklı bir sebebe dayanmak zorunda olduğu gibi askeri üstünlük sağlandıktan sonra bitirilmelidir. Silahlı çatışmalar, hiçbir şekilde, karşı tarafın bütünüyle mahvına sebep olmak gayesi güdemezler. Askeri gereklilik, insanilik, gereksiz acı vermeme; askeri ve sivil unsurların ayırt edilmesi ve oranlılık ilkeleri silahlı çatışma zamanlarında uyulması gereken temel kurallardır. Bir devletin askeri tesislerine ya da savaşımlarına karşı kuvvet kullanılması, saldırı fiilinin oluşması için yeterlidir. Bu nedenle, işgal, istila, abluka gibi saldırı çeşitlerinin tanımlarını vermek ve söz konusu silahlı çatışmada varlıklarını aramak, Uluslararası Savaş Hukuku ve Uluslararası İnsancıl Hukuk ihlallerini göz ardı eden bu çalışma için gerekli değildir.²³ Öğretide, Savaş Hukuku, kısaca, 1899, 1907 La Haya Sözleşmeleri ile çerçevesi çizilen, silahlı çatışmalarda askeri hareketin yürütülmesine ve çatışanların hak ve yükümlülüklerinin belirlenme-

Dokuman/2312020095336bm_31.pdf, (Erişim Tarihi 26.08.2023)

²¹ Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 538

²² Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law..., Ertuğrul, Uluslararası Silahlı Çatışmalar Hukukunda..., s. 15

²³ Şöyle ki, 4 No'lu Cenevre Sözleşmesi'nin 4. maddesine göre korunan kişiler; “Bir ihtilaf veya işgal halinde, ihtilafa dahil bir tarafın işgal devletinin her ne zaman ve her ne tarzda olursa olsun, eline düşen ve onların tabiiyetinde olmayan şahıslar...” dır. Melike Batur Yamaner, Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması, Arıkan Basım Yayın Dağıtım Ltd. Şti., İstanbul, 2007; 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, Yayına Haz. Melike Batur Yamaner, A.Emre Öktem, Bleda Kurtardarcan, Mehmet C.Üzun, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 42

sine yönelmiş kurallar olarak tanımlanır. İnsancıl Hukuk ise silahlı çatışmalara katılmayan siviller ile silahlı çatışma dışı kalmış hasta, yaralı, silahını bırakmış kişiler ve savaş esirlerinin korunmasına ilişkin kurallardır.²⁴

Uluslararası Hukuk Komisyonu raportörlerinden Roberto Ago'nun 1976 tarihli devletin sorumluluğuna ilişkin raporunun ve 1996 tarihli Devletin Sorumluluğu Konusundaki Taslak Maddeler'in (1996 Taslağı) ünlü 19. maddesi uluslararası suçlar ve kabahatler başlığını taşır. Buna göre;

1. Bir devletin, uluslararası yükümlülüğünün ihlalinin oluşturan bir fiili, ihlal edilen yükümlülüğün konusu ne olursa olsun, uluslararası hukuka aykırı bir eylemdir.
2. Uluslararası toplumun temel çıkarlarının korunması için çok temel olan ve bu ihlalin bir bütün olarak o toplum tarafından suç olarak kabul edildiği bir uluslararası yükümlülüğün bir devlet tarafından ihlalden doğan bir uluslararası haksız fiil bir uluslararası suç oluşturur.
3. 2. paragrafa bağlı olarak ve yürürlükteki uluslararası hukuk kuralları temelinde, uluslararası bir suç, diğerlerinin yanı sıra, aşağıdakilerden kaynaklanabilir:
 - (a) saldırının yasaklanması gibi, uluslararası barış ve güvenliğin korunması için temel öneme sahip bir uluslararası yükümlülüğün ciddi şekilde ihlali;

...

19. maddede, saldırının yasaklanması yanında, self-determinasyon hakkının ihlali; kölelik, soykırım ve ırk ayrımcılığı ve atmosferin ya da denizlerin büyük ölçüde kirlenmesinin yasaklanması gibi insan çevresinin korunması ve muhafaza edilmesi için hayati öneme sahip uluslararası yükümlülüğün ciddi ihlalleri uluslararası suç olarak sayılmıştır. İlgili madde, uluslararası haksız fiilleri suçlar ve kabahatler olarak ayırıp uluslararası suçlar için devletin ceza sorumluluğunu öngörmüştü.²⁵

²⁴ Pazarcı, s. 530, 531; Ertuğrul, Uluslararası Silahlı Çatışmalar Hukukunda....

²⁵ Draft Articles on State Responsibility with Commentaries Thereto Adopted by

Uluslararası hukukta, devletin suçluluğunu ve devletin cezai sorumluluğu, 1996 Taslağı öncesi Milletler Cemiyeti döneminde de görülür. 1923 yılında Milletler Cemiyeti tarafından hazırlanan Karşılıklı Yardım Andlaşması'nda, saldırının tanımı konusunda anlaşma sağlanamamış ve söz konusu taslak kabul edilmemiş olsa da andlaşmanın tarafları, saldırı savaşını uluslararası suç olduğu konusunda hemfikir olmuşlardır.²⁶

Saldırı yasağı, aynı zamanda uluslararası hukukta jus cogens norm olarak da dilimize yerleşmiş olan emredici normlarından. Jus cogens normlar, uluslararası toplumun temel değerlerinden yansıyan ve onları koruyan emredici normlardır. Uluslararası hukukun diğer kurallarından hiyerarşik olarak üsttedirler ve evrensel olarak uygulanabilirler. Saldırı yasağı, Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından 2022 yılında kabul edilen ve BM Genel Kuruluna sunulan, Jus Cogens Normların Belirlenmesi ve Hukuki Sonuçları adındaki düzenlemenin 23. maddesinde tüketici olmayan listede birinci sırada sayılmıştır.²⁷ Jus cogens normlar, uluslararası suçları kapsar ancak her ikisi de devletlerin müşterek çıkarlarını ve temel ahlaki değerleri korumak için düzenlenmişlerdir.²⁸

the International Law Commission on First Reading, January 1997, s. 105 vd., https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_1996.pdf, (Erişim Tarihi: 19.05.2023); Report of the International Law Commission on its twenty-eighty session, s. 95, 96

²⁶ League of Nations, Official Journal, Fourth Year, No.12, December 1923, s. 1521 aktaran Report of the International Law Commission on its twenty-eighty session, s. 101

²⁷ Jus Cogens Normların Belirlenmesi ve Hukuki Sonuçları adındaki düzenleme, esas itibarıyla, jus cogens normlarla ilgili 1969 Viyana Andlaşmaları Hukuku Sözleşmesi ve Devletin Sorumluluğu Taslak Maddeleri'ndeki jus cogens norma ilişkin hükümleri bir araya getirir. A/77/10, Draft Conclusion on Identification and Legal Consequences of Peremptory Norms of General International Law, Report of the International Law Commission, Seventy-third Session, Chapter IV, Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens), https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/1_14_2022.pdf, (Erişim Tarihi: 26.08.2023)

²⁸ Hem jus cogens normlar hem de uluslararası suçlar, erga omnes yükümlülük yani herkese karşı ileri sürülebilen yükümlülükler doğurur. Erga omnes tabiri ilk kez Uluslararası Adalet Divanının 1970 tarihli Barcelona-Traction Davasında kullanılmıştır. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf> para.33, (Erişim Tarihi: 09.09.2023); Nina H. B. Jorgensen, *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford University Press, Oxford, 2000, s.96; Ümmühan Elçin Ertuğrul, "Geçici Koruma ve Mülteci Yükünün Paylaşılmasındaki Normatif Boşlukların Giderilmesiyle İlgili Öneriler", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2022, Cilt 80, Sayı 2, 2022, s. 660

Devletin özellikle jus cogens norm ihlallerinden sorumluluğu ile bireylerin UCM’de yargılanması arasında bir ilişki vardır. Şöyle ki, bireylerin UCM’de, Mahkeme’nin yargı yetkisi çerçevesinde soykırım, savaş suçu, insanlığa karşı suç ve saldırı suçundan yargılanabilmesi için devletin bu suçlarla ilgili yükümlülüğünü ihlal etmesi gerekir. Saldırı suçuyla ilgili mükerrer 8. madde metninde, BM Andlaşması 2/4. maddesi ve BM Genel Kurulu’nun 1974 tarihli 3314 sayılı saldırının tanımına ilişkin kararında belirtilen fiilleri işleyen, planlayan, hazırlayan bir devletin siyasi veya askeri eylemini etkili şekilde kontrol edebilecek veya yönlendirebilecek konumda olan kişiler için cezai sorumluluk öngörülmüştür.²⁹ UCM Statüsü’nün mükerrer 8. maddesi, saldırı fiilinin karakteri, ağırlığı ve şiddeti itibarıyla BM Andlaşması’nın açık ihlalini şart koşmaktadır. Bu uluslararası hukukun emredici normlarının ciddi ihlallerine ilişkin Devletin Sorumluluğu Taslak Maddeleri’nde kullanılan terminolojiye de uygundur. Mükerrer 8. madde metninden de görüldüğü üzere, bireyler için saldırı suçu, BM Andlaşması 2/4. maddesi ve 3314 sayılı BM Genel Kurul Kararı’ndaki saldırı tanımına uygun ifade edilmiştir. Bu bireylerin saldırı suçunu işlemekten dolayı cezai sorumluluğu ile devletin sorumluluğu arasında kavramsal bağlantıya işaret eder. Her ne kadar bireyleri cezai olarak yargılayan UCM ile devletin sorumluluğu kavramsal ve teknik olarak farklı rejimler olsa da bir devletin siyasi ya da askeri eylemini etkili şekilde kontrol edebilen ya da yönlendirebilen kişinin UCM’de yargılanabilmesi için devletin saldırı fiilini işlemesi gerekir.³⁰ Aynı durum, daha önce de bahsedildiği gibi, soykırım, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar için de geçerlidir. 17 Mart 2023 tarihinde UCM’de, Putin ve Rusya Cumhurbaşkanlığı Çocuk Haklarından Sorumlu Komiseri Maria Alekseyevna Lvova- Belova hakkında, UCM Statüsü’nün 8(2)(a)(vii) maddesi; ‘hukuka aykırı sürgün, nakletme ya da hapsedme’ ve 8(2)(b) (viii); ‘işgalci devletin kendi sivil nüfusunun bir bölümünü işgal ettiği topraklara doğrudan veya dolaylı olarak nakletmesi veya işgal edilen topraklardaki nüfusun tamamının veya bir kısmının devlet sınırları içinde veya dışında sürülmesi veya nakli’ maddeleri uyarınca, çocuk-

²⁹ <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>, (Erişim Tarihi: 19.05.2023)

³⁰ Meagan S. Wong, “Aggression and State Responsibility at the International Criminal Court”, *International Law and Comparative Law Quarterly*, Vol. 70, October 2021, s. 962, 965, 966

ların hukuka aykırı olarak sınır dışı edilmeleri ve Ukrayna'nın işgal altındaki bölgelerinden Rusya'ya nakledilmesi suretiyle işledikleri savaş suçları nedeniyle tutuklama kararı çıkarılmıştır.³¹ Burada açıktır ki, hem saldırı fiili hem de savaş durumu UCM kararıyla tespit edilmiştir.

Saldırı Fiillerinin Rusya'ya Atfedilmesi

Devletin her eylemi basit bir şekilde bir insan eylemidir. Bu insan eylemini devlet eylemi yapan ölçüt ise hukuk normudur.³²

Devletin sorumluluğuna ilişkin Taslak Maddeler'de, Birinci Bölüm, İkinci Bap'ta 4-12. maddeler arasında, bir davranışın devlete atfedilmesi düzenlenmiştir. Buna göre, devlet organlarının davranışları; kamu gücü yetkilerini kullanırken bir kişi ya da birimin davranışı; bir devlet tarafından bir başka devletin emrine verilmiş bir organın davranışı; yetki aşımı ve talimatlara aykırı davranışlar; devletin yönlendirmesi ya da denetimi altındayken yapılan davranışlar; resmi otoritelerin yokluğu ya da yetersizliği durumundaki davranışlar; bir isyan hareketi ya da benzerinin davranışları ve devlet tarafından kendisinin olarak tanınan ve benimsenen davranışlar başlıkları altında, belirtilen durumlarda işlenen uluslararası hukuku ihlal eden davranışlar, devletin haksız fiili olarak kabul edilecektir.³³

Ukrayna'ya saldırı fiillerinin Rusya'ya atfedilmesinde herhangi bir şüphe olmadığı açıktır.

Devletin sorumluluğuna ilişkin Taslak Maddeler'de, Birinci Bölüm, Beşinci Bap'ta 20-25. maddeler arasında, haksız fiilin huku-

³¹ Haziran 2022 tarihinde BM İnsan Hakları Yüksek Komiseri Michelle Bachelet, İnsan Hakları Konseyi'nde Ukrayna'da geçici olarak işgal edilen bölgelerde çocukların kaybolmaları -özellikle kurumlardaki çocukların- ile ilgili endişelerini dile getirmiştir. Rus medyasına göre, Ocak 2023'te kaybolan çocuk sayısı 728.000'e ulaşmıştır. <https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimirovich-putin-andhttps://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimirovich-putin-and>, (Erişim Tarihi: 26.08.2023); Micaela Del Monte with Nefeli Barlaoura, "Russia's War on Ukraine Forcibly Displaced Ukrainian Children", *EPRS/European Parliamentary Research Service*, April 2023, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/747093/EPRS_BRI\(2023\)747093_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/747093/EPRS_BRI(2023)747093_EN.pdf), (Erişim Tarihi: 09.09.2023)

³² Hans Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı, Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, Çev. Ertuğrul Uzun, Nora Kitap, İstanbul, 2016, s. 126

³³ Ertuğrul, *Uluslararası Hukukun Emredici Normlarından...*; Erkiner; Uzun.

ka aykırılığını gideren haller düzenlenmiştir. Buna göre, haksız fiili oluşturan davranışla ilgili rıza, meşru müdafaa, uluslararası haksız fiiller nedeniyle karşı önlem, mücbir sebep, tehlike, zaruret hali gibi durumların varlığı haksız fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıracaktır. Ancak Emredici Kurallara Saygı adıyla 26. madde; *“Bu bap’ın hiçbir hükmü, uluslararası hukukun emredici bir kuralından kaynaklanan bir yükümlülüğe aykırı herhangi bir devlet fiilinin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz”* hükmüyle, Rusya’nın fiilleri için haksızlığı gideren durumların tartışılmayacağını gösterir.

II. UKRAYNALI YERİNDEN EDİLMİŞ KİŞİLER ve RUSYA’NIN OLASI KASTI

Melaine Jacques, silahlı çatışmalar ile yerinden edilme arasında kaçınılmaz bir bağlantı kurar ve halkın ülke içinde ya da dışına doğru yer değiştirmesinin en büyük sebeplerinden birini silahlı çatışmalar olarak görür.³⁴ James C. Simeon ise uzun süreli silahlı çatışma ve zorla yerinden edilmeyi eş anlamlı kabul eder.³⁵ Yerinden edilme, bir insan hakkı ihlalidir. BM Andlaşmasının 1/3. maddesinde;

“Ekonomik, sosyal, kültürel ve insancıl nitelikteki uluslararası sorunları çözmede ve ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygının geliştirilip güçlendirilmesinde uluslararası iş birliğini sağlamak”

şeklinde ifade edilmiş, uluslararası sorunların kaynakları arasında görülmüş ve BM’nin amaçları arasında yer almıştır. Ayrıca, insan haklarının herhangi bir ayırım yapmaksızın korunması, 1948 İnsan Hakları Evrensel Beyanname (İHEB), 1966 Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi gibi temel metinlerde de düzenlenmiştir. Saldırı, BM Andlaşması 2/4. maddesi ve 3314 sayılı BM Genel Kurul Kararı’nda işaret edildiği şekilde hareket edildiğinde, gerçekleşmiş olur. İnsanların yerinden edilmesi saldırı fiilinin olağan sonucu değildir. Daha önce de belirtildiği üzere,

³⁴ Melaine Jacques, *Armed Conflict and Displacement*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, s. 1,2; Ümmühan Elçin Ertuğrul, *“Silahlı Çatışmadan Kaçanların (Yerinden Edilenlerin) Uluslararası Hukukta Korunması”*, *Ankara Barosu Dergisi*, 2017/1, s. 155

³⁵ James C. Simeon, https://carfms.org/ending-forced-migration-as-a-weapon-of-war/#_ftnref10.

saldırı fiillerinde siviller ile askeri unsurların ayırt edilmesi hukuki bir yükümlülüktür. Mevcut durumda Ukraynalıların yerinden edilmesi, Rusya'nın saldırı fiilinin olağan bir sonucu olmayıp, yukarıda bahsedilen BM Andlaşması 1/3. maddesi, uluslararası insan hakları düzenlemeleri, -özellikle- sivillerin korunmasını düzenleyen 4 No'lu Cenevre Sözleşmesi ya da Ek 1 No'lu Protokol hükümlerinin ihlali yüzünden olabilir. Bu, çalışmanın kapsamı dışındadır.

