

# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

ISSN 1304-2408



# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF  
TURKISH BAR ASSOCIATIONS  
REVIEW

ISSN: 1304-2408

## HAKEMLİ BİR DERGİDİR

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

# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

## UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği  
© Union of Turkish Bar Associations

**Sahibi / Owner**

Av. R. Erinç Sağkan  
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

**Sorumlu Müdürü / Managing Director**

Av. Melih Yardımcı, TBB Yönetim Kurulu Üyesi

**Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor**

Av. Özlem Bilgilioğlu

**Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination**

Av. Melih Yardımcı  
Av. Ahmet Erdem Ekmekçi  
Av. Ramazan Erhan Toprak  
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 Nuhoğlu**

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 Türkçedir.

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 - TR DİZİN  
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**

Gökтуğ Ofset Yayıncılık

Matbaacılık Tic. Ltd. Şti

Zübeyde Hanım Mah. İstanbul Cad.

Sedef Sk. No : 1

İskitler / Altındağ – Ankara

Matbaa Sertifika No : 47538

**Basım Tarihi / Printing Date : 15. 02. 2025**

## 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 almak üzere Dergi'nin Kasım- Aralık/2021 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 yetiyecek şekilde, -yazıların hakemlere gönderilmesi, hakemlerce onaylanması, gerekirse düzeltmelerin yapılması, tasarıma gönderilmesi, son kontrolden sonra web sitesine eklenmesi, ODİS'e ve matbaaya gönderilmesi süreçleri göz önünde bulundurularak- en az iki hakeme gönderilir.  
İki hakemden biri olumsuz kanaat belirttiği takdirde yazı üçüncü bir hakeme gönderilir veya Editör tarafından takdir hakkı kullanılır.
8. Yazı, "kör hakemlik" sistemi uyarınca, yazarın ad ve soyadı yazı metninden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazara da yazının hangi hakemlere gönderildiği konusunda bilgi verilmaz.
9. Hakem/hakemler tarafından yazının yayınlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. Ret raporlarının yazara gönderilmesi zorunluluğu yoktur. Yazının yayınlanamayacağına ilişkin bildirim, yazının yayın listesinde bulunduğu sayının süreci tamamlandıktan sonra ilgili sayının yayınlanmasıyla eş zamanlı olarak yapılır.
10. Hakem rapor/raporları düzeltme içeriyorsa; rapor, hakem/hakemlerin adı belirtilmeksizin yazara gönderilir. Yazının düzeltilmiş hali hakeme gönderildikten sonra hakem tarafından ikinci bir düzeltme istenebilir. İkinci düzeltmeden sonra yazının hakem tarafından onaylanmaması halinde yazardan üçüncü bir düzeltme istenmez ve yazı reddedilir/reddedilmiş sayılır.  
Hakemler tarafından onaylanan/düzeltilme istenip rapora uygun olarak düzeltildikten sonra onaylanan yazı, alındığı sayının yayın listesine ilişkin süreç tamamlandıktan sonra Dergi'nin ilgili sayısında yayınlanır.  
Hakem rapor/raporlarında düzeltme istenmiş ancak raporda belirtilen hususlar yazar tarafından süresinde yerine getirilmemişse, bir defaya özgü olmak üzere yazı, alındığı yayın listesinden sonra gelen sayının yayın listesine aktarılır.
11. Yazı yukarıda 4. maddede belirtildiği şekilde yayın listesine alınmış ancak hakem raporları -çok istisnai de olsa- süresinde sunulmamışsa, yazı, alındığı yayın listesinden sonra gelen sayının yayın listesine aktarılır ve bu sayıda anılan yazıya ilişkin sürecin tamamlanması sağlanır.
12. Dergi'ye gönderilecek yazının; özgün, başka bir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere başka bir yere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
13. Türkiye Barolar Birliği, yayınlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur.
14. Yazara ve hakemlere, talep etmeleri halinde telif ücreti ödenir.
15. Yazara, yazısının yayınlandığı sayıdan üç adet, hakemlere ise hakem incelemesi yaptıkları sayıdan birer adet Dergi gönderilir.  
Dergi'nin kitap olarak kendisine gönderilmesini isteyen yazarın, yazıyı gönderirken adresini ve telefon numarasını da belirtmiş olması gerekmektedir.
16. Talep etmeleri halinde hakemlere makalenin hakem incelemesinin yapıldığı ve raporunun hazırlandığına ilişkin bir yazı gönderilir.

### **Yayın Kuralları**

1. Yazı, [yayin@barobirlik.org.tr](mailto: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, içindikiler, 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, oturma 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 yayının etiğine uygun olmayan yazılar kabul edilmemelidir.

# İÇİNDEKİLER/CONTENTS

## 1 **Mehmet Emin ÇAĞIRAN**

Soykırım Sözleşmesinin Gazze’de Uygulanması Davasında Uluslararası Adalet Divanı’nın İlave İhtiyati Tedbir Kararı Kararın Hukuki Temelleri, Muhtevası ve Uygulanmasına Dair Hukuki Meseleler

THE International Court of Justice’s Order on Additional Provisional Measures in The Case of The Application of The Genocide Convention in Gaza Legal Basis, Content, and Implementation of The Order

## 45 **Uğur ARSLAN**

Silahlı Terör Örgütü Üyeliği Suçu Özelinde Bir Tartışma: Suçüstü Hali Yargı Mensuplarına Tanınan Özel Usuli Güvencelerin İstisnası Olabilir mi?

A Discussion Specific to the Crime of Being A Member of An Armed Terrorist Organization: Can the In-flagrante Delicto Situation Be An Exception to the Special Procedural Safeguards Granted to Members of the Judiciary?

## 107 **Cihan YÜZBAŞIOĞLU**

Türk İdari Yargılama Hukukunda Bilirkişi Raporlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi

The Legal Nature and Judicial Review of Expert Reports in Turkish Administrative Procedure Law

## 161 **Gamze OFLAZ KÖKSAL**

Ceza Kovuşturmasının Disiplin Soruşturmasına Etkisi

The Effect of Criminal Prosecution on Disciplinary Investigation

## 205 **Hüseyin Can AKSOY**

Haklı Sebep Fesih İçin İhtarda Bulunmak, İhbar Süresi Tanımak ve/veya Ek Süre (Mehil) Vermek Gerekir mi?

Is It Necessary to Issue a Warning, Give a Notice Period and/or Grant a Grace Period for Termination for Just Cause?

## 239 **Elçin AKTAN**

Blokzinciri Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Uygulanacak Hukuk Kurallarına Etkisi ve Lex Cryptographia İlişkisi

The Effect of Blockchain Dispute Resolution Methods on Applicable Law Rules and The Relationship with Lex Cryptographia

## 287 **Vahit DOĞAN**

Teminat Mektuplarında Sahtelik İddialarının Değerlendirilmesi

Evaluation of Allegations of Forgery in Letters of Guarantee



**319 Ali KÖSE - Seher TEZERGİL**

Trafik Kazalarının Neden Olduğu Sürekli İş Görmezlik Hallerinde Tazminat Hesaplama Yöntemlerinin Karşılaştırılması

A Comparison of Compensation Calculation Methods in Cases of Permanent Disability Caused by Traffic Accidents

**337 Çağatay ŞAHİN**

"Türk'ün Ruhundan Doğan Kanunlar İsteriz": Erken Cumhuriyet Döneminde Medeni Kanun Yapımına Yönelik Üç Görüş ve Hukuk Politikasının Değişikliği Üzerine Bir Değerlendirme

"We Demand Laws Rooted in The Spirit of The Turk": An Evaluation of Three Perspectives on Civil Lawmaking and The Transformation of Legal Policy in The Early Republican Era

# başkan'dan

Değerli Meslektaşlarım,

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin Ocak-şubat/ 2025 sayısını sizlere ulaştırmamızın mutluluğunu yaşıyoruz.

07-08 Aralık 2024 tarihlerinde gerçekleşen Türkiye Barolar Birliği (TBB) 38. Olağan Genel Kurulu'nda, mesleğimizin çatı örgütünün Başkan, Yönetim Kurulu, Disiplin Kurulu ve Denetleme Kurulu üyeleri belirlendi.

Genel Kurul'da geride bıraktığımız üç yılın idari, mali ve hukuki muhasebesini yaparken mesleğimizin gelecek dört yılını da şekillendirecek adımların neler olacağını konuştuk. Önümüzdeki dört yılda da TBB yönetiminde ortak akıl işleyecek, mesleğimizin, yargı sisteminin ve ülkemizin yaşadığı sorunlar karşısında müzakere etmekten de sesini yükseltmekten de çekinmeyen bir anlayışla çalışılmaya devam edilecektir.

Yaşadığımız tüm felaketlerin, tanık olduğumuz hukuka aykırılıkların ortasında, bundan üç yıl önce göreve başlarken hissettiğimiz heyecanın ve umudun kırıntısını dahi kaybetmedik. Çünkü adalet için mücadele etme görevi, bizlere umutsuzluğu, vazgeçmeyi ve ataleti yaşaklamıştır.

Kuşkusuz ki hepimiz bu makamlarda ve mevkilerde geçiciyiz. Ancak bugün yaptığımız çalışmalar, yazılmakta olan ve geleceği kurgulayan tarihin satırlarını oluşturuyor. O tarihte belki isimlerimiz tek tek anılmayacak ancak TBB'nin hukukun üstünlüğü ve adalet için gösterdiği mücadele iradesi daima hafızalarda kalacak.

\*

Dergimizin bu sayısında, blokzinciri uyuzmazlık çözüm yöntemlerinden, Cumhuriyetimizin medeni kanununun oluşumuna, teminat mektuplarındaki sahtelik iddiasının değerlendirilmesinden trafik ka-

**X** Başkan'dan

zalarında tazminat hesaplanması yöntemlerine, ceza ve disiplin soruşturmalarına, Uluslararası Adalet Divanı'nın Filistin kararına, bilirkişi raporlarına varana kadar son derece geniş, kapsamlı ve her birinin niteliği hakemlerimizin titiz değerlendirmeleri sayesinde güvence altına alınmış dokuz makale bulunuyor.

Hukukun bütünselliğini ortaya koyan eserlerin, okurlarımızın çalışmalarına da katkı sunacağına inanıyorum.

Dergimize katkı sağlayan yazarlara, hakemlere ve yayınlarımızın sizlere ulaşmasını sağlayan Türkiye Barolar Birliği Dergisi çalışanlarımıza teşekkür ediyorum.

Saygılarımla,

**Av. R. Erinç SAĞKAN**

**Türkiye Barolar Birliği Başkanı**

# SOYKIRIM SÖZLEŞMESİNİN GAZZE'DE UYGULANMASI DAVASINDA ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NIN İLAVE İHTİYATİ TEDBİR KARARI

## Kararın Hukuki Temelleri, Muhtevası ve Uygulanmasına Dair Hukuki Meseleler

THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE'S ORDER ON  
ADDITIONAL PROVISIONAL MEASURES IN THE CASE OF THE  
APPLICATION OF THE GENOCIDE CONVENTION IN GAZA  
Legal Basis, Content, and Implementation of the Order