2023 yılında Ukrayna, dünya çapında mültecilerin %52'sini üreten üç ülkeden biri haline gelmiştir ve Suriye'den sonra ikinci sırada yer alır.³⁶ 5 milyonu aşkın Ukrayna içinde yer değiştirmiş kişiler ise dünya çapında ÜİYEK'lerin de %8'inden fazlasını oluşturur. Ukrayna'da, çocuk savcılarının verdiği resmi bilgilere göre, 24 Şubat 2022-13 Eylül 2023 tarihleri arasında Ukrayna'da 19546 çocuk zorla yerinden edilmiştir.³⁷

Daha önce de bahsedildiği gibi, bireylerin cezai sorumluluklarının varlığı için, devletin bireylere cezai sorumluluk doğuran haksız fiilleri işlemiş olması gerekir. Rusya'nın, Ukraynalılar'ın yerinden edilmeleri konusunda yol gösterici olması açısından, UCM Statüsü'nün 30. maddesi önemlidir. Bireylerin cezai sorumlulukları için suçun manevi unsurunu düzenleyen madde metni;

Aksi belirtilmedikçe, bir şahsın, Mahkeme'nin yargı yetkisine giren bir suçun maddi unsurlarını kasten ve bilerek işlemesi halinde cezai sorumluluğu ve mesuliyeti bulunur.

Bu maddenin amaçları bakımından, bir şahsın aşağıdaki durumlarda kasten hareket ettiği varsayılır.

Hareketle ilgili olarak, şahsın hareket içinde olmayı amaçlaması;

Netice ile ilgili olarak, şahsın o neticeye sebep olmayı amaçlaması veya neticenin hareketin olağan sonucu olarak gerçekleşeceğinin farkında olması.

Bu maddenin amacına uygun olarak 'bilgi', hareketin olağan sonucu olarak bir durumun mevcut olduğunun veya bir sonuç doğuracağı farkında olunması demektir. "Bilmek" ve "bilerek" kavramları buna göre yorumlanır.

³⁶ <https://www.unhcr.org/about-unhcr/who-we-are/figures-glance>, (Erişim Tarihi: 04.09.2023)

³⁷ <https://childrenofwar.gov.ua/en/>; Del Monte with Barlaoura.

şeklinde. Madde’de, olası kast açıkça tanımlanmamıştır. Roma Hukukundan bu yana cezai sorumlulukta ‘*dolus eventualis*’ adıyla bilinen olası kast, bir öngörme ve risk alma durumudur. Bir fiili işleyen kişi, bu fiili işlemeye devam ederken, gerçekleşme riski olan durumlarda riski göze almış ve fiili işlemeye devam etmişse bu kişinin söz konusu riskli durumlar için olası kastından bahsedilir.³⁸

Aşağıda, yerinden edilmiş kişi ve olası kasta ilişkin kısa açıklama verilmiştir.

Yerinden Edilmiş Kişi

Haziran 2023 tarihi itibarıyla, Birleşmiş Milletler Yüksek Komiserliği (BMMYK) verilerine göre, dünya çapında 108.4 milyon kişi zorla yerinden edilmiştir. Bu yerinden edilen kişiler, mültecileri, ülke içinde yerinde edilmiş kişileri, sığınma arayanları ve uluslararası korunma ihtiyacında olan diğer kişileri kapsar.³⁹

Rusya saldırısının ilk gününden itibaren, Ukraynalılar AB coğrafyasına kitlesel akınlarla sığınmışlardır. AB, 1 Mart 2022 tarihinde, Polonya, Slovakya, Macaristan ve Romanya üzerinden AB ülkelerine gelen Ukraynalı sayısının 650.000’den fazla olduğu bildirmiştir.⁴⁰ Eylül 2023 tarihi itibarıyla halen devam eden silahlı çatışma, 6 Eylül 2023 itibarıyla, kayıtlı Ukraynalı mülteci sayısı Avrupa’da, 5.832.400; Avrupa dışında 369.200 kişi olmak üzere, toplam 6.201.600 kişidir.⁴¹ Ukrayna içinde yerinden edilmiş kişi sayısının 5 milyonun üzerinde olduğu tahmin edilmektedir.⁴²

Yerinden edilen kişiler, özellikle silahlı çatışmaların, genel şiddet durumlarının, insan hakları ihlallerinin ya da doğal yahut insan kaynaklı felaketlerin veya bunların etkilerinden kaçınmak amacıyla evlerinden veya sürekli yaşadıkları yerlerden kaçmak zorunda kalan veya bunları terk eden kişiler olarak tanımlanır. Bu tanım, daha önce de

³⁸ Mohamed Elewa Badar, “Dolus Eventualis and the Rome Statute Without It”, *New Criminal Law Review*, Vol.12, No.3, Summer 2009, s. 433, 434

³⁹ <https://www.unhcr.org/about-unhcr/who-we-are/figures-glance>.

⁴⁰ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TEXT/PDF/?uri=CELEX:32022D0382>.

⁴¹ https://data.unhcr.org/en/situations/ukraine#_ga=2.55865643.1854345956.1651847030-461407727.1632076085.

⁴² <https://www.unhcr.org/emergencies/ukraine-emergency>.

bahsedildiği gibi hem ülke içinde yerinden edilmeyi yani ÜİYEK hem de sınır ötesine yerinden edilmeyi yani mültecileri kapsamaktadır.⁴³

1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme'de (Mülteci Sözleşmesi) mülteci;

ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen; yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönmeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen kişiler

olarak tanımlanmıştır.

Mülteci Sözleşmesi'ne göre, mültecilik bireysel bir statüdür. Silahlı çatışma durumlarında görülen kitlesel akınlara gelenler, kural olarak mülteci olarak kabul edilmezler. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği Mülteci Statüsüne Karar Verme Kriterleri ve Usulleri ve Uluslararası Koruma Talimatları El Kitabı'nda, uluslararası ya da ulusal silahlı çatışmalar sonucunda ülkelerini terk etmek zorunda olan kişilerin, normalde Mülteci Sözleşmesi'ne göre mülteci sayılmadıklarından; ancak, ülkenin bütünü ya da bir bölümü yabancı istilasına ya da işgaline uğramışsa, Mülteci Sözleşmesinde sözü edilen zulümle sonuçlanabileceğini -ve bir çok defa sonuçlandığını- bu durumda mültecilik için başvuru sahibinin "haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu" nu kanıtladığı durumlarda mülteci olunabileceğine de işaret edilmiştir.⁴⁴ Her ne kadar İHEB'in 14. maddesinde,⁴⁵ sığınma, bir insan hakkı olarak düzenlenmiş olsa da Uluslararası Hukuk, devletleri

⁴³ <https://www.unesco.org/en/articles/migrants-refugees-or-displaced-persons>, (Erişim Tarihi 26.08.2023)

⁴⁴ HCR/1P/4/ENG/REV. 4, Handbook on Procedures Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, Reissued, Geneva, 2019, para. 164-166, <https://www.refworld.org/docid/5cb474b27.html>, (Erişim Tarihi: 19.05.2023)

⁴⁵ İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi madde 14:

1. ^Herkesin, sürekli baskı altında tutulduğunda, başka ülkelere sığınma ve kabul edilme hakkı vardır.
2. ^Cerçekten siyasal nitelik taşımayan suçlardan kaynaklanan ya da Birleşmiş Milletlerin amaç ve ilkelerine aykırı fiillerden kaynaklanan kovuşturma durumunda, bu hak ileri sürülemez. <https://www.ihd.org.tr/insan-haklari-evrensel-beyanamesi/>, (Erişim Tarihi: 30.08.2023)

ülkelerine mülteci alma konusunda zorlamaz. Avrupa uygulaması, silahlı çatışmalardan kitlesel akınlara kaçanlara geçici koruma sağlanması yönündedir. AB, AB Konseyi'nin Geçici Koruma Yönergesi'nin (GKY)'nin uygulanmasına ilişkin aldığı karar uyarınca, Ukraynalılara geçici koruma sağlamıştır. Geçici Koruma, AB'nin 2001 tarihli Geçici Koruma Yönergesi'nin (GKY) 2/a maddesine göre, üçüncü ülkelerden gelen yerinden edilmiş kişilerin kitle akınları ya da acil kitlesel akın durumlarında, özellikle sığınma sisteminin bu akınla, etkili işleyişi olumsuz şekilde etkilenmeksizin başa çıkamayacağına dair bir riskin bulunması halinde, ilgili kişilerin ve koruma talep eden diğer kimse-lerin menfaatleri doğrultusunda bu tür kişilere acil ve geçici koruma sağlanması olarak tanımlanmıştır.⁴⁶ Yerinden edilen kişi ise GKY'nin 2/c maddesinde; menşe ülkelerini ya da bölgelerini terk etmek zorunda kalan veya özellikle uluslararası kuruluşlar tarafından yapılan bir başvuruya yanıt olarak tahliye edilen ve o ülkede hüküm süren durum nedeniyle güvenli ve kalıcı koşullarda geri dönemeyecek olan üçüncü ülke vatandaşları veya vatansız kişiler, Cenevre Sözleşmesi'nin 1A sayılı maddesinin ya da uluslararası koruma sağlayan diğer uluslararası ya da ulusal nitelikte araçlar kapsamına girebilen özellikle;

silahlı çatışma ya da endemik şiddet alanlarından kaçan kişiler,
sistemik ya da genelleştirilmiş insan hakları ihlalinin kurbanı olan
ya da ciddi risk altındaki kişiler

olarak tanımlanmıştır.⁴⁷

1998 yılında İnsan Hakları Komisyonuna sunulan Ülke İçinde Yerinden Edilmeye İlişkin Yol Gösterici İlkeler ve Kampala Sözleşmesinde ÜİYEK;

⁴⁶ AB coğrafyasına kitleler halinde akın eden Ukraynalılara geçici koruma sağlanması, AB tarafından 2001 yılında kabul edilen GKY etkinleştirilmesinin sonucudur. 2 Mart 2022 tarihinde AB Komisyonu'nun önerisi ve 4 Mart 2022 tarihinde AB Konseyi'nin oybirliği ile GKY'nin 5. maddesindeki aranan şartlar gerçekleşmiş ve Avrupa'ya akın eden Ukraynalılara geçici koruma sağlanması uygulaması başlatılmıştır. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0055>, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_1469, (Erişim Tarihi: 30.08.2023); <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022D0382>; Esra Yılmaz Eren, *Mülteci Hukukunda Geçici Koruma*, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Ankara, 2018, s. 119

⁴⁷ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0055>; Eren, s. 114

Silahlı çatışma, iç karışıklık, insan haklarının sistematik ihlali veya doğal veya insan kaynaklı felaketler nedeniyle veya bunların etkilerinden kaçınmak için yaşamakta oldukları evlerinden yahut da mutat meskenlerinin olduğu yerlerden, uluslararası düzeyde kabul görmüş hiçbir devlet sınırını geçmeksizin göçe zorlanan kişi ya da kişi gruplarıdır”

şeklinde tanımlamıştır.⁴⁸

Daha önce de bahsedildiği gibi, 6.201.600 kişisi Ukrayna dışında olmak üzere 11 milyondan fazla Ukraynalı Eylül 2023 itibariyle yerinden edilmiştir. Bunlardan 19546'sı çocuktur.⁴⁹

Olası Kast – Dolus Eventualis-

Kast, yatay ilişkileri devlet yardımıyla düzenleyen ceza hukukuyla ilgili bir kavramdır.⁵⁰ Bilindiği gibi, uluslararası hukukta yatay ilişki, devletler arasındadır ve ulusal hukuktakilere benzer bir üst otorite yoktur. Ulusal hukuklarda suçun iki unsuru, işlenen fiilin ceza kanununa aykırı olması ve bu yasaklanan fiilin kasten ya da taksirle işlenmesidir. Kast, eylemi ve neticesini bilerek ve isteyerek işleme iradesidir. Klasik görüşe göre, kastın iki unsuru, bilme ve istemdir.⁵¹ Özgenç, istemeyi kastın unsuru olarak kabul etmeyip, gerçekleşmesini istemese dahi sonuçların öngörülmüş olmasını kastın varlığı için yeterli görür.

Olası kastta ise 'suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların' ya da 'suçun doğuracağı sonucun gerçekleşmesi' bir olasılık olarak öngö-

⁴⁸ E/CN.4/1996/52/Add.2, 5 December 1995, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G95/146/89/PDF/G9514689.pdf?OpenElement>, (Erişim Tarihi: 09.09.2023)

⁴⁹ Aynı tarihler arasında, 504 çocuk öldüğü, 1123 çocuğun yaralandığı ve 1233 çocuğun kaybolduğu Ukrayna hükümeti tarafından bildirilmiştir. <https://childrenofwar.gov.ua/en/>, (Erişim Tarihi: 14.09.2023); Haziran 2022 tarihinde BM İnsan Hakları Yüksek Komiseri Michelle Bachelet, İnsan Hakları Konseyi'nde Ukrayna'da geçici olarak işgal edilen bölgelerde çocukların kaybolmaları -özellikle kurumlardaki çocukların- ile ilgili endişelerini dile getirmiştir. Rus medyasına göre, Ocak 2023'te kaybolan çocuk sayısı 728.000'e ulaşmıştır. Del Monte with Barlaoura; https://data.unhcr.org/en/situations/ukraine#_ga=2.55865643.1854345956.1651847030-461407727.1632076085; <https://www.unhcr.org/emergencies/ukraine-emergency>, (Erişim Tarihi: 01.09.2023); <https://www.icc-cpi.int/situations/ukraine>, (Erişim Tarihi: 09.09.2023)

⁵⁰ Zeki Hafizoğulları, "Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu ve Sınırları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 35, Sayı 1, 1987, s. 235

⁵¹ Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku, Savaş Yayınları*, Ankara, 1991, s. 103

rülür. Olası kastta bilme, şüphe ile karışıktır. Suçun nesnel unsurları ya da sonuç, fail tarafından tahmin edilebilir.⁵²

Suçun maddi unsurlarına ilişkin olası kastta fail, suçun nesnel unsurlarının kendi fiillerinden ya da ihmallerinden kaynaklanabileceğine ilişkin riskin farkındadır ve sonucun doğmasına rıza göstermektedir.⁵³

Sonuç açısından olası kastta ise belli bir sonucun gerçekleştirilmesine yönelik olarak işlenen fiil, diğer bazı sonuçların meydana gelmesine muhtemelen sebep olmuşsa bu sonuçlar için olası kast söz konusudur. Fail, gerçekleştirdiği fiilin, muhtemel başka sonuçlar doğurabileceğini düşünmüş, bu sonuçların gerçekleşmesini mümkün ve muhtemel olarak öngörmüşse, bu sonuçlar açısından olası kastla hareket etmiştir. Olası kast halinde, öngörülen sonucun gerçekleşip gerçekleşmeyeceği olayın seyrine bırakılmıştır. Bu olası sonuçların gerçekleşip gerçekleşmemesi failin kararını etkilemez. Örneğin, kalabalık içinde bulunan bir siyasi şahsiyet hedef alınarak ateşlenen silahtan çıkan merminin, hedeflenen kişiye değil, hemen yanındaki kişi ya da kişilere isabet etmesi durumunda failin olası kastı söz konusudur. Fail, hedeflediği kişiden başkasının ölebileceğini öngörmüş olmasına rağmen, ateş etme fiilini işlemiştir.⁵⁴

Latin Hukuku'ndaki '*dolus in determinatus determinatur eventu*' ilkesi, 'belirli olmayan kast, netice ile belirlenir' anlamına gelir ve sonuç öngörülmüş olmasına rağmen fiil işlenmişse, o fiilin işlenmesinde kastın varlığı kabul edilir. Olası kastta, sonuç, kesin olarak öngörülmüş olabilir ya da olmayabilir. Sonucun kesin olarak öngörüldüğü durumlarda, istemenin gerçekleştiği sonucuna varılabilir. Sonuç gerçekleşikten sonra doğrudan kast ile olası kast açısından fark yoktur.⁵⁵

⁵² Badar, s. 454

⁵³ Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dylo, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04- 01/06, 29 January 2007, para. 352, 353, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2007_02360.PDF, (Erişim Tarihi: 19.05.2023); Badar, s. 442-443

⁵⁴ İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Ankara, 2005, s. 300-305

⁵⁵ Özgenç, s. 309, 310

III. RUSYA'NIN SALDIRI FİİLİ VE UKRAYNALI YERİNDEN EDİLMİŞ KİŞİLER DOLAYISIYLA SORUMLULUĞU

Sorumluluk Hukukunun yerleşik ilkelerine ve Devletin Sorumluluğu Taslak Maddeleri'nden 1. sine göre, bir devletin her uluslararası haksız fiili o devletin sorumluluğunu doğurur.