Mehmet Emin ÇAĞIRAN\*

**Özet:** Gazze'de İsrail'in Filistin halkına karşı yürüttüğü soykırım operasyonları yaklaşık bir yıldır devam etmektedir. Uluslararası camia olayları eli kolu bağlı seyretmektedir. Devletlerin zayıf münferit tepkileri ve protestoları etkisiz kalmaktadır. Uluslararası camianın örgütü olarak dünya barışını korumak amacıyla kurulan ve insanlığın geçmişte yaşadığı bu tür acıların tekrarlanmaması için gerektiğinde zorlayıcı tedbirlerle harekete geçme yetkisi verilen BM tavsiye niteliğindeki birkaç karar dışında bir şey yapmamıştır. Filistin'in de üyesi olduğu İslam İşbirliği Örgütü ve Arap Devletleri Ligi gibi bölgesel örgütler ise tamamen sessizliğe gömülmüştür. Uluslararası alanda Gazze katliamlarına tek ciddi tepki Güney Afrika'nın 2023 sonunda UAD'ye müracaatıyla başlayan dava süreci olmuştur. Soykırımı Önleme ve Cezalandırma Sözleşmesi'nin Gazze Şeridinde Uygulanması Davasında UAD henüz yetkili olduğuna karar verip davayı esastan görmeye başlamamıştır. Fakat bu arada devam eden İsrail operasyonları sebebiyle dava konusu haklarda telafi edilemez kayıpların meydana gelmesi ve davanın akim kalması riskine karşı yine Güney Afrika'nın talebiyle ihtiyati tedbirler alınmasına karar vermiştir. Divan şimdiye kadar üç defa tedbir kararı almıştır. Bunların sonuncusu olan 24 Mayıs 2024 kararı hukuki temelleri, muhtevası ve tedbirlerin uygulanmasına dair gündeme getirdiği hukuki meseleleri itibarıyla

\* Prof. Dr, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İİBF Uluslararası İlişkiler Bölümü  
Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı, mehmet.cağiran@hvv.edu.tr, ORCID: 0000-  
0003-4961-4436, Makalenin Gönderim Tarihi: 25.09.2024, Kabul Tarihi: 19.12.2024

makalenin konusunu teşkil etmektedir. 24 Mayıs kararı önceki iki kararın hukuki temeller ve muhteva itibarıyla devamı hatta bir husus dışında büyük ölçüde tekrarı mahiyetindedir. Divan Soykırım Sözleşmesi'nde yer alan yükümlülükleri Gazze özelinde tekrarlamakta ve İsrail'den soykırımı yol açabilecek ağır insancıl hukuk ihlallerinden kaçınmasını istemektedir. 24 Mayıs kararında bunlara ilaveten İsrail'in Refah bölgesindeki askeri saldırılarını durdurması talep edilmektedir. Bu tedbir ihtiyati tedbirlerle devletin meşru müdafaa veya temel menfaatlerini koruma hakkı arasında çatışma tartışmasını ortaya çıkarmıştır. Makale ihtiyati tedbirlerin bağlayıcılığı ve uygulamadaki durumu ilgili değerlendirmeye sona ermektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Gazze Operasyonu, Uluslararası Adalet Divanı, İhtiyati Tedbirler, Soykırımı Önleme ve Cezalandırma Sözleşmesi

**Abstract:** Israel's genocidal operations against the Palestinian people in Gaza have been going on for almost a year. The international community is watching the events helplessly. Weak individual responses and protests by states remain ineffective. The UN, which was established as an organization of the international community to maintain world peace and was given the authority to take coercive measures when necessary to prevent the recurrence of such sufferings that humanity has experienced in the past, has done nothing other than a few advisory decisions. Regional organizations such as the Organization of Islamic Cooperation and the League of Arab States, of which Palestine is a member, have been completely silent. The only serious international reaction to the Gaza massacres was the litigation process that began with South Africa's application to the ICJ at the end of 2023. The ICJ has not yet decided on its jurisdiction and begun hearing the merits of the case in the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of Genocide in the Gaza Strip. However, in the meantime, it decided to take provisional measures, again upon South Africa's request, against the risk of irreparable loss of the rights at issue and the risk of the case being frustrated due to the ongoing Israeli operations. The Court has taken three orders of provisional measures so far. The last of these, the order of 24 May 2024, constitutes the subject of this article in terms of its legal basis, content and the legal issues it raises regarding the implementation of the measures. The order of May 24 is a continuation of the two previous orders in terms of legal basis and content, and even largely a repetition of them, except for one issue. The Court reiterates the obligations contained in the Genocide Convention in the case of Gaza and asks Israel to refrain from gross violations of humanitarian law that could lead to genocide. In addition to these, the May 24 order demands that Israel halt its military attacks in the Rafah region. This measure has raised the issue of conflict between provisional measures and the state's right to self-defense or to protect its fundamental interests. The article concludes with an assessment of the binding nature of interim measures and the situation in practice.

**Keywords:** Gaza Operation, International Court of Justice, Provisional Measures, Convention on the Prevention and Punishment of Genocide

## GİRİŞ

İsrail'in 7 Ekim 2023'te Gazze'de başlattığı askeri operasyonlar yaklaşık sekiz aydır hız kesmeden devam etmektedir. Buna paralel olarak çoğunluğu çocuk ve kadınlardan oluşan can kayıpları ve yaralanmaların sayısı giderek artmaktadır. Hâlihazırda Gazze halkının tamamına yakını bombalarla yıkılan evlerini, altyapısı tahrip edilen, su, elektrik ve yiyecek tedarikinin tamamen durduğu, sağlık hizmetlerinin verilemez olduğu şehirlerini terk edip bölgenin güneyinde İsraili yetkililerce güvenli ilan edilen Refah ve çevresinde toplanmış durumdadır. Birleşmiş Milletler (BM) ve Dünya Sağlık Örgütü yetkililerinin açıklamalarına göre bu insanlar en temel hayati ihtiyaçlarını karşılayacak imkânlardan mahrumdur.<sup>1</sup> Gazze'nin giriş-çıkış noktalarını denetim altında tutan İsrail'in dışarıdan gelen insani yardımları engelleyici, en azından zorlaştırıcı bir tutum içerisinde olması durumu daha da kötüleştirmektedir. BM Genel Sekreteri durumu "Dünyada bir cehennem varsa orası Gazze'dir" sözleriyle ifade etmektedir.<sup>2</sup>