Devletin Sorumluluğu Taslak Maddeleri, kusur, zarar ve kusur ve zarar arasındaki illiyet bağına esas alan klasik kusur sorumluluğunu benimsemez. Sorumluluğun doğması için ille de zararın doğmasını aramayıp, uluslararası hukuk düzenini bizatihi korunmaya muhtaç bir değer olarak kabul eder ve herhangi bir zarar doğmamış olsa dahi sorumluluğa hükmeder.

Devletin sorumluluğuna ilişkin Taslak Maddelerde, İkinci Bölüm, Birinci ve İkinci Bap'larda 28-40. maddeler arasında uluslararası haksız fiilin hukuki sonuçları, zararın onarımı ve onarım şekilleri düzenlenmiştir. Buna göre, uluslararası haksız fiilin hukuki sonuçları; yükümlülüğü yerine getirme ödevinin devam etmesi, haksız fiile son vermek ve tekrar etmemek ve onarımdır. Onarım yükümlülüğü ise müştereken ya da müstakilen; eski hale iade, tazminat ve tatmin/tarziye şekillerindedir.

Daha önce de bahsedildiği gibi, BM Andlaşması 2/4. madde çerçevesinde Rusya'nın Ukrayna'ya saldırı fiili, 1996 Taslağı'na göre, uluslararası suç; 2001 tarihli Devletin Sorumluluğu Taslak Maddeleri'ne göre uluslararası hukukun emredici normunun ciddi ihlalini oluşturur.

Jus cogens norm ihlallerinden sorumluluk, devletin sorumluluğuna ilişkin Taslak Maddeler'de, İkinci Bölüm, Uluslararası Hukukun Emredici Kurallarından Kaynaklanan Yükümlülüklerin Ciddi İhlalleri adındaki Üçüncü Bap'ta, 40 ve 41. maddelerde düzenlenmiştir. Buna göre, 40. madde;

Bu bap, uluslararası hukukun emredici bir kuralından kaynaklanan bir yükümlülüğün, bir devletin ciddi ihlalden doğan uluslararası sorumluluğuna uygulanır.

Böyle bir yükümlülüğün ihlali, sorumlu devletin açık ve sistematik olarak yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınması halinde ağırdır.

şeklinde. Madde metninde de görüldüğü üzere, jus cogens normun, açık ve sistematik ihlali aranmaktadır. Emredici normun açık ihlali, ihlalin ve etkilerinin yoğunluğuna ve aleniliğine vurgu yapıp, ihlalin herhangi bir şüphe içermeksizin doğrudan gerçekleştiğine; sistematik ihlali ise münferit olmayan, örgütlü ve önceden tasarlanmış olduğuna işaret etmektedir.⁵⁶ 41. maddede ise jus cogens normdan kaynaklanan yükümlülüğün ciddi ihlalinin özel sonuçları düzenlenmiştir. 41. madde;

40. madde bağlamında her türlü ciddi ihlale son vermek için devletler meşru araçlarla iş birliği yapmalıdırlar.

Hiçbir devlet, 40. madde bağlamında ciddi bir ihlalden doğan bir durumu meşru olarak tanımamalı ve bu durumun sürdürülmesi için yardım etmemeliler ve destek vermemelidirler.

Bu madde, bu bölümde öngörülen diğer sonuçları ve uluslararası hukuka göre bir ihlale bu bab'ın uygulanmasında oluşabilecek ilave sonuçları engellemez.

Pirim, 40 ve 41. maddelerdeki düzenleme için, ihlale maruz kalmayan devletleri de sorumluluk ilişkisine dahil etmek, üçüncü devletlere ek hak ve yükümlülük getirmek suretiyle saldırı gibi jus cogens norm ihlalleri için ağırlaştırmış bir sorumluluktan bahseder.⁵⁷ Ancak kanımızca, her ne kadar uluslararası hukuk normları arasında emredici olan ve emredici olmayan normlar olarak bir hiyerarşi kurulmuşsa da aynı hiyerarşi sorumluluğa yansımamıştır. Şöyle ki, emredici olmayan normların ihlaline son vermek için diğer devletlerin iş birliğini aramaması, ihlalden doğan durumun meşru olarak tanınması ve ihlalin sonlandırılması için yardım ve destek olmama anlamına gelir ki, uluslararası hukukun bizatihi korunmaya değer olarak görüldüğü sorumluluk ilişkisi için makul değildir. Uluslararası Hukukun emredici normları için öngörülen özel sonuçlar, aslında Uluslararası Hukukun sıradan normları için de geçerlidir.⁵⁸ Uluslararası hukuk düzeni açısından, Uluslararası Hukukun sıradan normlarına da uluslararası toplum açısından aynı tepkiler verilmelidir.

⁵⁶ Pirim, s. 75

⁵⁷ Pirim, s. 75

⁵⁸ Ertuğrul, Uluslararası Hukukun Emredici Normlarından..., s. 156 vd.

Rusya-Ukrayna savaşının 1. yılında, Rusya'ya, ekonomi, enerji, ulaşım, medya, teknoloji, ulaşım, spor, ticaret ve diğer alanlarda 11 binin üzerinde yaptırımla, dünyanın en çok yaptırım uygulanan ülkesi olmuştur. Bu yaptırımların %17,7'si Amerika Birleşik Devletleri tarafından uygulanmıştır.⁵⁹

Rusya, Ukrayna'ya karşı başlattığı savaş nedeniyle, aksine kanıt olmadığından bilerek ve isteyerek gerçekleştirdiği saldırı fiilinden sorumludur. Rusya fiillerini Uluslararası alanda, hukuka aykırı istila, işgal ya da insan haklarının korunmasının ciddi ihlalleri dolayısıyla ile devletin sorumluluğu fiillerine gidilmiştir. Örneğin; Sovyetler Birliği'nin, Afganistan'a politik ve askeri müdahalesinde, Pakistan, ülkesine sığınan 2,5 milyon; İran, ülkesine sığınan 780.000 Afgan mülteci için Sovyetler Birliği'nin sorumluluğunu ileri sürüp tazminat talep etmişlerdir. Pakistan ve İran'ın, Sovyetler Birliği'nin sorumluluğunu ileri sürmelerinin dayanağı, uluslararası suçların düzenlendiği devletin sorumluluğu 1976 tarihli raporun 19. maddesidir.- 1996 Taslağı ile aynıdır.- Pakistan ve İran, 19/3-c maddesi;

“Köleliğin, soykırımın, ırk ayrımcılığının yasaklanması gibi insanoğlunun korunması için hayati önem taşıyan bir yükümlülüğün geniş çapta ihlali”

hükmü çerçevesinde, mülteci doğuran temel insan hak ve özgürlüklerinin ciddi ve geniş ölçekte ihlallerinin, ırk ayrımcılığı, kölelik ya da soykırım gibi uluslararası suç olduğu gerekçesini ileri sürmüşlerdir.⁶⁰

BM Güvenlik Konseyi, 687 sayılı kararında, Irak'ı, Kuveyt'i hukuka aykırı istila ve işgali nedeniyle uluslararası hukuktan doğan yükümlülükleriyle ilgili doğrudan kayıp ve zarardan sorumlu tutmuştur.⁶¹

⁵⁹ 23.02.2023 tarihli habere göre, en çok yaptırım uygulayan devletler ve yaptırım sayıları sırasıyla; ABD, 1948; İsviçre, 1782; Kanada; 1590; İngiltere, 1429; Avrupa Birliği, 1390; Fransa, 1324; Avusturalya, 945 ve Japonya; 919'dur. <https://www.ntv.com.tr/ntvpara/savasin-ilk-yilinda-rusya-dunyanin-en-cok-yaptirim-uygulanan-ulkesi-oldu,wJxmffbrk6W0Qan2ypsDA>, (Erişim Tarihi: 26.08.2023)

⁶⁰ Luke T. Lee, "The Right to Compensation: Refugees and Countries of Asylum", *The American Journal of International Law*, Vol. 80, No. 3, July 1986, s. 558-560

⁶¹ A/RES/687, 3 April 1991, E, para.16 <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/596/23/PDF/NR059623.pdf?OpenElement>, (Erişim Tarihi:19.05.2023); Nafees Ahmad, "Refugees: State Responsibility, Country of Origin and Human Rights" *Asia-Pacific Journal on Human Rights and the Law*, (2), 2009, s. 10

Rusya'nın, Ukrayna'ya karşı saldırı fiili, yaklaşık 11 milyon Ukraynalı'nın yerinden edilmesiyle sonuçlanmıştır. Kanımızca, Rusya, saldırı fiilleri sonucunda Ukraynalılar'ın yerinden edebileceğini öngörmüştür yani bu konuda olası kastı vardır. Ukraynalı yerinden edilmişler, Rusya'nın saldırı fiilinin bir unsuru ya da bu fiilin bir sonucu değildir. Örneğin, geleneksel savaşların yapıldığı, çatışmaların cephelerde gerçekleştiği durumlarda bu kadar yoğun yerinden edilme durumu doğmamıştır. Yerinden edilmenin, -Münkler' in tabiriyle 'yeni savaşlar'⁶²ın bir sonucu olsa da- silahlı saldırının hedefi olma konusunda; ayırım gözetecek, oranlı olacak ve askeri üstünlük sağlandıktan sonra bitecek saldırı fiiliyle ilgisi yoktur. Elbette ki, Ukraynalı yerinden edilmişlerin, Rusya'nın Uluslararası Savaş Hukuku'nu ya da Uluslararası İnsancıl Hukuku ihlal etmesiyle doğrudan ilgisi olabilir. Ancak, söz konusu ihlaller bu çalışmanın konusu değildir.

BM Genel Kurulu'nun 2 Mart 2022 tarihli kararında, konutlar, okullar, hastaneler gibi sivil tesislere yönelik saldırılar ve kadınlar, yaşlılar, engelliler ve çocuklar da dahil olmak üzere sivil kayıplara ilişkin raporlardan; Ukrayna çevresinde kötüleşen insani durumdan ve insani yardıma muhtaç ÜYİYEK ve mültecilerin sayısının giderek artmasından büyük endişe duyulduğu ifade edilmiştir.⁶³ Rusya tarafından öngörülen ya da öngörülmesi gereken yerinden edilme durumu, 11 milyondan fazla Ukraynalı'nın yer değiştirmesi ile sonuçlanmıştır. Rusya, söz konusu durumdan olası kastı nedeniyle sorumludur. Yukarıda da bahsedildiği gibi, sonuç gerçekleştiğinde doğrudan kast ile olası kast arasında fark yoktur.⁶⁴ Dolayısıyla Rusya hem saldırı fiilinden hem de Ukraynalı yerinden edilmiş kişilerden devlet olarak sorumludur.

SONUÇ

22 Şubat 2022 tarihinde, Rusya'nın Ukrayna'ya saldırısı ile başlayan süreçte 11 milyondan fazla Ukraynalı yerinden edilmiştir. Bunun, 6 mil-

⁶² Münkler, "Yeni Savaşlar" tabiriyle, uzun süreli ve 20. yüzyılın başlarına kadar ölenlerin %90'ını askerlerin oluşturduğu savaşların aksine, 20. yüzyılın sonunda başlayan yeni savaşlarda ölenlerin %80'i sivil, %20'sinin asker olduğu ve şiddetin halka yöneltildiği savaşları kasteder. Herfried Münkler, Yeni Savaşlar, Çev. Zehra Aksu Yılmaz, İletişim Yayınları, İstanbul, 2010, s.30-32

⁶³ A/RES/ES-11/1, 18 March 2022, 3

⁶⁴ Özgenç, s. 309, 310

yondan fazlası mülteci, 5 milyondan fazlası ise ÜYEEK'dir. Rusya'nın saldırısı, BM Andlaşması'nın 2/4. maddesinde düzenlenen ve BM Genel Kurulu'nun 1974 tarihli, saldırının tanımına ilişkin kararında 2/4. maddedeki şekliyle tanımlanan; devletlerin ülkesel bütünlüklerine, siyasal bağımsızlıklarına ve BM'nin amaçlarına aykırı olacak şekilde kuvvet kullanma ve kuvvet kullanma tehdidi yasağını ihlal eder. Rusya'nın saldırısını ifade etmek için kullanılan istila, işgal gibi terimler de saldırı fiilinin sınırlı sayıda olmayan örneklerindedir. Saldırı yasağı, jus cogens normdur⁶⁵ ve saldırı, devletin sorumluluğuna ilişkin 1996 Taslağı'nda devletin suçları arasında sayılmıştır.⁶⁶ 2001 tarihli, Devletin Sorumluluğu Taslak Maddeleri'ne göre, devletin sorumluluğunu doğurur. Hukuki ya da cezai olarak nitelendirilemeyip, *sui generis* nitelikte bir sorumluluk öngören Taslak Maddeler'e göre, devletin sorumluluğu için, uluslararası haksız fiil ve bu haksız fiilin devlete atfedilmesi yeterlidir. Ancak, hem 1996 Taslağı'nda uluslararası suç olarak düzenlendiğinden hem de UCM'de bireylerin saldırı fiilinden dolayı cezai sorumluluğuna gidilebilmesi için devletin saldırı fiilini işlemesi ön şartına bağlı olmasından dolayı saldırı fiili, suçun manevi unsuru olan kast açısından incelenmeye değerdir. Bilindiği gibi kast, işlenen fiilin bilinmesi ve istenmesidir. Kastın bir çeşidi olan ve Latin hukukunda *dolus eventualis* olarak adlandırılan olası kast ise fiilin maddi unsurlarının ya da sonucunun bilinme ve istenme koşullarına bağlı olmaksızın öngörülmesiyle ilgilidir. Olası kastta bilme, şüphe ile karışıktır. Fiilin nesnel unsurları ya da sonuç, fail tarafından tahmin edilebilir niteliktedir.⁶⁷ Sonuç açısından olası kasta, sonuç öngörülmüş olmasına rağmen fiil işlenmişse, o fiilin işlenmesinde olası kast vardır. Özgenç'in örneği verilecek olursa; kalabalık içinde bulunan bir siyasi şahsiyet hedef alınarak ateşlenen silahtan çıkan merminin hedeflenen kişiye değil, hemen yanındaki kişi ya da kişilere isabet etmesi durumunda failin olası kastı söz konusudur. Fail, hedeflediği kişiden başkasının ölebileceğini öngörmüş olmasına rağmen, ateş etmiştir. Olası kastta, sonucun gerçekleşip gerçekleşmemesi failin kararını etkilemez.⁶⁸

⁶⁵ A/77/10, Draft Conclusion on Identification and Legal Consequences of Peremptory Norms of General International Law, 23. Madde, s. 6

⁶⁶ Draft Articles on State Responsibility with Commentaries Thereeto Adopted by the International Law Commission on First Reading, January 1997, s. 105 vd.

⁶⁷ Badar, s. 454

⁶⁸ Özgenç, s.304, 309-310

Mevcut durumda Rusya, saldırı fiilini işlerken, Ukraynalıların mülteci ya da ÜİYEK konumuna düşebileceklerini öngörmüş ise sonuç açısından Rusya'nın olası kastından bahsedilir. Rusya'nın, Ukrayna'ya karşı saldırısında doğrudan kastla hareket ettiği ve bundan sorumlu olduğu konusunda şüphe yoktur. Rusya'nın olası kastı ise saldırı fiilini işlerken, Ukraynalıların yerinden edilme ihtimalini öngörmesi ve bu ihtimalin gerçekleşip gerçekleşmemesine önem vermemiş olmasındadır. Eylül 2023 tarihi itibarıyla, 11 milyondan fazla Ukraynalı mülteci konumuna düşmüş ya da Ukrayna içinde yer değiştirmek zorunda kalmışsa, Rusya'nın olası kastıyla ilgili sonuç doğmuştur. Sonuç gerçekleşikten sonra doğrudan kast ile olası kast açısından fark yoktur.⁶⁹ Dolayısıyla Rusya hem saldırı fiilinden hem de saldırı fiilini işlediği sırada Ukraynalıların yerinden edilmesi konusundaki olası kastından sorumludur. Ukraynalı yerinden edilmiş kişilerden Rusya'nın sorumluluğu, insan haklarının korunmasını düzenleyen BM Andlaması'nın 1/3. maddesinin, silahlı çatışma zamanlarında sivillerin korunmasını düzenleyen 4 No'lu Cenevre Sözleşmesi'nin ya da uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalarda uygulanacak hükümler içeren Ek 1 No'lu Protokol'ün ihlalini gerektirmeksizin, yalnızca BM Andlaşması'nın 2/4. maddesinin ihlaline bağlıdır. Devletin sorumluluğunda olası kastın dikkate alınması, uluslararası kamu düzenine ve bir bütün olarak uluslararası toplumun menfaatine hizmet edecektir.

Kaynakça

Kitaplar

- 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, Yayına Haz. Melike Batur Yamaner, A.Emre Öktem, Bleda Kurtdarcan, Mehmet C.Uzun, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 42
- Büyük Mehmet Emin, Uluslararası Hukukta Hukukun Genel İlkeleri, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul, 2018.
- Çağırın Mehmet Emin, Uluslararası Hukukta Devletin Tek Taraflı İşlemleri, Barış Platin Yayınları, Ankara, 2005
- Dülger Kenan, Devletin Uluslararası İnsancıl Hukukun İhlalinden Sorumluluğu, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2015.
- Eren Esra Yılmaz, Mülteci Hukukunda Geçici Koruma, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Ankara, 2018.
- Erkiner Hakkı Hakan, Devletin Haksız Fiilinden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

⁶⁹ Özgenç, s. 309, 310

- Ertuğrul Ümmühan Elçin, Uluslararası Hukukun Emredici Normlarından Doğan Yükümlülüklerin Ciddi İhlallerinden Devletin Sorumluluğu, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012.
- Ertuğrul Ümmühan Elçin, Uluslararası Silahlı Çatışmalar Hukukunda Bireysel Statüler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law, International Law Association, The Hague Conference 2010.
- Grotius Hugo, Savaş ve Barış Hukuku, Çev. Seha L. Meray, Say Yayınları, İstanbul, 2011.
- HCR/1P/4/ENG/REV. 4, Handbook on Procedures Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, Reissued, Geneva, 2019, <https://www.refworld.org/docid/5cb474b27.html>.
- Jacques Melaine, Armed Conflict and Displacement, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.
- Jorgensen Nina H. B., The Responsibility of States for International Crimes, Oxford University Press, Oxford, 2000.
- Kelsen Hans, Saf Hukuk Kuramı, Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş, Çev. Ertuğrul Uzun, Nora Kitap, İstanbul, 2016.
- Keskin Funda, Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma: Savaş, Karışma ve Birleşmiş Milletler, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları: 20, Ankara, 1998.
- League of Nations, Official Journal, Fourth Year, No.12, December 1923.
- Münkler Herfried, *Yeni Savaşlar*, Çev. Zehra Aksu Yılmaz, İletişim Yayınları, İstanbul, 2010.
- Öktem Emre, Uluslararası Teamül Hukuku, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2015.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Ankara, 2005.
- Pazarıcı Hüseyin, Uluslararası Hukuk, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.
- Pirim, Ceren Zeynep, Uluslararası Hukukta Devletin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022.
- Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara, 1991.
- Uzun Elif, Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık San ve Tic. A.Ş., Ankara, 2016.
- Yamaner Melike Batur, Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması, Arıkan Basım Yayımları Ltd. Şti., İstanbul, 2007.

Makaleler

- Ahmad Nafees, "Refugees: State Responsibility, Country of Origin and Human Rights" *Asia-Pacific Journal on Human Rights and the Law*, (2), 2009, s.1-22.
- Badar Mohamed Elewa, "Dolus Eventualis and the Rome Statute Without It", *New Criminal Law Review*, Vol.12, No.3, Summer 2009, s.433-467.

- Del Monte Micaela with Barlaoura Nefeli, "Russia's War on Ukraine Forcibly Displaced Ukrainian Children", EPRS/European Parliamentary Research Service, April 2023.
- Ertuğrul Ümmühan Elçin, "Geçici Koruma ve Mülteci Yükünün Paylaşılmasındaki Normatif Boşlukların Giderilmesiyle İlgili Öneriler", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2022, Cilt 80, Sayı 2, 2022, s. 655-682.
- Ertuğrul Ümmühan Elçin, "Silahlı Çatışmadan Kaçanların (Yerinden Edilenlerin) Uluslararası Hukukta Korunması", *Ankara Barosu Dergisi*, 2017/1, s. 152-180.
- Hafizoğulları Zeki, "Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu ve Sınırları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 35, Sayı 1, 1987, s. 235-279
- Lee Luke T., "The Right to Compensation: Refugees and Countries of Asylum", *The American Journal of International Law*, Vol. 80, No. 3, July 1986, s.532-567
- Psaedakis Daphne and Voitenko Anna, "USAID chief announces over \$500 million in assistance on Ukraine visit", *REUTERS*, July 17, 2023, https://www.reuters.com/world/europe/usaid-chief-announce-over-500-million-aid-visit-ukraine-2023-07-17/?UTM_CAMPAIGN=Big_Moments&UTM_SOURCE=Google&UTM_MEDIUM=Sponsored.
- Report of the International Law Commission on its twenty-eighty session, Yearbook of the International Law Commission, 1976, Vol. II, Part Two
- Wong Meagan S., "Aggression and State Responsibility at the International Criminal Court", *International Law and Comparative Law Quarterly*, Vol. 70, October 2021, s. 961-990.

İnternet Kaynakları

- <https://acleddata.com/2022/03/03/regional-overview-europe-caucasus-and-central-asia-19-25-february-2022/>
- https://data.unhcr.org/en/situations/ukraine#_ga=2.55865643.1854345956.1651847030-461407727.1632076085
- https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_1469
- <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022D0382>
- <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0055>
- https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020095336bm_31.pdf
- https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf
- <https://www.bbc.com/turkce/articles/cq5vne99p45o>
- [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/747093/EPRS_BRI\(2023\)747093_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/747093/EPRS_BRI(2023)747093_EN.pdf)
- https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2007_02360.PDF
- <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>
- <https://www.icc-cpi.int/situations/ukraine>.
- <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>.
- <https://www.ihd.org.tr/insan-haklari-evrensel-beyannamesi/>.
- <https://www.ntv.com.tr/ntvpara/savasin-ilk-yilinda-rusya-dunyanin-en-cok-yaptirim-uygulan-an-ulkesi-oldu,wjxmffbrik6WOQan2ypsDA>.

https://www.rulac.org/assets/downloads/ILA_report_armed_conflict_2010.pdf.

<https://www.unesco.org/en/articles/migrants-refugees-or-displaced-persons>.

<https://www.unhcr.org/about-unhcr/who-we-are/figures-glance>.

<https://www.unhcr.org/emergencies/ukraine-emergency>,

Simeon James C., https://carfms.org/ending-forced-migration-as-a-weapon-of-war/#_ftnref10

Diğer Kaynaklar

3314 (XXIX), Definition of Aggression, 14 December 1974, article 3, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/739/16/PDF/NR073916.pdf?OpenElement>

A/77/10, Draft Conclusion on Identification and Legal Consequences of Peremptory Norms of General International Law, Report of the International Law Commission, Seventy-third Session, Chapter IV, Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens), https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/1_14_2022.pdf

A/RES/56/83, 28 January, 2002, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/477/97/PDF/N0147797.pdf?OpenElement>

A/RES/687, 3 April 1991, E, para.16 <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/596/23/PDF/NR059623.pdf?OpenElement>.

A/RES/ES-11/1, 18 March 2022, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/293/36/PDF/N2229336.pdf?OpenElement>

Draft Articles on State Responsibility with Commentaries Thereto Adopted by the International Law Commission on First Reading, January 1997. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_1996.pdf.

E/CN.4/1996/52/Add.2, 5 December 1995, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G95/146/89/PDF/G9514689.pdf?OpenElement>

S/RES/2623 (2022), 27 February 2022, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/271/32/PDF/N2227132.pdf?OpenElement>.

Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dylo, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06, 29 January

AB'NİN AİHK'YA KATILIMININ AB DİVANİ'NİN CETA'YA İLİŞKİN GÖRÜŞÜ İŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

EVALUATION OF THE EU ACCESSION TO THE ECHR IN LIGHT OF THE OPINION OF THE CJEU ON CETA

A. Füsun ARSAVA*

Özet: ABAD'ın (Avrupa Birliği Adalet Divanı) AB'nin AİHK'ya katılma anlaşmasına ilişkin 2013 tarihli olumsuz görüşü ertesinde AB-Kanada Serbest Ticaret Anlaşmasına (CETA) ilişkin olarak verdiği görüş AB'nin AİHK'ya katılma anlaşması tartışmalarına yeni bir boyut getirmiştir. ABAD'ın CETA'ya ilişkin görüşünün şimdiye dek olan içtihadı ile karşılaştırılması ABAD'ın AB'nin diğer mahkemelerin yargısal denetimine girmesiyle ilgili yeni gereklilikler öngördüğünü ortaya koymaktadır. Bununla beraber ABAD'ın CETA'ya ilişkin görüşünde ölçülülük denetiminin AB'nin kurumsal yapısı dışında bulunan mahkemeler tarafından da yapılmasına imkân tanıyan bir ifadeye yer vermesi öngörülen yeni gerekliliklerin AB'nin AİHK'ya katılmasına engel teşkil etmeyeceği şeklinde yorumlanmaktadır. Makalede bu bağlamda yapılan tartışmalara yer verilmekte ve AB'nin AİHK'ya katılması konusunun Lizbon Anlaşması ışığında güncelliğinin korunduğuna dikkat çekilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Ölçülülük Denetimi, Co-Savunma Mekanizması, Açık İhlâl Denetimi, AB'nin Muhtar Yetkisi, Katılım Anlaşması, Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu

Abstract: Following the unfavourable opinion of the CJEU (Court of Justice of the European Union) concerning the accession of the EU to the ECHR in 2013, its opinion on the EU-Canada Free Trade Agreement (CETA) has brought a new dimension to discussions relating to the Treaty on the accession of EU to the ECHR. A comparison of CJEU's CETA opinion with its judicial opinions thus far manifests that it sets forth new requirements for the judicial review of the EU by other tribunals. Nevertheless, the statement in the opinion of the CJEU on CETA enabling proportionality review by those tribunals outside the institutional structure of the EU is interpreted as the new requirements introduced should not prevent the

* Prof. Dr., Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, fusun.arsava@atilim.edu.tr, ORCID: 0000-0003- 2275-7664

EU from accessing the ECHR. In the article, discussions taking place in this regard are covered and it is pointed out that the subject of the EU accession to the ECHR continues to be relevant in light of the Treaty of Lisbon.

Keywords: Proportionality Review, Co-Defence Mechanism, Review of Flagrant Violation, EU's Sovereign Authority, Accession Agreement, European Convention On Human Rights

GİRİŞ

AİHK'ya katılım AB ve selefleri tarafından yıllardır gündemde tutulan bir konudur.¹ ABAD 1990'li yılların ilk yarısında ilk kez konu ile iştigal etmiş ve 2/94 sayılı görüşünde AİHK'ya katılımın o dönemlerde anlaşmalarda henüz yer almayan hukuki bir dayanak gerektirdiği sonucuna varmıştır.² 01.12.2009'da yürürlüğe giren Lizbon Anlaşmasında AİHK'ya katılımı ilgili düzenlemeye yer verilmesi ile birlikte konu yeniden ABAD'ın önüne gelmiştir.³ ABAD bununla beraber bu kez 2/13 sayılı görüşünde AİHK'ya katılım anlaşmasının AB primer hukuku ile bağdaşmayacağı sonucuna varmıştır.⁴ AİHK'ya katılımın ne şekilde şekillendirilmesi gerektiği konusunda AB İçişleri ve Adalet Bakanları Konseyi 2019 Ekim'de yıllar süren çalışmalar sonrasında AİHK'ya katılımı ilgili ilave bir müzakere yönergesi kabul etmiştir.⁵ Bu bağlamda ABAD'nin CETA'ya ilişkin (*AB'nin ve AB üyesi devletlerin Kanada ile yaptığı kapsamlı ekonomik ve ticaret anlaşması*) 1/17 sayılı görüşü AB'nin AİHK'ya katılımı bakımından yeni bir tartışmaya yol açmıştır.⁶ ABAD'nin CETA'ya ilişkin görüşünün farklı yorumlandığı görülmektedir. Kimi görüşler AB'nin AİHK'ye katılımı bakımından bu görüşün yeni engeller yaratmadığı yönünde ortaya çıkarken, kimi görüşler ABAD'ın CETA'ya ilişkin bu görüşünün AB'nin AİHK'ya ka-

¹ Birgit Daiber, "The European Court of Human Rights and the Courts of the High Contracting Parties; specifically regarding the consequences of the imminent accession of the European Union to the European Convention on Human Rights", *Ritsumeikan Law Review*, 2014, No: 31 Ritsumeikan University Law Association, Kyoto, s.119-135

² EuGH, Gutachten 2/94 (EMRK-Beitritt), ECLI:EU:C:1996:140, Slg.1996, I-1759, Rn.36

³ AB anl. 6.md., 2.fık., 1.cümle

⁴ EuGH, Gutachten 2/13 (EMRK-Beitritt II), ECLI:EU:C:2014:2454; A. Fusun Arsava, "Lizbon Sözleşmesi - Reform Sözleşmesinin Önemli Unsurları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 11, özel sayı, 2009, s. 1457-1479

⁵ Ratsdok.12912/19, Ratsdok.12585/19

⁶ EuGH, Gutachten 1/17 (CETA), ECLI:EU:C:2019:341

tılımı bakımından yeni engeller getirdiği şeklinde ortaya çıkmıştır⁷. Aynı paralelde yine kimi görüşler CETA ile ilgili Divan görüşünde şimdiye dek mevcut olan Divan içtihadının sadece açıklığa kavuşturulduğunu ileri sürerken, diğer görüşler ABAD'ın bu görüşü ile şimdiye dek mevcut görüşünden saptığını, yeni bir yaklaşım oluşturduğunu ileri sürmektedir.⁸ Bu bağlamda kimi hukukçular Divanın CETA görüşünü mutlak olarak sınırsız şekilde desteklerken, sonuçlarını en azından hukuk politikası muvacehesinde rasyonel bulurken⁹ ve bu görüş ışığında AB'nin AB kurumsal yapısı dışında bulunan uluslararası bir mahkemenin yargısına tâbi olmasını Birlik hukuk düzeninin muhtariyeti bakımından bir sorun olarak görmezken, karşı görüş temsilcileri bu konuda mesafeli bir tutum sergileyerek AB'nin AIHK'ya CETA'ya ilişkin görüş esas alınarak katılımı halinde AB'nin dış politikada tasarruf alanının büyük ölçüde daralacağını, hatta ortadan kalkacağını, bu sonuçlar muvacehesinde Divanın CETA görüşünün AB'nin AIHK'ya katılımını pratikte imkânsız kıldığını ileri sürmektedir.¹⁰

I. 1/17 SAYILI DIVAN GÖRÜŞÜ

Bu çerçevede CETA'da uyuşmazlıkların çözümü için öngörülen prosedürün AB primer hukukuyla ne ölçüde bağdaştığının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Divan 1/17 sayılı görüşünde Birlik Hukukunun muhtariyetini,¹¹ AB Rekabet Hukukunun ve Temel Haklar Şartı'nın etkinliğini denetim ölçütü olarak esas almıştır. Birlik

⁷ Julia Lübke, "Investitionsabkommen in der Kompetenzordnung der Europäischen Union-zugleich zu EuGH Gutachten 1/17 (CETA)", *GPR*, 2020, Vol:17, Issue 1, s.21,29; Daniel Engel, "Europäischer Gerichtshof, 30.4.2019 - Gutachten 1/17: Wirtschafts- und Handelsabkommen der EU mit Kanada (CETA) mit Unionsrecht vereinbar", *SchiedsVZ*, Cilt 17 ve 18, 2019 C. H. Beck Verlag, München

⁸ Patricia Sarah Stöbener de Mora/Stephan Wernicke, "Riskante Vorgaben für Investitionsschutz und Freihandel - Das CETA Gutachten des EuGH", *EuZW* 2019, Heft 23, s.970,971; Jörg Gundel, "Das CETA-Gutachten des EuGH: Neuer Grenzen des Unionsrechts für die Unterwerfung unter "fremde Richter", *EWVS*, 2019, Heft 4, s.181,185; Wolfgang Weiss, "Die externe Autonomie des Unionsrechts als Schranke für den Investitionsschutz und weit darüber hinaus? -zum CETA Gutachten des EuGH als Ursprung einer überschießenden Verfassungsrechtlichen Anforderung", *EuR* 2020, s.621,624 vd.

⁹ Julia Lübke, s.28

¹⁰ Heiko Sauer, "Europarechtliche Schranken internationaler Gerichte, Eine Rekonstruktion der Autonomie der Unionsrechts anlässlich des CETA-Gutachtens des EuGH", *JZ*, Jahrgang 74 (2019), Heft 19, s.925-931

¹¹ EuGH, Gutachten 1/17 (CETA, ECLI:EU:C:2019-341, Rn.107 vd.