Aynı zamanda uluslararası hukukun açık bir ihlalini oluşturan bu insanlık dramına karşı *"insanlığa tarif olunmaz acılar getiren savaş felaketinden gelecek kuşakları korumak, temel insan haklarına, insan kişiliğinin haysiyet ve değerine, erkeklerle kadınların ve büyük uluslarla küçük ulusların hak eşitliğine olan inancımızı yeniden ilan etmek, adaletin korunması ve anlaşmalarla uluslararası hukukun diğer kaynaklarından doğan yükümlülüklerle saygı gösterilmesi için gerekli şartları yaratmak ve daha geniş bir hürriyet içinde daha iyi yaşama şartları sağlamak"* için kurulan BM hiçbir zorlayıcı tedbir almamıştır. Keza bütün İslam ülkelerinin üyesi olduğu İslam İşbirliği Örgütü veya bütün Arap devletlerini çatısı altından toplayan Arap Devletleri Ligi gibi bölgesel örgütlerin tepkileri de protestolardan öte geçmemiştir. Siyasi çözüm teşebbüsleri akim kalırken bütün dünyayı ilgilendiren bu meselede uluslararası ilişkiler pratiğinde görmeye alışık olmadığımız şekilde kazai çözüm arayışları ön plana çıkmıştır. Güney Afrika'nın müracaatıyla Uluslararası Adalet Divanı (UAD veya Divan) önünde İsrail'e karşı bir yargı süreci başlatılmıştır.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Bu konuda geniş ve sürekli güncellenen bilgi için BM İnsani Yardım İşleri Koordinasyon Ofisi internet sitesine bakılabilir (<https://www.unocha.org/occupied-palestinian-territory>).

<sup>2</sup> General Assembly Plenary, GA/12325, 20 May 2021.

<sup>3</sup> Güney Afrika dava dilekçesini Divan'a 29 Aralık 2023 tarihinde vermiştir. Güney Afrika v. İsrail Davası ve makalemizde atıfta bulunulan diğer UAD kararlarıyla

İsrail’in Gazze’de 1948 Soykırımı Önleme ve Cezalandırma Sözleşmesi’ni (Soykırım Sözleşmesi) ihlal ettiği iddiasıyla başlatılan süreçte UAD henüz yetki kararı vermemiştir, dolayısıyla esasla ilgili incelemelere geçilmemiştir. Fakat Güney Afrika müracaatında aynı zamanda Divan’dan ihtiyati tedbirler almasını talep etmiştir. İhtiyati tedbirlerin amacı dava sonlanana kadar tarafların dava konusu olan çığnenen veya çığnenme riski altındaki telafi edilemez haklarını korumak, böylece esasla ilgili kararın konusuz kalmasını önlemektir. Amacına binaen Divan ihtiyati tedbir talebini öncelikle görüşür ve karara bağlar.<sup>4</sup> Divan Güney Afrika’nın talebiyle ilgili kararını 26 Ocak 2024 tarihinde vermiş ve esas olarak İsrail’e hitaben birtakım tedbirler almıştır. Tedbirlerin yetersizliği ve/veya İsrail’in tedbirleri gerektiği şekilde uygulamaması ve Gazze’deki durumun giderek kötüleşmesi üzerine ilk tedbir kararına ilaveten yine Güney Afrika’nın talebi üzerine Divan 15 Şubat ve 28 Mart 2024 tarihlerinde iki karar daha almıştır. 2024 Mayıs ayına gelindiğinde Divan’ın aldığı üç ihtiyati tedbir kararına rağmen sahada herhangi bir değişiklik olmamış ve ihlaller devam etmiştir.

Ve son olarak adeta bir temerküz kampına dönüşen Refah’ta katliamların devam etmesi üzerine UAD beş ay içerisinde dördüncü kez ihtiyati tedbirler için toplanma gereği duymuştur.<sup>5</sup> 24 Mayıs 2024’te alınan karar daha önceki kararlarda yer alan tedbirleri teyit etmek ve teferruatlandırmanın yanı sıra yeni tedbirler de ihtiva etmektedir. 24 Mayıs kararı hukuki temelleri, muhtevası ve uygulanması itibarıyla önemli hukuki meseleleri gündeme getirmiştir. Esasen bu meseleler bir ölçüde önceki tedbir kararları için de söz konusudur. Fakat burada önceki kararlardan farklı olarak İsrail’e askeri operasyonları durdurması çağrısı yapan tedbir alınması davanın özel şartlarının ötesinde ihtiyati tedbir müessesesinin yerinde kullanılması ve etkililiği ile ilgili

---

ilgili bütün belgeler Divan’ın internet sitesinde (<https://www.icj-cij.org/home>) bulunmaktadır.

<sup>4</sup> UAD Statüsü, madde 41, UAD İç Tüzüğü, madde 74, § 1. Divan’ın ihtiyati tedbirler alma yetkisi Statü’nün 41. maddesi ve İç Tüzüğün 73-78. maddelerinde düzenlenmektedir.

<sup>5</sup> Divan önceki kararlarda olduğu gibi bu son tedbir kararını da Güney Afrika’nın talebi üzerine almıştır. Request for the modification of the Order of 28 March 2024 indicating provisional measures, 10 May 2024 (Bundan sonra Request 10 May 2024).

sorular ortaya çıkarmaktadır. Makalemizde 24 Mayıs kararının ortaya çıkardığı bu hukuki meseleleri tarafların karar öncesi sunduğu yazılı ve sözlü mütalaalar, Divan'ın kararı, Divan hâkimlerinin farklı veya muhalif görüşleri, Divan'ın önceki kararları ve doktrinde konuyla ilgili yaklaşımları dikkate alarak tartışacağız. Bu makale Divan'ın 24 Mayıs kararından önce aldığı ihtiyati tedbir kararlarını incelediğimiz makalenin<sup>6</sup> devamı niteliğindedir.