Hukuku'nun özelliği olarak Birlik Hukukunun muhtariyeti Birliğin kendi anayasal çerçevesini belirleme yetkisini ifade etmektedir.¹² Bu muhtariyet Birlik yargı sistemi dışında bulunan mahkemelerin Birlik Hukukunun yorum ve uygulanması konusunda yetkili olmaması ve Birlik organlarının Birlik anayasal çerçevesi içinde işlevlerini yerine getirmelerini engelleyen kararlar alamaması şeklinde anlaşılmaktadır.¹³ Bu yaklaşıma uygun olarak CETA'da öngörülen uyuşmazlıkların çözüm mekanizması Divan tarafından Birlik Hukukunun yorumu ve uygulanması bağlamında Birlik organlarının Birlik Hukukunun anayasal çerçevesi içinde işlevlerini yerine getirmeleri bakımından engel oluşturmaması nedeniyle ABAD tarafından Birlik Hukukunun muhtariyeti bakımından bir sorun olarak değerlendirilmemiştir;¹⁴ CETA'da öngörülen mekanizma aynı şekilde AB Rekabet Hukukunun etkinliğine, AB Temel Haklar Şartı'nın 20.maddesinde yer alan ayrımcılık yasasına ve 47. maddesinde yer alan bağımsız ve tarafsız bir mahkemeye başvurma hakkına ters düşmemesi nedeniyle AB primer hukuku ile uyumlu.¹⁵

II. CETA'YA İLİŞKİN ABAD GÖRÜŞÜNÜN ABAD'IN ŞİMDİYE KADAR VERDİĞİ KARARLARA UYGUNLUĞU

A. ABAD'ın Prensip Olarak Konuya Olumlu Yaklaşımı

ABAD şimdiye dek AB'nin yetkili olduğu konularda uluslararası anlaşmalar yapma yetkisini kabul etmiş¹⁶ ve AB'nin taraf olduğu anlaşmada anlaşmaya riayeti denetleme yetkisine sahip bir mahkemenin öngörülmesi durumunda bu mahkemenin kararlarının AB'yi ve ABAD'ı bağlamasını olağan bir hukuki sonuç olarak kabul etmiştir.¹⁷ Divan CETA görüşünde ifade ettiği gibi Birlik Hukukunun muhtariyeti korunduğu nispette anlaşmada öngörülen uyuşmazlıkların

¹² CETA görüşü, Rn.178

¹³ CETA görüşü, Rn.119

¹⁴ CETA görüşü, Rn.161

¹⁵ CETA görüşü, Rn.245

¹⁶ AB'nin Çalışma Usulü Hakkındaki Sözleşme, md.216, fık.1

¹⁷ EuGH, Gutachten 1/91 (EWR I), ECLI:EU:C:1991:490, Slg.1991, I-6079, Rn.40; Gutachten I/09 (Patentgericht), ECLI:EU:C:2011:123, Slg.211, I-1137, Rn.74; Gutachten 2/13 (EMRK-Beitritt II), ECLI:EU:C:2014-2454, Rn.182; EuGH, Rs.C-284/16 (Achmea), ECLI:EU:C:2018:158, Rn.57; EuGH, Gutachten 1/17 (CETA), ECLI:EU:C:2019-341

çözüm mekanizmasını Birlik primer hukuku ile uyumlu kabul etmektedir.¹⁸

B. ABAD'nin Yargı Yetkisinin Korunması

Birlik Hukukunun muhtariyetine ilişkin ABAD içtihatlarının analizi Divanın bu çerçevede öncelikle kendi yetkilerinden hareket ettiğini göstermektedir.

1. Birlik Hukukunun Yorumu

Divanın yerleşik içtihatlarına göre AB tarafından yapılan anlaşmaların Birlik Hukukunun bir parçası olması sonucu olarak ABAD'ın Birlik Hukukunu yorumlama yetkisi Birlik tarafından akdedilen anlaşmaların yorumunu da kapsamaktadır.¹⁹ Bu yerleşik içtihattan ABAD'ın anlaşmaları yorumlama yetkisinin mahkeme kurulmasını öngörmeyen uluslararası anlaşmalarla sınırlı olarak kabul edildiği gibi bir sonuç çıkarılmaması gerekmektedir. Anlaşma ile kurulan mahkemelere uygulamada anlaşma konusu dışında kalan Birlik Hukukunun yorumu ve uygulanması için de yetki verilmektedir. Bu durum düzenlenen konuya bağlı olarak AB'nin veya özellikle AB'nin ve üye devletlerin anlaşma tarafı olarak karşımıza çıktığı karma anlaşmalarda söz konusu olmaktadır. Mahkemenin böyle bir durumda AB'nin ve üye devletlerin ilgili alanlardaki yetkilerini düzenleyen normları esas alarak kararının muhatabını doğru belirlemesi gerekmektedir. Anlaşma ile kurulan mahkemenin riayetini denetlemekle yetkili olduğu kurallar anlaşmada yer almadığı takdirde ABAD Birlik Hukukunun muhtariyetini temin etmek için AB Hukukunun yorumu ve uygulanması konusunda kendi yetkisini kullanmaktadır. Böyle bir durumda anlaşmada öngörülen mahkemenin anlaşma ihlâlinden kimin sorumlu olduğunu (*AB'nin mi, üye devletlerin mi yahut her ikisinin mi*), sekonder hukuk normunun AB kurucu anlaşması ile uyumlu olup olmadığını,²⁰

¹⁸ EuGH, Gutachten 1/91 (EWR I), ECLI:EU:C:1991:490, Slg.1991, I-6079, Rn.47; Gutachten 1/00 (Europäischer Luftverkehrsraum), Slg.2002, I-3493, Rn.21,26, Gutachten 1/09 (Patentgericht), ECLI:EU:C:2011:123, Slg.211, I-1137, Rn.76

¹⁹ EuGH, Rs.181/73 (Haegemann), ECLI:EU:C:1474:41, Slg.1974, 449, Rn.2,6; EuGH, Gutachten 1/17 (CETA, ECLI:EU-C:2019:341, Rn.31 vd.

²⁰ EuGH, Gutachten 21/3 (EuGH, Gutachten 2/13 (EMRK-Beitritt II), ECLI:EU:C:2014:2454

uyuşmazlık konusuna ilişkin bir içtihadın bulunup bulunmadığını saptama yetkisi kabul edilmemektedir. Anlaşma karma bir anlaşma olarak yapılmamış ise AB tereddütsüz şekilde anlaşma tarafı olarak kabul edilerek anlaşma ihlâlinden sorumlu tutulmaktadır.²¹ Bu çerçevede anlaşmada ABAD'dan ön karar alma yönteminin benimsenmesi mümkündür.²² Divan'ın CETA'ya ilişkin danışma görüşüne göre Birlik Hukuku'nun yorumu için anlaşma ile kurulan mahkemeye yetki verilmeyen durumlarda mahkemenin yaptığı yorum AB'yi ve üye devletleri bağlamamakla birlikte mahkemenin fiilen Birlik Hukukunu uygulama imkânı bulunmaktadır.

2. AB Hukukunun Denetimi

ABAD Birlik Hukukunun denetiminde yetkilidir. ABAD'ın yaklaşımına göre hiçbir mahkeme AB Hukukuna ilişkin olarak kendisinden daha kapsamlı bir denetim yetkisine sahip olamaz. Bu münhasır yetkinin açık şekilde vurgulanmasının nedeni ortak dış ve güvenlik politikasının günümüzde prensip olarak ABAD'ın denetim yetkisinden istisna edilmesidir.²³ ABAD danışma görüşünde AİHK'ya katılım bağlamında bundan bir sonuç çıkararak kendisinden başka hiçbir mahkemeye AB Hukukunu denetleme yetkisi verilemeyeceğini açık şekilde ortaya koymuştur.²⁴

3. Üye Devletler Arasındaki Uyuşmazlık

Üye devletler arasında anlaşmaların yorum veya uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların AB'nin Çalışma Usulü Hakkındaki Anlaşmanın 344. maddesine göre anlaşmada öngörülen yollar dışında başka bir yolla çözümlenmesi, bu uyuşmazlıkların Divanın yargı yetkisinin dışına çıkarılması mümkün değildir.²⁵ Birliğin yaptığı Uluslararası Hukuk anlaşmaları Birlik Hukukunun parçasıdır. ABAD görüşüne göre üye devletler AB'nin AİHK'ya katılımı ile ilgili katılım anlaşmasından doğan uyuşmazlıklarını ABAD'dan başka bir diğer mahkeme-

²¹ Ortak Avrupa hava trafik alanının yaratılması anlaşmasında olduğu gibi, bkz.: Gutachten 1/00 (Europäischer Luftverkehrsraum), Slg.2002, I-3493, Rn.21,26)

²² bkz.: EuGH, Gutachten 2/13 (EMRK-Beitritt II), ECLI:EU:C:2014-2454)

²³ AB'nin Çalışma Usulü Hakkındaki Anlaşma, md.275; AB anl. md.24, fık.1

²⁴ EuGH, Gutachten 2/13, Rn.252 vd.

²⁵ AB'nin Çalışma Usulü Hakkındaki Anlaşma, md.259

ye taşıyamazlar. AİHK'nın Birlik Hukukunda uygulanması bağlamında üye devletler arasında doğan veya üye devletlerle Birlik arasında doğan uyuşmazlıklar nedeniyle AİHK'nın 33.maddesine istinaden AİHM nezdinde başvuru yapılamaz.

Bu tablo AB'nin Çalışma Usulü Hakkındaki Anlaşmanın 344.maddesine ilişkin olarak Divanın üye devletler arasında doğan uyuşmazlıklarla ilgili içtihadının Birlik Hukukunun yorum ve uygulanmasına ilişkin içtihadından farklı olduğunu göstermektedir. Divan, uluslararası anlaşma ile kurulan mahkemenin dayanağı olan anlaşmanın yorum ve uygulanması konusunda sahip olduğu yetkiyi CETA'da yer almayan Birlik Hukuku konularıyla sınırlarken, üye devletler arasında doğan uyuşmazlıklara ilişkin olarak AB'nin Çalışma Usulü Hakkındaki Anlaşmanın 344. maddesi muvacehesinde daha ileri gitmekte ve CETA'da kurulan mahkemenin yargı yetkisini kabul etmemektedir. Yapılan bu ayırım anlaşmalar hukukunun temel bir prensibi olan karşılıklılık prensibine uygun değildir.²⁶ Üçüncü devletlerin karşılıklılık prensibine uygun düşmemesi nedeniyle ABAD'ın yargı yetkisine tabi olma yaklaşımını kabul etmesi kolay gözükmemektedir.

4. Ön Karar Prosedürü

AB Hukukunun yorum ve uygulanmasına ilişkin olarak Divan'ın münhasır yargı yetkisinin AB'nin Çalışma Usulü Hakkındaki Anlaşmanın 267. maddesine göre ön karar prosedürü üzerinden de korunması mümkündür. Bunun önkoşulu ulusal mahkemelerin AB Hukukunu uygulama konusunda yetkili olmalarıdır. Ulusal mahkemeler somut davada uygulamak durumunda oldukları AB Hukukunun yorum ve geçerliliği ile ilgili olarak Divana ön karar başvurusu yapabilir.²⁷ Bu bağlamda ulusal mahkemelerin yetkilerinin bir AB anlaşması ile (ortak bir patent mahkeme sisteminin oluşturulmasına ilişkin bir anlaşma yapılmasının planlanması gibi) yahut üye devletler arasında yapılan anlaşmalarla kurulan bir mahkemeye devredilmesi mümkündür.²⁸

²⁶ EuGH, Gutachten 1/17 (CETA), ECLI:EU:C:341, Rn.117

²⁷ EuGH, Gutachten 1/09 (Patentrecht), ECLI:EU:C:2011:123, Slg.2011, 1-1137, Rn.73; EuGH, Rs. C-284/16 (Achmea), ECLI:EU:C:2018:158, Rn.42 vd.

²⁸ Bilateral yatırım anlaşmalarında olduğu gibi (EuGH, Rs.C-284/16 (Achmea), ECLI:EU:C:2018:158)

Ancak ulusal mahkemelerin yerine geçen mahkemenin ABAD'a ön karar başvurusu için yetkilendirilmesi bu bağlamda bir açılım sağlamamaktadır. Divan'ın görüşüne göre kendisine ön karar başvurusu yapan mahkeme üye devlet mahkemesi olmadığı takdirde kendisine yetki devredilen mahkemenin aldığı karar nedeniyle AB üyesi devletlerin anlaşmanın ihlâli prosedürüne göre sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır. Bununla beraber üye devletlerin yargı sistemi dışında olan mahkemenin üye devletlerin yargı sistemine dahil edilmesi durumunda ön karar prosedürü bağlamında doğması muhtemel sorun ortadan kalkacaktır. ABAD anlaşma ile kurulan mahkemenin ulusal mahkemelerin yerine değil de ulusal mahkeme ile bağlantı içinde faaliyette bulunan bir mahkeme statüsü ile kendisine başvuru yapması halinde AB anlaşmasının Çalışma Usulü Hakkındaki Anlaşmanın 267. maddesinde öngörülen ön karar prosedürünün by-pass edilme riskinin bulunduğunu kabul etmektedir. ABAD böyle bir durumun ulusal bir mahkemenin kendisine doğrudan başvuru yapması yerine başka bir mahkemenin başvuru yapması durumunda ortaya çıkabileceğini kabul etmektedir. ABAD'a göre AB'nin AİHK'ya katılması ertesi kendisine yapılacak AİHM ön karar başvurularının bu nedenle ulusal mahkemeler tarafından iletilmesi şeklinde değil, AİHK'ya ek 16 nolu protokole göre doğrudan AİHM tarafından yapılması gerekmektedir.

C. ABAD Yargı Faaliyetinin Muhtariyeti

Uluslararası anlaşma ile bir mahkemenin kurulmasının ABAD'ın yargı yetkisine ve içtihat faaliyetine zarar vermemesi gerekmektedir.

1. Anlaşma ile Oluşturulan Mahkeme ile Hiyerarşik Bir İlişki Kurulmaması

İki mahkeme arasında hiyerarşik ilişki bulunmamasından her şeyden önce anlaşma ile kurulan mahkemenin Divana bağlayıcı bir yorum veremeyeceği, Divanın anlaşma ile kurulan mahkemenin içtihadını dikkate alma mükellefiyetinin bulunmadığı anlaşılmaktadır;²⁹ bu durum ancak anlaşmaya riayeti denetlemek üzere oluşturulan mahkemenin yapmış olduğu anlaşma yorumunun bağlayıcılığı bakımından geçerli değildir. AB'nin tarafı olduğu uluslararası anlaşmalar-

²⁹ Jörg Gundel, s.181 vd.

da anlaşmaya riyeti temin üzere bir mahkeme oluşturulabilir. Oluşturulan bu mahkemenin kararları AB'nin kendisi ve organları için bağlayıcıdır.

Birlik Hukukunun yorumunda ABAD AB Hukukuna ilişkin içtihadını uluslararası anlaşmalar dışındaki hukuk kaynaklarına da istinat ettirme olanağına sahiptir. Bu bağlamda anlaşma ile oluşturulan mahkemenin içtihatlarının kaynak oluşturması ve Divan içtihatları ile koordinasyon sağlanması mümkündür. Uluslararası anlaşma ile kurulan mahkemenin içtihatları ve ABAD içtihatları arasında koordinasyon sağlanmak istendiği takdirde bunun sadece anlaşmada AB hukukunun içeriği ile aynı hükümlere yer verilmesi halinde değil, ABAD ve anlaşma ile kurulan mahkemenin birbirleri ile paralel hükümleri mütecanis yorumlama mükellefiyetinin kabul edilmesi ile de sağlanması mümkündür.

2. ABAD Yargısının Bağımsızlığı

İçerik olarak aynı olan hükümlerin mütecanis yorumlanmasına ilişkin amaç anlaşma ile kurulan mahkeme yargıçlarının AB tarafından belirlenmesini gerektirmemektedir. ABAD anlaşma ile kurulan mahkemenin yargı faaliyetine kendisinin katkı yapması halinde AB Hukukunun yanlış yorumunun engelleyebileceği düşüncesinden hareket etmemektedir. ABAD bu çerçevede yargıçların bağımsızlığının teminini esas almakta ve içerik olarak AB Hukuku ile aynı olan düzenlemelerin yorumunda supranasyonal hukuka ters düşen bir yorumun yapılmasına karşı ön alma yöntemi uygulamaktadır.

3. ABAD Kararlarının Bağlayıcılığı

ABAD'ın anlaşma ile kurulan mahkemenin dayanağı olan uluslararası anlaşmanın yorumunda yetkili kabul edilmesi mümkündür. Böyle bir durumda ABAD'ın yetkisi sadece AB'nin Çalışma Usulü Hakkındaki Anlaşmanın 267. maddesi muvacehesinde AB üyesi devletlerin ulusal mahkemelerinin başvuruları ile sınırlı olmayacak, uluslararası anlaşma tarafı devletlerin mahkemelerinin başvurularını da kapsayacaktır. Bu durumda ABAD kararlarının bağlayıcı karakterinin korunması için başvuru prosedüründe gerekli düzenlemelerin yapılması gereklidir.

D. Primer Hukukun Denetim Ölçütü Olarak Kabul Edilmesi

AB'nin AİHK'ya katılımına ilişkin AB anlaşmasına ek 8 No'lu protokolde üye devletlerin AİHK çerçevesinde sahip oldukları statülerine ve AB anlaşmasının 6.madde, 2.fıkrası muvacehesinde AB'nin ve AB Hukukunun özelliklerine saygı gösterilmesi kabul edilmiştir. ABAD, AİHK'ya katılım anlaşmasına ilişkin ikinci görüşünde yargı yetkisini koruma ve AB Hukukuna ilişkin içtihat faaliyetini münhasıran sürdürme yaklaşımı yanı sıra 8 No'lu Protokol paralelinde Birlik Hukukunun özelliği olarak önceliği, mütecanisliği ve etkinliği, üye devletlerin karşılıklı dayanışması prensiplerini vurgulamıştır.³⁰

ABAD'ın CETA görüşünde AB Hukukuna uygunluk denetimi bağlamında denetim ölçütünün bir parçası olarak Birlik Hukukunun etkinliğini vurgulaması AB'nin AİHK'ya katılım anlaşmasına ilişkin 8 No'lu Protokolde benimsenen genel yaklaşımla uyumlu görülmektedir.³¹ CETA'ya ilişkin görüşünde ABAD bunun ötesinde AB Temel Haklar Şartı'nın 20. madde ve 47.madde hükümlerine riayeti de detaylı bir şekilde değerlendirmiştir.³² ABAD bu bağlamda AB'nin taraf olduğu Uluslararası Hukuk anlaşmalarının AB anlaşmalarına uygun olmasını öngören AB anlaşmasının 218. maddesi, 11. fıkrasına istinat etmiştir. AB Temel Haklar Şartı'nın AB anlaşmasının 6. madde, 1. fıkra hükmü muvacehesinde AB hukukunda primer hukuk hiyerarşisi ile geçerli olması AB Temel Haklar Şartı'nın denetim ölçütü olmasının nedenini oluşturmaktadır.

E. Birlik Organlarının Kendi Anayasal Çerçevesi İçinde İşlevlerini Yerine Getirmesi

Birlik organlarının kendi anayasal çerçevelerinde işlevlerini yerine getirmeleri gereği ışığında ABAD'ın CETA görüşünün AB'nin muhtariyetine yeni bir boyut getirip getirmediğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

1. İçerik

Konunun açıklığa kavuşturulması için öncelikle ABAD'ın Birlik organlarının kendi anayasal çerçevelerinde işlevlerini yerine getirmele-

³⁰ EuGH, Gutachten 2/13, Rn.187 vd.

³¹ EuGH, Gutachten 1/17, Rn.178,184 vd.

³² EuGH, Gutachten 1/17, Rn.171 vd, 179 vd., 189 vd.

rinden ne anladığının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Divan'ın CETA görüşünde anlaşma taraflarından biri tarafından demokratik yolla alınan kararların sorgulanamayacağına ilişkin olarak yapılan vurgu bu bağlamda önem taşımaktadır.³³ AB kurumsal yapısında öngörülenin tersine bir uygulama Birlik organlarının kendi anayasal çerçevelerinde sahip oldukları işlevlerine zarar verir.³⁴ Bu nedenle ABAD'a göre Uluslararası Hukuk anlaşması ile oluşturulan mahkemenin aldığı kararlarla AB'nin kurumsal yapısında demokratik yolla alınan kararları geçersiz ilân etmesi, değiştirilmesini istemesi veya bu kararlar nedeniyle yaptırımlar öngörmesi AB Hukukuna uygun değildir.³⁵

Ancak demokratik olarak alınan AB kararlarına karşı extern bir yargı denetimi bağımsızlığının kabul edilmesinin AB'nin taraf olduğu Uluslararası Hukuk anlaşmalarının Birlik organları bakımından bağlayıcı olduğunu öngören AB'nin Çalışma Usulü Hakkındaki Anlaşmanın 216. madde, 2. fıkrasına ters düşme olasılığının bulunduğu da göz ardı edilmemesi gerekmektedir.³⁶ ABAD'ın CETA görüşü sekonder hukuka karşı zorunlu bir extern yargı denetimi bağımsızlığı getirmemektedir. ABAD bu bağlamda kararların içeriğinden çok AB kurumsal yapısında kararların demokratik olarak alındığına vurgu yapmaktadır.

2. Değerlendirme

Birlik organlarının kendi anayasal çerçeveleri içinde işlevlerini yerine getirmeleri ile aynı zamanda AB sekonder hukukunun muhtar şekilde ihdası temin edilmiş olmaktadır. Birlik Hukukunun muhtariyetinin korunması şimdiye dek ABAD'ın yetkisinde ve onun faaliyet alanında görülmüştür. Bu bağlamda ABAD'ın CETA görüşünün Divan'ın benimsediği yaklaşıma yeni bir boyut getirdiği kabul edilmektedir.³⁷ Benzer görüşün kanun sözcüsü Yves Bot'un nihai talebinde de yer aldığı görülmektedir.³⁸ ABAD'ın CETA görüşü Birlik Hukukunun diğer bir mahkeme tarafından denetiminde etkinlik ölçütünü

³³ EuGH, Gutachten 1/17, Rn.160

³⁴ EuGH, Gutachten 1/17, Rn.150

³⁵ EuGH, Gutachten 1/17, Rn.149 vd.

³⁶ Jörg Gündel, s.185

³⁷ Heiko Sauer, s.927; Jörg Gündel, s.185

³⁸ Kanun Sözcüsü (Advocate General) Yves Bot'un nihai talebi için bkz.: 29.01.2019 tarihli görüş 1/17 (CETA), ECLI:EU:C:2019:72

esas alması nedeni ile şimdiye dek geçerli olan içtihadına asgari ölçüde bir değişiklik getirmiştir. AB'nin AİHK'ya katılma anlaşmasına ilişkin ABAD'a ikinci görüşüne AİHM'nin ABAD'a nazaran daha kapsamlı olanaklar elde edeceği kaygısı esas olmuştur. Birlik organlarının kendi anayasal çerçevelerinde işlevlerinin korunması ABAD'a denetim yetkisini kullanması ile temin edilmektedir. Literatürde de temsil edilen ağırlıklı görüşe göre AB organlarının tasarruflarının hukuka uygunluğunun denetiminde ve onları geçersiz ilân etmede Divanın münhasıran yetkili olduğu kabul edilmektedir.³⁹ Bunun sonucu olarak uluslararası bir mahkemenin Birlik organlarının tasarruflarının hukuka uygunluğunu karara bağlaması halinde Divan yetkisi ve buna bağlı olarak Birlik Hukukunun muhtariyeti ihlâl edilmiş olacaktır.⁴⁰

Bu bağlamda temsil edilen karşı görüşte AB'nin taraf olduğu Uluslararası Hukuk anlaşmaları ile kurulan bir mahkemenin AB Hukukunu denetleme yetkisini değerlendiren farklı bir ABAD içtihadına işaret edilmektedir.⁴¹ Ancak atıf yapılan bu içtihat Uluslararası Hukuk anlaşması ile kurulan bir mahkemeye yetki devrine değil, ABAD'a yeni yetkiler devredilmesine ilişkindir. Divan CETA görüşünde Birlik organlarının kendi anayasal çerçevelerinde işlevlerini yerine getirmeleri bağlamında yer verdiği ölçütlere Birlik Hukukunun denetimine ilişkin Foto-Frost kararında yer vermemiştir. Heiko Sauer CETA görüşünde dile gelen ölçütlerin söz konusu içtihatla ilgili olmayıp, siyasi organların yasama prosedüründe sahip oldukları karar alma özgürlüğü ile ilgili olduğuna dikkat çekmiş ve CETA görüşünde Birlik organlarının kendi anayasal çerçevelerinde işlevlerini yerine getirmelerinde denetim ölçütü olarak esas alınan hususları AB'nin anlaşma ile kurulan mahkemelerin yargısal faaliyetlerine tâbi olması bağlamında yeni kriterler olarak değerlendirmiştir.⁴²

F. Ara Sonuç

BAD'ın CETA görüşü AB'nin taraf olduğu Uluslararası Hukuk anlaşmaları ile kurulan mahkemeler konusunda yenilikler içermektedir.

³⁹ Daniel Engel, s.226,231

⁴⁰ Wolfgang Weiss, s.635

⁴¹ Divanın 22.10.1984 tarihli Foto-Frost kararı için bkz.: Rs.314/85, ECLI:EU:C:1987:452, Slg.1987, 4199, Rn.15 vd.

⁴² bkz. Heiko Sauer, s.927

Anlaşma ile kurulan mahkeme yorumlarının AB'yi ve üye devletleri bağlaması mahkemenin kararlarına Birlik Hukuku denetim ölçütlerini esas aldığı nispette mümkün olacaktır. CETA görüşünde böyle bir mahkemenin ne şekilde caiz olarak kurulabileceğine ilişkin açıklamada denetim ölçütü olarak AB Temel Haklar Şartına ve Birlik organlarının kendi anayasal çerçevelerinde işlevlerini yerine getirme gereğine işaret edilmesi AB'nin başka bir mahkemenin yargısal denetimine tâbi olmasına getirilen yeni engeller olarak nitelendirilmektedir.

III. AB'NİN AİHK'YE KATILIM OLANAĞI - OLANAKSIZLIĞI?

Lizbon Anlaşması ile AB Anlaşması'nın 6. madde, 2.fıkrasında yapılan düzenleme ABAD'ın AB'nin AİHK'ya katılmasına ilişkin 28.03.1996 tarihli istişari mütalâasında vurgulanan yetki eksikliği engelini ortadan kaldırmıştır.⁴³ Diğer taraftan 01.06.2010'da yürürlüğe giren 14 Nolu protokolle AİHK'ya 59. madde, 2. fıkranın eklenmesi ile AİHK bakımından da AB'nin konvansiyona katılma olanağı hazırlanmıştır. Bununla beraber katılma anlaşmasına ilişkin müzakerelerde ortaya çıkan engellerin aşılması mümkün olmamıştır.

IV. AB'NİN AİHK'YA KATILMASININ HUKUKİ DAYANAĞI

AB Anlaşması'nın 6. madde, 2. fıkrası "Birlik İnsan Hak ve Özgürlükleri Konvansiyonu'na katılacaktır. Bu katılma Birliğin anlaşmalarda öngörülen yetkilerinde değişiklik doğurmayacaktır" hükmünü öngörmektedir. Bu ifade AB anayasa tasarısının I-9 madde, 2.fıkrasında yer alan düzenlemenin AB Anlaşması'nın 6.madde, 2.fıkrası ile üstlenildiğini göstermektedir.⁴⁴ Anayasa Konvansiyonu'nun AB'nin AİHK'ya katılmasına imkân veren ilk tasarısında da yer alan bu ifade ancak AB'nin AİHK'ya katılmasını hedefleyen ifadeden farklı olarak AB'nin AİHK'ya katılmasını bir yükümlülük olarak ifade etmiştir.⁴⁵ Bu katılmanın tek taraflı irade ile değil AİHK'nın tarafı olan tüm devletler ve AB arasında yapılacak bir Uluslararası Hukuk Anlaşması'nı gerektirmesi nedeni ile 6. madde, 2. fıkrada öngörülen yükümlülük bir

⁴³ ABAD'nin AET Anlaşması'nın 235.maddesinin AİHK'ya katılmak için yeterli bir dayanak oluşturmadığını tespit eden istişari mütalâası için bkz.: Slg.1996, I-1763, Rn.29 vd.

⁴⁴ ABl. 2004, Nr.6 310(1)

⁴⁵ 18.07.2003 tarihli Dok.CONV 850/03

taraftan AİHK'ya katılım bakımından hukuki dayanak konusundaki tereddütleri ortadan kaldırmakta, diğer taraftan da katılım iradesini program hüküm olmaktan çıkarmaktadır.⁴⁶

A. AB Anlaşması'nın 6. madde, 2. fıkrasına İlişkin 8 Nolu AİHK'ya Katılım Protokolü

AB'nin AİHK'ya katılımı bağlamında Birlik Hukuk düzenine ve Birliğin özelliklerine saygı gösterilmesi önem taşıyan bir konu teşkil etmektedir. Anayasa Konvansiyonu çalışmalarında Anayasa Anlaşması'na ek 32 nolu protokol bu nedenle AİHK'ya katılım anlaşmasının asgari gerekliliklerini saymış; 2 Nolu Deklarasyon da katılım anlaşmasında Birlik Hukuk düzeninin özelliklerinin korunması gerekliliğini teyit etmiştir.⁴⁷ Anayasa anlaşmasının başarısızlığa uğraması ile bağlantılı redaksiyonel değişiklikler dışında söz konusu Protokol ve 2 Nolu Deklarasyon Lizbon Anlaşması tarafından üstlenilmiştir.⁴⁸ AB Anlaşmasının 51. maddesine göre anlaşmaların ayrılmaz parçasını oluşturan ve bu nedenle primer hukuk hiyerarşisi ile geçerli olan 8 Nolu Protokolde Konvansiyona katılım anlaşmasında Birliğin ve Birlik Hukuku'nun özelliklerinin gözetilmesi, özellikle Birliğin AİHK'nın denetim mekanizmasına katılımı ve AB üyesi olmayan Konvansiyon tarafı devletler tarafından açılan davaların ve AB üyesi olmayan devletler kaynaklı bireysel başvuruların AB'ye ve üye devletlere iletilmesi için uygun mekanizmalar oluşturulması konularına vurgu yapılmıştır. Yapılacak bu düzenlemeler Birliğin ve organlarının yetkilerini etkilemeyecektir.

Tüm üye devletler tarafından imzalanmayan ve onaylanmayan AİHK'ya ek protokoller çerçevesinde kimi AB üyesi devletlerin sahip oldukları özel durumlar AB'nin AİHK'ya katılımından etkilenmeyecektir.⁴⁹ Aynı şekilde AB'nin Çalışma Usulü Hakkındaki Anlaşmanın 344.maddesinde AB anlaşmalarının yorum ve uygulanmasından

⁴⁶ Frank Schorkopf, "Art. 6 EUV, Rn.37", bkz.: Grabitz/Hilf/Nettesheim (ed.), Das Recht der Europäischen Union, Kommentar EL 41 (2010), C.H.Beck, München

⁴⁷ bkz.: ABl. 2004, Nr. L 310/378; ABl. 2004, No. L 310/420

⁴⁸ ABl. 2008 Nr.C 115/273; ABl. 2010 Nr.C 83/273; ABl. 2008 Nr. C 115/337; ABl. 2010 Nr.C 83/337

⁴⁹ AİHK'nın 15. maddesine istinaden alınan olağanüstü önlemler ve AİHK'nın 57.maddesine istinat eden çekinceler

doğın uyuşmazlıklarda bu anlaşmalarda öngörülenler dışında başka çözüm yolları aranmamasına ilişkin düzenleme de AB'nin AİHK'ya katılımından etkilenmeyecektir.

B. AB Anlaşması'nın 6. madde, 2. fıkrasına İlişkin 2 Nolu Deklarasyon

Bu deklarasyonda AB üyesi devlet başkanları ve hükümet başkanları Birliğin özelliklerinin korunması kaydıyla AB'nin AİHK'ya katılımı konusunda mutabık olduklarını, Birliğin AİHK'ya katılımı ile ABAD ve AİHM arasındaki mevcut diyalogun güçleneceğini umduklarını ifade etmişlerdir.

C. AB'nin AİHK'ya Katılım Müzakeresi

Lizbon Anlaşması'nın yürürlüğe girmesinin hemen arkasından Konsey Başkanlığının teklifi üzerine Avrupa Konseyi AB Komisyonu'ndan AB'nin AİHK'ya katılımı için bir öneri hazırlaması talebi yapmıştır.⁵⁰ 04.06.2010'da Avrupa Konseyi AB Komisyonu'na katılım anlaşmasına ilişkin müzakere yetkisi vermiştir.⁵¹ Müzakere taktiği icabı AB Komisyonu'na verilen müzakere yetkisinin içeriği açıklanmamıştır. Bununla beraber Avusturya ulusal meclisinin ve hükümetinin bilgilendirilmesi ışığında müzakere yetkisinin önemli unsurları hakkında bilgi sahibi olunmuştur.⁵² Bunlar müzakereye esas olan prensipler olarak Birlik Hukuku'nun muhtar yorumu, AB organlarının ve Avrupa Konsey organlarının eşitliği, AB'nin tüm üye devletler tarafından onaylanan AİHK'ya ek (*mevcut ve ileride yapılacak*) protokollere katılma olanağına sahip olması; AB'nin Avrupa Konseyi organlarında (*Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nde, Parlamenter Asemblisi'nde, AİHM'de*) temsil edilmesi, Konvansiyon ihlâli iddiasının Birlik Hukuku tasarruflarına istinat etmesi durumlarında AB'ye Konvansiyon üyesi devletlere uygulanan prosedürün uygulanması ve AB'nin bu prosedüre iştirak etmesi, bunun ötesinde sekonder hukukun temel haklara uygunluk denetimi bağlamında ABAD'a şimdide

⁵⁰ Dok. 17024/09, s.11, 02.12.2009

⁵¹ Dok. 10817/10/EXT 2, s.2, 27.09.2010

⁵² bknz.: http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/III/III_00050/imfname_1533386.pdf (erişim tarihi 10.12.2022)

dek sahip olduğu öncelik ışığında denetim olanağı tanınması şeklinde sıralanmıştır.