## I. KARARIN HUKUKİ TEMELLERİ VE ÇERÇEVESİ

### A. Hukuki Temeller ve Durumda Değişiklik Şartı

Öncelikle belirtmek gerekir ki bir davada Divan kendi inisiyatifiy-le veya taraflardan birinin talebiyle şartlar öyle gerektiriyorsa birden fazla ihtiyati tedbir kararı alabilir. Keza “İhtiyati tedbirlerin alınmasına ilişkin bir talebin reddedilmesi, bu talebi yapan tarafın aynı davada yeni olaylara dayanarak yeni bir talepte bulunmasını engellemez”.<sup>7</sup> Dolayısıyla bu davada Güney Afrika'nın art arda tedbir talebinde bulunması ve Divan'ın kısa süre içerisinde dördüncü kararını vermesi uygulamada nadir olsa da Divan'ın yargılama usulüne uygundur.

Hukuki gerekçelerin değerlendirilmesine genel bir tespitle başlayacak olursak, 24 Mayıs 2024 kararı bir ihtiyati tedbir kararı olarak 2024 yılının Ocak, Şubat ve Mart aylarında alınan ihtiyati tedbir kararlarıyla aynı hukuki temele dayanmaktadır. Zaten Divan da kararında bu hususta teferruata girmeden Statü'nün 41. maddesini anmakta ve önceki kararlarına atıfta bulunmaktadır. Ancak, 24 Mayıs kararının daha önce üç defa tedbir kararı verilmiş bir davada dördüncü karar olması sebebiyle hukuki temellerini genel olarak önceki kararlara atıfta izah etmek yeterli değildir. Zira yeni bir karar tabiatıyla önceki kararları kısmen veya tamamen iptal eden ya da değiştiren bir karar olacaktır. İç Tüzüğe göre Divan'ın böyle bir karar alması davaya konu olan durumda önceki kararların iptalini veya değişikliğini gerektiren bir

<sup>6</sup> Mehmet Emin Çağiran, “Soykırım Sözleşmesi'nin Gazze'de Uygulanması Davasında Uluslararası Adalet Divanı'nın İhtiyati Tedbir Kararı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 172. Sayı, 2024 Mayıs-Haziran, s. 327-365.

<sup>7</sup> UAD İç Tüzük, madde 75, §§ 1 ve 3.



değişimin olmasına bağlıdır.<sup>8</sup> Dolayısıyla 24 Mayıs kararının hukuki temelleri meselesi önceki kararların muhtevasıyla doğrudan ilişkilidir.

Kararın görüşülmesinde Divan Güney Afrika’nın 10 Mayıs 2024 tarihli (en son) tedbir müracaatının 28 Mart 2024 kararının değiştirilmesine dair bir talep olduğuna işaret ederek yukarıda andığımız İç Tüzük madde 76, § 1’e göre değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir.<sup>9</sup> Aslında Güney Afrika sunduğu dilekçesinin başlığında “UAD Statüsü, madde 41 ve İç Tüzüğü 75 ve 76. maddeler uyarınca ihtiyati tedbirler alınması ve değiştirilmesi için acil talep” ifadesini kullanmaktadır. Aynı dilekçede alınması istenen tedbirler sıralanırken kullanılan alt başlık daha açıklayıcıdır: “İlave ihtiyati tedbirler/Divan kararlarında değişiklik talebi”.<sup>10</sup> Dolayısıyla Güney Afrika Divan’dan sadece 28 Mart kararıyla ilgili değişiklik talep etmemekte, aynı zamanda geçmiş kararlarda alınan tedbirlerin teyidini, açıklanmasını, genişletilmesini ve ilave tedbirler almasını istemektedir. Güney Afrika’nın Divan’dan almasını talep ettiği tedbirler şunlardır: İsrail’in “1- Derhal ve Divan’ın 26 Ocak 2024 ve 28 Mart 2024 tarihli önceki kararları kapsamındaki yükümlülüklerine ek olarak Gazze Şeridi’nde Refah Vilayeti de dâhil olmak üzere askeri operasyonları durdurması ve Refah sınır kapısından çekilmesi; ordusunu Gazze Şeridi’nin tamamından derhal, tamamen ve şartsız olarak çekmesi; 2- Derhal ve Divan’ın 26 Ocak 2024 kararındaki 4 numaralı ihtiyati tedbir ve 28 Mart 2024 tarihli kararındaki 2 (a) ve 2 (b) numaralı tedbirlerde<sup>11</sup> öngörülen yükümlülüklerine ek olarak Gazze halkına insani yardım ve destek sağlamakla görevli Birleşmiş Millet-

<sup>8</sup> UAD İç Tüzük, madde 76, § 1.

<sup>9</sup> Request for the Modification of the Order of 28 March 2024 Indicating Provisional Measures, Order, 24 May 2024 (bundan sonra Order 24 May), § 20.

<sup>10</sup> Request 10 May 2024. Buna karşılık Güney Afrika’nın müracaatı Divan belgelerinde kısaca “28 Mart 2024 tarihli ihtiyati tedbir kararının değiştirilmesi talebi” şeklinde ifade edilmektedir.