D. Katılım Anlaşması Tasarısı

Bu yetkilendirme çerçevesinde katılım müzakereleri AB tarafında AB Komisyonu tarafından AB'nin Çalışma Usulü Hakkındaki Anlaşma'nın 218. madde, 2. fıkrasına göre özel komite olarak kurulan "temel haklar, medeni haklar ve dolaşım özgürlüğü grubu" ile birlikte yürütülmüştür. Avrupa Konseyi tarafında ise müzakereler İnsan Hakları Yönlendirme Komitesi tarafından desteklenen informel bir çalışma grubu tarafından yürütülmüştür. Bu çalışma grubu 7'si AB üyesi, 6'sı AB üyesi olmayan devletlerden gelen hükümet temsilcisi olarak kabul edilmeyen uzmandan oluşturulmuştur. Müzakerelere gözlemci olarak Avrupa Konseyi'nin Uluslararası Hukukla İstigal eden çalışma grubu (CAHDI) ve AIHM başkanı katılmıştır. 16.07.2011'de katılım anlaşması tasarısı tamamlanmıştır.⁵³ Tasarıda AB'nin AIHK'ye ve AB üyesi tüm devletlerin taraf olduğu ek protokollere katılım hakkı (*mülkiyetin korunması, eğitim ve serbest seçim hakkının düzenlenmesine ilişkin 1 nolu Protokol; ölüm cezasının yasaklanmasına ilişkin 6 Nolu Protokol*) yer almıştır. AB'nin AB üyesi devletlerin tümünün taraf olmadığı protokollere katılımı konusu tasarıda açık bırakılmıştır. Tasarıda Konvansiyona AB'nin katılımının amacı olarak insan haklarının korunmasında AIHK ve AB Hukuku arasındaki uyumun artırılması ve AB tasarruflarının, önlemlerinin ve hareketsizliklerinin AIHM'nin denetimine tabi kılınması olarak gösterilmiştir (*Katılım Anlaşması dibacesinin 2. ve 3.mülâhazası*).

Müzakere aşaması Avrupa Konseyi İnsan Hakları Yönlendirme Komitesi'nin 12.10.2011- 14.10.2011 tarihleri arasında yaptığı olağanüstü bir toplantı ile kesilmiştir. Bu çerçevede hazırlanan raporda kimi sürekli temsilcilerin 6.10.2011 tarihli toplantıda yaptıkları çekincelerle AB'nin müzakerelerde mütecanis bir görüşle temsil edilme olanağını engellediği tespit edilmiş;⁵⁴ "temel haklar, medeni haklar ve serbest

⁵³ Almanca tercümesi için bkz.: BR-Drs.563/11

⁵⁴ Xavier Groussot/Tobias Lock/Laurent Pech, "EU Accession to the European Convention on Human Rights: a Legal Assessment of the Draft Accession Agreement of 14th October 2011", European Issues 2011, n°218, Robert Schumann Foundation, Brussels-Paris, s.1-17

dolaşım" ile ilgili çekincelerin Birliğin kendi içinde yapacağı çalışmalar ile kaldırılması ertesinde müzakerelerin yeniden başlayacağı ifade edilmiştir. Bu çekinceler ortak dış politika ve güvenlik politikasının katılım anlaşmasına dahil edilmesi, Lizbon Anlaşması'nda vurgulanan üye devletlerin yetkileri, ortak savunma mekanizmasının uygulanma alanı, AİHM'nin AB tasarruflarını denetimi, AB'nin ve üye devletlerin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nde oy haklarını kullanması konularına ilişkin olarak ortaya çıkmıştır.

V. AİHK'YA KATILIMIN GETİRECEĞİ SORUNLAR

AB Anlaşması'nın 6.madde, 2.fıkrası ve 8 Nolu Protokolün 2.maddesi AB'nin AİHK'ya katılımının anlaşmalarda yer alan Birlik yetkilerini değiştirmeyeceğini öngörmektedir. Bu düzenlemelere göre AB AİHK'nın hiçbir hükmüne istinaden AB Hukuku'nun izin vermediği tasarruflarda bulunmak veya önlem almakla yükümlü kılınamaz. Bununla beraber AİHK'nın 59. madde, 2. fıkrasına göre AB'nin AİHK'ya katılımı ile AB, AB organları ve AB Divanı için yükümlülükler doğması kaçınılmaz bir durumdur. Bu bağlamda AB'nin ek protokollere katılma hakkının tüm üye devletler tarafından onaylanan ek protokollerle sınırlamasının gerekçesi açıklanmamıştır. Bu düzenleme ile muhtemelen AİHM'nin denetim yetkisi sınırlanmak istenmiştir. Ancak AB Temel Haklar Şartı'nın 52. madde, 3. fıkra, 1.cümlesi ve 52. madde, 7. fıkrası üzerinden AİHK'ya doğrudan yapılan atıf öngörülen bu sınırlamayı etkisizleştirmektedir; zira bu hükümler açıkça tüm AB üyesi devletler tarafından onaylanmayan, hatta imzalanmayan protokolleri de kapsamaktadır. AİHK'nın 59.madde, 2.fıkra, (a) bendi ayrıca AB'nin ileride yapılacak protokollere katılımını imkân dahiline sokmaktadır.

A. AİHK'nın Hiyerarşisi

Birlik tarafından yapılan bir anlaşma olarak AİHK'ya katılım anlaşması AB organlarını ve üye devletleri bağlayacaktır.⁵⁵ AB organlarının Konvansiyonla bağlanması, AB organlarının tasarruf ihdas ederken Konvansiyonu dikkat alması gerekliliğini, dolayısıyla Konvansiyonun sekonder hukuka nazaran önceliği sonucunu doğuracaktır. AB'nin Çalışma Usulü Hakkındaki Anlaşma'nın 218. madde, 11.f

⁵⁵ AB'nin Çalışma Usulü Hakkındaki Anlaşma'nın 216.madde, 2.fıkrası

ikrasına göre AB'nin taraf olduğu Uluslararası Hukuk anlaşmalarının primer hukukla uyumlu olması gerekmektedir. Bu nedenle uluslararası anlaşmaların onaylanmasından önce olduğu gibi AİHK'ya katılım anlaşması için de önleyici bir prosedür olarak katılım anlaşmasının primer hukuka uygunluğunun AB Divanı tarafından denetlenmesi AB primer hukukunun bir gerekliliğidir.⁵⁶

Katılım anlaşması Birlik Hukuku'nun entegre bir parçası olarak primer hukuk ve sekonder hukuku arasında bir hiyerarşi elde edecektir.⁵⁷ Şüphesiz AB'nin Çalışma Usulü Hakkındaki Anlaşma'nın 218. madde, 8. fıkrası, 2. cümlesi AB'nin AİHK'ya katılım anlaşmasının Konsey'de oybirliği ile kabul edilmesini ve tüm üye devletlerin anayasaları muvacehesinde onaylamasını gerektirmektedir. AİHK'ya katılım anlaşmasının üye devletler tarafından onaylanması AB Hukuku'nda katılım anlaşmasının primer hukuk hiyerarşisi elde etmesine yol açacaktır. AİHK'ya Birlik temel haklar rejimi bağlamında primer hukuk normlarında yapılan atıflar AİHK'nın şimdiye dek esasen Birlik Hukuk düzeninde fiilen primer hukuk benzeri bir statü elde etmesine neden olmuştur.⁵⁸

B. AB Üyesi Devletlerin İç Hukuklarında AİHK'nın Hiyerarşisi

AB'nin Çalışma Usulü Hakkındaki Anlaşma'nın 216. madde, 2. fıkrasına göre AB tarafından yapılan katılım anlaşması üye devletleri de bağlayacaktır. Ancak bu sonuç AB'nin yetkileri ile sınırlı olarak Birlik Hukuku'nun ulusal hukuka nazaran önceliği muvacehesinde AİHK'nın ulusal hukukta hiyerarşisinin yükselmesi sonucunu doğuracaktır.

VI. ABAD VE AİHM İLİŞKİSİ

AİHK'ya katılımdan sonra AB de bütün diğer AİHK tarafları gibi taraf olduğu hukuki uyumsuzluklarda AİHM'nin nihai kararına uy-

⁵⁶ BR-Drs.563/11, s.1 vd.

⁵⁷ Walther Michl, Die Überprüfung des Unionsrechts am Maßstab der EMRK. Individualgrundrechtsschutz im Anwendungsbereich des Unionsrechts unter den Vorzeichen des Beitritts der EU zur EMRK, Mohr Siebeck 2014), Tübingen, s.124 vd.

⁵⁸ AB anl. m.6, fık.3; AB Temel Haklar Şartı'nın 52.m., 3.fık., 53.m. ile bağlantılı olarak AB anl., m.6, fık.1

makla yükümlü olacaktır.⁵⁹ Bu sonuç AB organı olarak ABAD dahil olmak üzere tüm AB organları bakımından geçerlidir.⁶⁰ ABAD şimdiye dek artan bir eğilim içinde temel haklar konusunda AİHM'nin içtihadına atıfta bulunmuştur.⁶¹ AB Temel Haklar Şartı'nın 52. madde, 3. fıkrası ABAD'ı AİHM'nin içtihadını dikkate almakla yükümlü kılmaktadır. AİHM Bosphorus davasında AB Hukuku'na istinat eden ve ABAD tarafından Konvansiyona uygun görülen ulusal önlemler hakkında karar vermiştir;⁶² AİHM Bosphorus kararında Topluluk Hukuku tarafından öngörülen temel hak himayesinin şikâyetin yapıldığı tarih itibariyle Konvansiyonun koruma mekanizması ile uyumlu olması nedeni ile İrlanda'nın AT üyeliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesinin Konvansiyon yükümlülüklerinin ihlâline yol açmadığına hükmetmiştir. Bu varsayımın ancak somut durumun koşullarına bağlı olarak üye devletlerin temel hak düzenlemelerinin açık şekilde yetersiz olduğu durumlarda çürütülmesi mümkündür;⁶³ AİHM'nin somut durumun koşulları ışığında ulusal temel hak korumasının yetersizliğini kabul etmediği Bosphorus davasından farklı olarak Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin somut durumun koşullarının denetimini yapmaksızın AB Hukuku'ndaki temel hak korumasının genel yetersizliğini kabul ettiği kararları bulunmaktadır.⁶⁴ AB'nin AİHK'ya katılması ertesinde ABAD kararları diğer Konvansiyon tarafı devletlerin mahkeme kararları gibi AİHM'nin denetimine tabi olacaktır.

AB'nin AİHK'ya katılım anlaşması tasarısında AB'nin taşıdığı özellikleri dikkate alan iki düzenleme öngörülmüştür. Bu düzenlemelerin AB üyesi olmayan diğer Konvansiyon taraflarınca kabul edilmesi olası görülmemektedir.

⁵⁹ AİHK, m.46, fık.1

⁶⁰ krş. AB anl., m.13

⁶¹ Manfred A.Dauses, *Der Schutz der Grundrechte in der Rechtsordnung der Europäischen Union*, 2010, Peter Lang GmbH 2010, Bern, s.25 vd.; Benedikt Schneiders, *Die Grundrechte der EU und die EMRK*, 2010, Nomos, Baden-Baden, s.44 vd.

⁶² EuGH, Rs.C-84/95, *Bosphorus / Minister for Transport, Energy and Communications*, Slg.1996, I-3953

⁶³ EGMR (*Bosphorus*), *Rechtssache Bosphorus Hava Yolları Turizm/İrlanda* (Beschwerde Nr.40536/98, Urt. vom 30.Juni 2005, EuGRZ 2007, 662(667), Nr.165

⁶⁴ bkz.: BVerfGE 73, 339-Solange II; BVerfGE 102,147-Bananenmarktordnung; BVerfGE 126,286-Honeywell

A. Co-Savunma Mekanizması

AİHK'nın 36. maddesinde öngörülen üçüncü tarafların müdahil olmasına ilişkin düzenlemenin bir co-savunma mekanizması ile genişletilerek AB'nin gereksinimlerinin karşılanması istenmiştir. Birlikte savunma mekanizmasının (*co-savunma*) iki durumda gündeme gelmesi mümkündür. Bunlardan birincisi Bosphorus davasında söz konusu olduğu gibi Konvansiyon tarafı AB üyesi bir devlete Birlik Hukuku'ndan doğan yükümlülüklerini yerine getirmesi nedeniyle AİHK'yı ihlâl iddiası yapılması ve hakkında AİHM nezdinde dava açılması durumunda olabilecektir.⁶⁵ Diğeri ise Matthews davasında olduğu gibi primer hukukun bir normunun AİHK'ya uygunluğu konusunda tereddüte düşülmesi ve AİHK tarafı AB üyesi devletin primer hukuku icra etmesi nedeniyle AİHM nezdinde davalı konumuna gelmesi durumunda söz konusu olabilecektir.⁶⁶ Co-savunma mekanizması ile AİHM nezdinde cereyan eden prosedüre AB ve sorumlu üye devletin birlikte katılımı sağlanmak istenmektedir. Bu şekilde Birlik Hukuku'nun özelliği olan AB Anlaşması'nın 5.maddesi ve AB'nin Çalışma Usulü Hakkındaki Anlaşmanın 2-6 maddeleri muvacehesinde ABAD'a saklı tutulan yargılama yetkisi AİHM'ye aktarılması mümkün olacaktır.

Co-savunma mekanizması AB'ne veya üye devletlere yükümlülük olarak değil, sadece bir talep yapma "may become" olarak öngörülmüştür. Bununla beraber Co-savunmaya katılma yükümlülüğünün AB Hukuku muvacehesinde sadakat içinde iş birliği prensibine istinat ettirilmesi (*AB Anl., 4.md, 3.fık.*) ve konunun sekonder hukukta detaylandırılması mümkündür. AİHM nezdinde yapılan bireysel başvurunun kabulünde başvuru nedeni tasarrufun Birlik Hukuku'na istinat edip etmemesinin yahut Birlik tasarrufunun primer hukuk tarafından öngörülmesinin öneminin olmaması nedeniyle co-savunma mekanizmasının bireysel başvuru hakkının kullanılmasında olumsuz bir etki yapması mümkün değildir. AİHM yaptığı değerlendirme sonucu AİHK'yı ihlâl eden tasarruftan sadece bireysel başvuru muhatabı AB üyesi devletin sorumlu olduğu sonucuna varabilir. Bu tablo

⁶⁵ Walter Obwexer, "Der Beitritt der EU zur EMRK: Rechtsgrundlagen, Rechtsfragen und Rechtsfolgen", *EuR* 2012, Heft 2, s.115 vd.

⁶⁶ EGMR (Büyük Daire), Rechtssache Denise Matthews/Vereinigtes Königreich, 18.Feb.1999 (bireysel başvuru Nr. 24833/94), *EuGRZ* 1999, s.200

co-savunma mekanizmasının AB için özel bir durum yaratmadığını ortaya koymaktadır.⁶⁷

B. ABAD Tarafından Önceden Yapılan İç Denetim

Co-savunma mekanizmasının AİHM'nin karar vermesi öncesinde Bosphorus örneğinde olduğu gibi ABAD'nin Divanı'nın Konvansiyon muvacehesinde temel hak denetimi yapmasını sağlayan bir düzenleme ile tamamlanması mümkündür. Böyle bir denetim yöntemi AİHM'de görülecek davanın hızlıca karara bağlanmasını temin edecektir. AİHM'nin yetkileri ABAD'ın yapacağı bu denetimden etkilenmeyecektir. Tasarrufun AİHK'ya uygun olup olmadığı konusunda nihai karar yetkisi AİHM'ye ait olması nedeniyle aksi bir uygulama AİHK'nın öngördüğü denetim sisteminin ihlâline yol açacaktır. Öngörülen bu prosedür AİHM ve ABAD arasında karşılıklı saygıya dayanan kooperasyona ve bunun sonucu olarak iki mahkeme arasında uyuşmazlık çıkmasını önlemeye katkı sağlayacaktır. Bu bağlamda ABAD'nin AİHM öncesinde AİHK'ya uygunluk denetimiyle bağlantılı olarak ortaya çıkacak gecikmenin AİHM nezdindeki prosedürün hızlandırılarak telafi edilmesi mümkündür.⁶⁸

C. AB'nin AİHK ile İştigal Eden Organlarda Temsili

AB, Konvansiyon tarafı olarak eşit haklarla sadece AİHK'nın organı olan AİHM'de değil, aynı zamanda AİHK'yı çalışmalarına esas alan Avrupa Konseyi organlarında da Avrupa Konseyi üyesi olmaksızın temsil edilecektir. AB, AİHM'nin yargıçlarının seçimine Avrupa Parlamentosundan 18 kişilik bir delegasyonla katılacaktır.⁶⁹ AB, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin AİHK'ya ilişkin konularla ilgili olarak yapılan toplantılarına, örneğin AİHM kararlarının bağlayıcılığı ve icrasının denetimine,⁷⁰ dostça çözüme ilişkin toplantılarına katılacaktır.⁷¹ Bu görevin yerine getirilmesi ancak AB'nin yalnız olarak veya AB'nin ve üye devletlerden birinin yahut birçok üye devletin mahkûmiyetine

⁶⁷ Walter Obwexer, s.115

⁶⁸ Theodor Schilling, "Der Beitritt der EU zur EMRK, Verhandlungen und Modalitäten", HFR 8/2011, s.93 vd.