<sup>11</sup> Söz konusu tedbirlerde şunlar öngörülmektedir: İsrail’in Gazze’de yaşayan Filistinlilerin acilen ihtiyaç duydukları temel hizmetler ve insani yardımın sağlanmasına imkân verecek tedbirleri derhal alması; Gıda, su, elektrik, yakıt, barınma gibi acil ihtiyaç duyulan temel hizmetlerin ve insani yardımın Birleşmiş Milletler ile tam işbirliği içinde, engellenmeden geniş ölçekte temini, kara geçiş noktalarının kapasitesinin ve sayısının artırılması ve bu noktaların gerektiği sürece açık tutulması; İsrail silahlı kuvvetlerinin Gazzeli Filistinlilerin Soykırım Sözleşmesi’nde öngörülen haklarını, acil ihtiyaç duyulan insani yardıma erişebilmeleri dâhil olmak üzere, ihlal edebilecek fiilleri işlememesi.

ler ve diğer görevlilerin, bunun yanı sıra Gazze’de sahadaki şartları değerlendirmek ve kayıt altına almak ve delillerin etkili bir şekilde korunmasını ve saklanmasını sağlamak amacıyla bilgi toplama misyonları, uluslararası yetkilendirilmiş kurumlar ve/veya yetkililer, araştırmacılar ve gazetecilerin Gazze’ye engelsiz erişimini sağlamak ve kolaylaştırmak için tüm etkili tedbirleri alması ve ordusunun bu tür erişim, tedarik, muhafaza veya saklama işlemlerini engelleyecek şekilde hareket etmemesini sağlaması; 3- (a) bu ihtiyati tedbirlerin yürürlüğe girmesi için alınan tüm tedbirlere ilişkin olarak bu karar tarihinden itibaren bir hafta içinde; ve (b) Divan tarafından belirtilen önceki tüm ihtiyati tedbirlerin yürürlüğe girmesi için alınan tüm tedbirlere ilişkin olarak bu karar tarihinden itibaren bir ay içinde Divan’a açık<sup>12</sup> bir rapor sunması.”<sup>13</sup>

Normal olarak “değişiklik talebi” önceki tedbirlerin kapsam olarak kısmen veya tamamen farklı yeni tedbirlerle değiştirilmesi olarak anlaşılır. “Divan’ın 26 Ocak 2024 ve 28 Mart 2024 tarihli önceki kararları kapsamındaki yükümlülüklerine *ek olarak*”; “Divan’ın 26 Ocak 2024 kararındaki yükümlülüklerine *ek olarak*” ifadeleri ve İsrail’den istenen raporun önceki kararları da kapsamı açık bir şekilde göstermektedir ki Güney Afrika sadece değişiklik ve teyit değil, aynı zamanda ilave tedbirler alınmasını da talep etmektedir. Divan’ın bütün bunları “değişiklik talebi” başlığı altında ele almasının sebebi ilk karardan sonraki ihtiyati tedbir taleplerinin değerlendirileceği hukuki zemin olarak sadece İç Tüzük, madde 76’yı kabul ettiğini göstermektedir. Kanaatimize göre madde 76’ya ilaveten Güney Afrika’nın dilekçesinde andığı İç Tüzük, madde 75, bilhassa aynı maddenin 3. paragrafı müteakip tedbir taleplerinin incelenmesine temel oluşturabilir: “*İhtiyati tedbirlerin alınmasına ilişkin bir talebin reddedilmesi, bu talebi yapan tarafın aynı davada yeni olaylara dayanarak yeni bir talepte bulunmasını engellemez*”. Davayla ilgili yeni olayların/gelişmelerin meydana gelmesi ihtiyati tedbir talebi reddedilen bir tarafa daha sonra tekrar tedbir talebinde

<sup>12</sup> Uygulamada Divan farklı bir karar vermezse sunulan raporlar davanın tarafları dışındakilere açık değildir, davayla ilgili tutanak, karar ve diğer tür belgelerle birlikte yayınlanmaz.

<sup>13</sup> Order 24 May, § 17. Güney Afrika 10 Mayıs tarihli dilekçesinde talep ettiği tedbirlerde değişiklik yapmış ve nihai talep listesini sözlü duruşmaların sonunda sunmuştur. Bu sebeple dilekçe yerine 24 Mayıs kararına atıfta bulunuyoruz.

bulunma hakkı ortaya çıkarıyorsa, ilk talebi üzerine tedbir kararı alınmış tarafa da benzer durumda aynı hakkın tanınması tabiidir. Nitekim Divan geçmişte *Bosna-Hersek v. Sırbistan ve Karadağ Davasında* tarafların ilave ihtiyati tedbir talebiyle ilgili verdiği kararda hukuki dayanak olarak İç Tüzüğü’nün 76. maddesi yanında madde 75, § 3’ü de anmıştır.<sup>14</sup>

Divan kararlarında terminolojik kesinlik yerine değişiklik veya ilave tedbirler için gerekli şartların araştırılması üzerine odaklanmaktadır. Divan’a göre yeni tedbirler için İç Tüzüğe göre sırasıyla “durumda değişiklik” ve “değişikliğin yeni tedbirler alınmasını gerekli kılması” şartlarının gerçekleşmesi lazımdır. Nitekim Divan Güney Afrika’nın 10 Mayıs tarihli değişiklik ve ilave tedbir talebinin sorgulanmasına buradan başlamıştır: “*Divan öncelikle, tarafların şu andaki durumla ilgili olarak verdiği bilgileri dikkate alarak, 28 Mart 2024 tarihli kararında belirtilen kararın alınmasını gerektiren durumun o tarihten bu yana değiştiği sonucuna varmak için bir sebep olup olmadığını tespit etmelidir. Şayet Divan önceki kararın verilmesinden bu yana durumda bir değişiklik olduğunu tespit ederse, bundan sonra böyle bir değişikliğin önceki ihtiyati tedbir kararında değişiklik yapılmasını gerektirip gerektirmediğini ele alacaktır. Bu tür bir değişiklik ancak Divan Statüsü’nün 41. maddesinde belirtilen genel şartların bu davada da karşılanması durumunda uygun olacaktır.*”<sup>15</sup>

Divan Gazze’deki son gelişmeler ve fiili durumla ilgili yaptığı değerlendirmede Gazze topraklarının dörtte üçünden daha fazlasının üzerinde yaşayan nüfusun İsrail’in tahliye kararıyla Refah bölgesine sığındığını, İsrail’in Mayıs 2024 başında Refah’a yönelik karadan askeri operasyon kararı sonrası bu kez Refah ve çevresindeki hedef bölgelerde bulunan Filistinlilerin kendisinin tespit ettiği alanlara (Al-Mawasi ve Khan Younis) gitmesini istediğini, Divan’ın karar verdiği tarih itibarıyla BM raporlarında göre 800 bin kişinin bu alanlara sığındığını, daha önce birkaç defa bulunduğu yeri terk etmek zorunda kalan ve çok güç şartlarda hayatta kalmaya çalışan çoğu kadın ve çocuk bu nüfusun altyapı, su, temel sağlık hizmetleri bakımından son derece yetersiz olan anılan bölgelerde hayati risk altında olduklarını, devam

<sup>14</sup> Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)*), Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I.C.J. Reports 1993, § 22.

<sup>15</sup> Order 24 May, § 21.

eden hava bombardımanlarına ilaveten kara operasyonlarının hedefi olan Refah'ın Gazze'de ayakta kalmış birkaç sağlık kuruluşu, yiyecek tedarik merkezini barındırdığını, buranın diğer yerleşim yerlerinin akibetine uğraması halinde Gazze'de hayatın sürdürülebileceği bir yer kalmayacağını belirterek İç Tüzük, madde 76, § 1 anlamında durumda değişiklik olduğu tespitini yapmıştır. Ayrıca Divan önceki tedbirlerin yeni durumda yetersiz kaldığını belirtmiştir. Bu değerlendirmelere göre Güney Afrika'nın tedbirlerde değişiklik ve ilave tedbir talebi gerekli şartları karşılamaktadır.<sup>16</sup> Statü, madde 41'deki genel şartlarla ilgili olarak ise Divan bir değerlendirme yapmak yerine önceki kararlarda yaptığı tespitlerin geçerliliğini sürdürdüğünü, dolayısıyla genel şartların da yerine geldiğini belirtmekle yetinmektedir.<sup>17</sup>

Divan'ın kararına rağmen ihtiyati tedbir kararında değişiklik şartlarının anlamı ve Gazze'deki duruma uygulanması karara muhalif oy veren hâkimlerin yanında kararı destekleyenler arasında da farklı şekillerde yorumlanmıştır. Muhaliflerden Hâkim Sebutinde ve *ad hoc* Hâkim Barak İsrail'in "mevcut tedbirler tamamıyla yeterlidir ve ilave tedbirlere ihtiyaç yoktur" tezi<sup>18</sup> paralelinde Gazze'de bir durum değişikliği olmadığını savunmuşlardır. Sebutinde'ye göre "*silahlı çatışmaların yeri ve şiddeti sıklıkla değişmekle birlikte Refah'taki durum Divan İç Tüzüğü, madde 76, § 1'e göre mevcut tedbirleri değiştirmeyi gerektiren 'yeni bir olgu (fact)' teşkil etmemektedir*".<sup>19</sup> Barak ise Güney Afrika'nın iddiası üzerinden değerlendirme yaparak İsrail'in Refah operasyonunun yeni olmadığını, Ekim 2023'ten beri terörist tehditleri püskürtmek ve rehinelere kurtarmak için yürütülen askeri operasyonların bir parçası olduğunu, zaten Divan'ın da 16 Şubat ve 28 Mart 2024 kararlarında Refah'taki durumun kötüleşmekte olduğunu belirttiğini, dolayısıyla İsrail'in Refah operasyonunun durumda bir değişiklik oluşturmadığını belirtmiştir. Barak'a göre silahlı çatışmaların seyirindeki her değişiklikte harekete geçip karar alması Divan'ı çatışmaları en ince ayrıntılarına kadar denetleyen (*micromanager*) bir organ haline dönüştürür.<sup>20</sup>

<sup>16</sup> Order 24 May, §§ 27-30.

<sup>17</sup> Order 24 May, § 31.

<sup>18</sup> Oral proceedings, Israel, Verbatim Record CR 2024/28, 17 May 2024, s. 29.

<sup>19</sup> Order 24 May, Dissenting opinion of Judge Sebutinde, § 1.

<sup>20</sup> Order 24 May, Dissenting opinion of Judge Barak, §§ 7 ve 13. Durumda değişiklik olmadığı görüşü karara olumlu oy veren Hâkim Nolte tarafından da

Diğer deyişle durumda değişiklik şartının ve buna bağlı olarak ortaya çıkan yeni durumun mevcut tedbirlerde değişiklik gerektirip gerektirmediğinin yanlış değerlendirilmesi Divan’ı olayların gidişatına müdahale eden tarafgir bir organ haline getirmektedir. Muhalif hâkimlerin tenkitlerinde Divan’ın tedbir kararı hukuki gerekçelerinden ziyade sonuçları itibariyle ele alınmaktadır. Bu hususu tedbir kararında değişiklik şartlarından sonra değerlendireceğiz.