⁶⁹ Katılım Anlaşması tasarısı md.8

⁷⁰ AİHK 46.md.

⁷¹ AİHK md.39

karar verilmesi durumlarında Birliğin ve üye devletlerin Birlik Hukuku muvacehesinde aynı yönde oy kullanma mükellefiyetleri ışığında mümkün olmayacaktır. Bu nedenle katılma anlaşması tasarısında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ile ilgili olarak öngörülen düzenlemelerin değiştirilmesi gereğine işaret edilmektedir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi kararları ile ilgili yapılacak düzenlemeler AİHK'ya katılma bağlamında AB yetkilerinde bir değişikliğe yol açmadığı nispette Birlik Hukuku bakımından sorun teşkil etmeyecektir.⁷²

Lizbon Anlaşması ve AİHK'nun değişikliğine ilişkin 14 Nolu Protokolle AB'nin AİHK'ya katılımına hukuki dayanak oluşturulmuştur. Katılım müzakereleri bununla beraber zorlu geçmiştir. AB üyesi olmayan Konvansiyon tarafı devletlerin katılım anlaşmasının onayında nasıl bir tutum alacakları bilinmemektedir. Bunun ötesinde AB üyesi devletler arasında da katılım anlaşmasının içeriğiyle bağlantılı bir mutabakat sağlanamamıştır. AB'de mevcut temel hak korumasının içerik olarak AİHK ile uyumlu olması nedeniyle AB'nin AİHK'ya katılımı sonucu ortaya çıkacak AİHM'nin yargısal denetim yetkisi yadırganacak kararlara yol açmayacaktır. 2012'nin ikinci yarısında yürürlüğe girmesi planlanan AİHK'ya katılım anlaşmasının gecikme nedenlerinden biri olarak katılım anlaşmasının güncel gelişmeler nedeniyle önceliğini kaybetmesi gösterilirken, diğer gecikme nedenini ABAD'dan gelen istişari görüş oluşturmuştur. Katılım Anlaşması yürürlüğe girinceye kadar AB'de temel hak koruması AB Temel Haklar Şartı ve Birlik Hukuku'nun genel hukuk ilkeleri üzerinden temin edilecektir.⁷³

VI. ABAD'NİN CETA GÖRÜŞÜNÜN AB'NİN AİHK'YA KATILIM ANLAŞMASINA UYGULANMASI

CETA görüşü her ne kadar AB Hukukuna uygunluk konusunda yeni denetim ölçütleri getirmiş olsa da bu yeni ölçütler yatırımla ilgili yargısal faaliyetlerle sınırlandırıldığı takdirde AB'nin AİHK'ya katılımı bakımından engel doğurmayabilir. Ancak CETA anlaşmasında bu bağlamda herhangi bir ipucu bulunmamaktadır.

⁷² Katılma Anlaşması tasarısı md.7, Nr.2 b ve 2c

⁷³ AB anl. m.6, 1.fık. ve AB anl. m.6, 3.fık.

A. AB Temel Haklar Şartı ile Uyum Kriteri

AB'nin AİHK'ya katılımının AB Temel Haklar Şartı'nın 20.mad-
desinin ihlâline yol açacağına ilişkin bir ipucu bulunmamaktadır.
AİHK'nın sunduğu temel hak korumasının AB Temel Haklar Şartı'nın
sunduğu temel hak korumasından herhangi bir farklılığı bulunma-
maktadır. AİHK'nın sunduğu temel hak korumasından sadece an-
laşma tarafı devletlerin *jurisdiction'una* tâbi vatandaşları değil, Kon-
vansiyona taraf devletlerin ülkelerinde yaşayan herkes istifade eder.⁷⁴
Bu bağlamda AİHM nezdinde açılan başvuru davalarında yargılama
giderlerinin ve avukat ve seyahat harcamalarının adli yardım olarak
verilmesi mümkündür.⁷⁵ AB Temel Haklar Şartı'nın 47. madde ile il-
gili olarak AİHM yargıçlarının tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda
herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Caiz olmayan müdahalele-
ri en aza indirmek için AİHM yargıçlarının kişisel ve mesleki olarak
yüksek standartlara sahip olması atanma kriteri olarak kabul edilmiş-
tir.⁷⁶ Yargıçların görev süresi 9 yıldır. Yargıçlık için gerekli koşulların
ortadan kalkması nedeniyle mevcut yargıçların 2/3 çoğunluğunu ge-
rektiren kararlar yargıçlık statüsünün sona erdirilmesi mümkündür.⁷⁷
Siyasi etkileri önlemek için yargıçların yeniden seçilmesi kabul edil-
memiştir. Yargıçların seçimleri ve maaş ödemeleri bağımsızlıklarının
teminatı olarak Avrupa Konseyi tarafından üstlenilmiştir.

B. Birlik Üyelerinin Kendi Anayasal Çerçevesinde İşlevlerini Yerine Getirmeleri

AİHM nezdinde yapılacak şikâyetlerin AB organlarının kendi
anayasal çerçevelerinde işlevlerini yerine getirmelerini engellememe-
si, AB'nin AİHK'ya katılımının AB organlarının yetkilerinde değişime
veya eksilmeye yol açmaması gerekmektedir. AB'nin AİHK'ya katılımı
halinde AİHM'nin kararları şikâyet muhatabı AİHK tarafı devlet için
bağlayıcı olduğu gibi AB için de bağlayıcı olacaktır. AİHM Konvan-
siyon tarafı devletlerin Konvansiyona aykırı hukukunu ortadan kal-
dıramaz. AİHM'nin kararları sadece tespit edici niteliktedir.⁷⁸ AİHM

⁷⁴ AİHK, m.34

⁷⁵ AİHM'nin, 01.01.2020 tarihli usul düzenlemesinin 105.md. vd.

⁷⁶ AİHK, m.21, fık.1

⁷⁷ AİHK, m.23, fık.4

⁷⁸ Kathrin.Brunozzi, Art.41 EMRK" Art.41 EMRK, Gerechte Entschädigung, Rn.4

kararlarında şikâyetçiye tazminat ödenmesini hükme bağlayabilir. Anlaşma ile kurulan mahkemenin uluslararası baskı oluşturma amaçlı olarak verdiği tazminat ödenmesi kararı ABAD'ın CETA görüşünde Birlik organlarının işlevlerini yerine getirmesi bağlamında "sorunlu" bir konu olarak nitelendirilmiştir.

Yukarıda işaret edildiği gibi danışma görüşünde ABAD tarafından Birlik Hukukunun muhtariyetinin korunması kriterlerinin yeniden vurgulanması önem taşımaktadır. ABAD'ın CETA görüşüne göre Avrupa kamu düzeninin korunmasına ilişkin esaslar prensip olarak AİHK'da öngörülmektedir. Konvansiyonda öngörülen istisnai temel hak sınırlamalarında (özellikle AİHK'nın 8-11 maddeleri) demokratik toplum bakımından gereklilik esas alınmaktadır. AİHM bu bağlamda alınacak önlem bakımından acil bir toplumsal gereklilik bulunup bulunmadığını ve alınacak önlem ve gerçekleştirilmek istenen amaç arasında ölçülülük ilişkisinin bulunup bulunmadığını (ölçülülük prensibi) ölçü almaktadır.⁷⁹ Divanın CETA görüşü AB sekonder hukukunun AİHM tarafından ölçülülük denetimine tâbi tutulmasının taşıdığı önemi ortaya koymaktadır. AB üyesi devletlere yönelik şikâyetler çerçevesinde AİHM Bosphorus kararında AB sekonder hukukunu AİHK muvacehesinde denetleme yetkisini Konvansiyonun açık ihlalleri ile sınırlamıştır.⁸⁰ AİHM'nin AB'yi diğer Konvansiyon üyelerine nazaran tercihli duruma getiren AB Hukukunu denetleme yetkisini Konvansiyonun açık ihlalleri ile sınırlı tutan bu yaklaşımını AB'nin AİHK'nın tarafı olması durumunda devam ettirip ettirmeyeceği henüz bilinmemekle beraber bu yaklaşımın AB'nin AİHK'ya katılması ertesinde yeterli bir denetim kriteri olarak devam ettirmesi olası gözükmemektedir.⁸¹ ABAD'ın CETA görüşünün bu bağlamda ne şekilde anlaşılması gerektiği literatürde tartışmalıdır. Kimi hukukçular CETA görüşü muvacehesinde AİHM'nin AB sekonder hukukuna ilişkin ölçülülük denetimini reddederken,⁸² kimileri AİHM'nin asgari

vd"., bknz.: Jens Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Stefan von Raumer (ed.), Europäische Menschenrechts-konvention, Handkommentar, 4.Basi., 2017, Nomos Verlag, Baden-Baden, s.656-681

⁷⁹ Kathrin Brunozzi, Rn.32 vd.

⁸⁰ Birgit Daiber, "Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zur Europäischen Union", ZfRV 2018, Heft 3, s.100 vd.

⁸¹ Jörg Gundel, s.185

⁸² Jörg Gundel, s.185 vd.; Wolfgang Weiss, s.683 vd.

bir keyfilik denetimini kabul etmektedir.⁸³ Bunun dışında kimi hukukçular ABAD'ın CETA görüşünde ölçülülük prensibine uygunluk denetiminde sadece açık ihlallerin esas alındığını kabul etmektedir.⁸⁴ Bu görüşe göre AB sekonder hukukunun ölçülülük prensibi ışığında AİHM tarafından denetimi genel olarak reddedilmemekle beraber bu denetim yetkisi açık ihlallerle sınırlı kabul edilmektedir.⁸⁵ Bu ifade en azından AİHM'nin keyfilik denetimine izin vermektedir.

SONUÇ

ABAD CETA görüşünde temel haklara istisnai olarak sınırlama getirilmesini AB Hukuku ile yaratılan objektif hukuk düzeninin korunmasına istinat ettirmiştir. CETA görüşü meşru siyasi amaçlara erişmeye matuf olarak ihdas edilen önlemleri ve AB Hukukunun muhtariyetini korumaya matuf önlemleri temel hak sınırlamasında meşru gerekçe olarak kabul etmiştir.⁸⁶ ABAD CETA görüşünde dolaylı şekilde AB sekonder hukukunun denetiminin anlaşma ile kurulan mahkeme tarafından yapılmasını kabul etmediğini, diğer bir ifade ile kendisi dışında başka bir mahkemenin sekonder hukukun objektif hukuk düzenine uygunluğunu denetlemesi halinde AB Hukukunun muhtariyetini kaybedeceğini vurgulamıştır. ABAD'ın CETA görüşünde anlaşma ile kurulan mahkemeye temel hak sınırlamaları bağlamında AB sekonder hukukuna ilişkin ölçülülük denetimi yapmasına izin verilmesi, ölçülülük denetiminin ABAD tarafından AB objektif hukuk düzenine uygunluk denetimine nazaran daha az önemli addedildiğini göstermektedir. Bu tablo CETA görüşünde anlaşma ile kurulan mahkemenin -AİHM dahil- AB sekonder hukuku bakımından açık ihlâl veya keyfilik tespiti ile sınırlı ölçülülük denetimi yapmasının kabul edildiğini, buna karşılık AB sekonder hukukunun geçerlilik denetiminin ABAD'a saklı tutulduğunu ortaya koymaktadır.

CETA anlaşmasında AB Hukukuna yapılan göndermeler Birlik organlarının kendi anayasal çerçevesinde işlevini yerine getirmesi ve Birlik Hukukunun muhtariyetini koruması için değil, rekabet hukuku

⁸³ Patricia Sarah Stöbener de Mora/Stephan Wernicke, s.970,971

⁸⁴ Heiko Sauer, s.928

⁸⁵ EuGH, Gutachten 1/17, Rn.157,159

⁸⁶ EuGH, Gutachten 1/17, Rn.154 ve EuGH, Gutachten 1/17, Rn.155

kararlarını sadece ABAD nezdinde iptal ettirebilen Birlik yurttaşları ile CETA mahkemesine iptal başvurusu yapabilen Kanada yurttaşlarının eşit muamele görmesi için yapılmıştır. CETA anlaşmasında Birlik organlarının kendi anayasal çerçevelerinde işlevlerini yerine getirmelerini temin için AB sekonder hukukunun başka bir mahkemenin geçerlilik denetimine tâbi olmasına imkân veren bir dayanağa yer verilmemiştir. AB'nin AİHK'ya katılımı bağlamında da AİHM'nin AB sekonder hukukunu AİHK'ya aykırı ilân etmesinin eşzamanlı bir AB primer hukuk ihlâli söz konusu değilse AB sekonder hukukunun geçerliliği bakımından bir sonuç doğurmayacağı göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Bu nedenle ABAD'ın CETA görüşünde AB sekonder hukukunun anlaşma ile kurulan mahkemelerin yargısına tâbi olmasına ilişkin öngörülen kriterlerin AB'nin AİHK'ya katılmasına engel teşkil eder nitelikte yorumlanması zorlama olmaktan öteye bir anlam taşımamaktadır.

Kaynakça

Makaleler

- Arsava A. Fusun, "Lizbon Sözleşmesi – Reform Sözleşmesinin Önemli Unsurları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 11, özel sayı, 2009, s. 1457-1479
- Daiber Birgit, "The European Court of Human Rights and the Courts of the High Contracting Parties; specifically regarding the consequences of the imminent accession of the European Union to the European Convention on Human Rights", *Ritsumeikan Law Review*, 2014, No: 31 Ritsumeikan University Law Association, Kyoto, s.119-135
- Daiber Birgit, "Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zur Europäischen Union", *ZfRV* 2018, Heft 3, s.100 vd.
- Engel Daniel, "Europäischer Gerichtshof, 30.4.2019 – Gutachten 1/17: Wirtschafts- und Handelsabkommen der EU mit Kanada (CETA) mit Unionsrecht vereinbar", *SchiedsVZ*, Cilt 17 ve 18, 2019 C.H.Beck Verlag, München
- Groussot Xavier/Lock Tobias/Pech Laurent, "EU Accession to the European Convention on Human Rights: a Legal Assessment of the Draft Accession Agreement of 14th October 2011", *European Issues* 2011, n°218, Robert Schumann Foundation, Brussels-Paris, s.1-17
- Gundel Jörg, "Das CETA-Gutachten des EuGH: Neuer Grenzen des Unionsrechts für die Unterwerfung unter "fremde Richter", *EWVS*, 2019, Heft 4, s.181,185
- Lübke Julia, "Investitionsabkommen in der Kompetenzordnung der Europäischen Union-zugleich zu EuGH Gutachten 1/17 (CETA)", *GPR*, 2020, Vol:17, Issue 1, s.21,29

Obwexer Walter, "Der Beitritt der EU zur EMRK: Rechtsgrundlagen, Rechtsfragen und Rechtsfolgen", *EuR* 2012, Heft 2, s.115 vd.

Sauer Heiko, "Europarechtliche Schranken internationaler Gerichte, Eine Rekonstruktion der Autonomie der Unionsrechts anlässlich des CETA-Gutachtens des EuGH", *JZ*, Jahrgang 74(2019), Heft 19, s.925-931

Schilling Theodor, "Der Beitritt der EU zur EMRK, Verhandlungen und Modalitäten", *HFR* 8/2011, s.93 vd

Stöbener de Mora Patricia Sarah/Stephan Wernicke, "Riskante Vorgaben für Investitionsschutz und Freihandel - Das CETA Gutachten des EuGH", *EuZW* 2019, Heft 23, s.970,971

Weiss Wolfgang, "Die externe Autonomie des Unionsrechts als Schranke für den Investitionsschutz und weit darüber hinaus? -zum CETA Gutachten des EuGH als Ursprung einer überschießenden Verfassungsrechtlichen Anforderung", *EuR* 2020, s.621,624 vd.

Kitaplar

Dauses Manfred A, *Der Schutz der Grundrechte in der Rechtsordnung der Europäischen Union*, 2010, Peter Lang GmbH 2010, Bern, s.25 vd.

Michl Walther, *Die Überprüfung des Unionsrechts am Maßstab der EMRK. Individualgrundrechtsschutz im Anwendungsbereich des Unionsrechts unter den Vorzeichen des Beitritts der EU zur EMRK*, 2014, Mohr Siebeck, Tübingen, s.124 vd.

Schneiders Benedikt, *Die Grundrechte der EU und die EMRK*, 2010, Nomos, Baden-Baden, s.44 vd.

Editörlü Kitaplar

Brunozzi Kathrin, "Art.41 EMRK, Gerechte Entschädigung, Rn.4 vd"., bknz.: Jens Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Stefan von Raumer (ed.), *Europäische Menschenrechts-konvention, Handkommentar*, 4.Basi., 2017, Nomos Verlag, Baden-Baden, s.656-681

Schorkopf Frank, "Art. 6 EUV, Rn.37", bknz.: Grabitz/Hilf/Nettesheim (ed.), *Das Recht der Europäischen Union, Kommentar EL 41* (2010), C.H.Beck, München