“Durumda değişiklik” ifadesinin tam olarak ne anlama geldiğine dair Divan’ın önceki kararlarının yeterince açıklayıcı olmadığına işaret eden Hâkim Aurescu “durumdaki değişiklik tür olarak mı yoksa derece olarak mı anlaşılmalı” sorunu sormaktadır. Divan soykırım davalarında eşiği düşük tutma eğilimindedir. Değişiklik için mutlaka önceki durumdan farklı yeni bir durumun ortaya çıkmasını aramamakta, önceki durumdaki şartların ağırlaşmasını yani derece farkını yeni ihtiyati tedbirler almak için yeterli görmektedir.<sup>21</sup>

İhtiyati tedbir kararının değiştirilmesi şartlarıyla ilgili yapılan değerlendirmeler çoğunlukla teorik planda kalmakta, Divan sonuç itibariyle 28 Mart kararında yaptığı gibi her durumun özel şartlarını dikkate alarak karar vermektedir. Bu hususta Divan’ın pratiğine uygun en gerçekçi yorum olarak Hâkim Tladi’nin 24 Mayıs kararıyla ilgili beyanındaki görüşleri ön plana çıkmaktadır. Bizim de tamamıyla kattığımız yoruma göre İç Tüzüğün ihtiyati tedbirlerle ilgili maddeleri bu konuda esas hüküm olan Statü’nün 41. maddesi çerçevesinde anlaşılmalıdır. 41. madde ihtiyati tedbir kararı verilmesini “Divan durumun gerektirdiğine hükmederse” genel şartına bağlamaktadır. İç Tüzüğün amacı Statü’nün uygulanmasını kolaylaştırmaktır, dolayısıyla 75 ve 76. maddeler esas hükme ilave şartlar getiren değil, onu

---

paylaşılmaktadır. Nolte’a göre Refah’a yapılmakta olan askeri operasyon daha önce öngörülmemiş bir durum değişikliği değildir. Divan 16 Şubat ve 28 Mart kararlarında Refah’taki durumun kötüleştiğini belirtmiş ve çok sayıda yerinden edilmiş ve sığınacak başka yeri olmayan Filistinlinin bulunduğu bu bölgeye yapılacak askeri operasyonun risklerine dikkat çekmişti. Dolayısıyla, durum Divan’ın Ocak, Şubat ve Mart aylarında ihtiyati tedbir taleplerini görüştüğü zamanki durumdan farklı değildir ve İç Tüzük, madde 76, § 1 anlamında “durumda bir ölçüde değişiklik” olduğu şüphelidir. Order 24 May, Declaration of Judge Nolte, § 6.

<sup>21</sup> Order 24 May, Declaration of Judge Aurescu, § 7. Aynı zamanda bk. Order 24 May, Declaration of Judge Tladi, §§ 4-5.

açıklayan hükümlerdir. Buna göre, önce “durumda değişikliğin” veya “yeni olguların” ortaya çıkmasını sorgulamak, buna olumlu cevap verilmesi halinde ikinci şart olarak “değişikliğin önceki kararların değiştirilmesini gerektirecek ölçüde olmasına” bakmak aslında 41. madde-deki genel şartı tamamen anlamsız hale getirmektedir. Yani bir bakıma İç Tüzük hükümleriyle Statü hükümleri etkisiz hale getirilmektedir.<sup>22</sup> Divan 24 Mayıs kararının gerekçelerini ortaya koyarken teferruatları esasın önüne koymakla böyle bir usul hatasına da düşmüştür. Fakat sonuç itibarıyla Divan gerekçede gereksiz teferruatlara girdiğini kabul edercesine kararın sonuç bölümünde “durumda değişiklik” veya “yeni olgulardan” hiç bahsetmemekte ve “durumun şartları öyle gerektirdiğinden 28 Mart kararında değişiklikler yaptığını”<sup>23</sup> belirtmekle yetinmektedir.<sup>24</sup>

### B. Soykırım Sözleşmesi’nin Kötüye Kullanılması ve Divan’ın Çatışmalara Müdahil Olduğu İddiaları

Kararın hukuki gerekçeleri bağlamındaki tartışmalarda muhalif hâkimlerin mevcut tedbirlerde değişiklik veya yeni tedbir alınmasını gerektiren şartların oluşmadığı, buna rağmen Divan’ın yeni bir karar almakla çatışmalara müdahale eden bir konuma geldiği şeklindeki tenkidi uluslararası yargılama hukukunda bilhassa UAD gibi zorunlu yargı yetkisine sahip olmayan yargı organlarının uygulamalarında ihtiyati tedbirlerin taşıdığı önemli bir riske işaret etmektedir. Tedbirlerin dava konusu hakları korumak yanında tamamen siyasi saiklerle istenmesi her zaman ihtimal dâhilindedir. Geçmişte karşı tarafın davranışlarını kısıtlamak, bazen de *Lockerbie Davasında* olduğu gibi bir uluslararası organın müdahil olmasını engellemek amacıyla taraf devletlerin tedbir talebinde bulunduğu örnekler vardır.<sup>25</sup> Tedbir kararı için öngörülen şartlar bu riskin bertaraf edilmesi ve tedbir müessesesi-

<sup>22</sup> Order 24 May, Declaration of Judge Tladi, §§ 4-11.

<sup>23</sup> Order 24 May, §§ 48-57.

<sup>24</sup> Order 24 May, Declaration of Judge Tladi, § 12.

<sup>25</sup> Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America; Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I.C.J. Reports 1992, s. 114. Bu davada Libya Güvenlik Konseyi’nin müdahalesine karşı Divan’ı “kullanmak” istemiştir.



nin kötüye kullanılmasının önüne geçmek için öngörülmüştür. Önceki kararları göz önüne alındığında Divan'ın bu şartları titizlikle sorguladığı ve genellikle ihtiyatlı davrandığı görülmektedir. Hatta bu ihtiyatlı tutum incelediğimiz davada Divan'ın durumun gerektirdiği kararları almadığı ve pasif kaldığı tenkitlerine yol açmıştır. Muhalif hâkimlerin mütalaalarında ise tam tersi bir görüş ileri sürülmektedir.

Divan'ın çatışmalara müdahil olduğu görüşü ilk defa Hâkim Barak tarafından 28 Mart 2024 ihtiyati tedbir kararına yazdığı ayrı mütalaada dile getirilmişti.<sup>26</sup> İsrail 24 Mayıs kararının sözlü duruşmalarında ilave tedbirler alınmasına karşı argümanları arasında bu görüşü de kullanmıştır. İsrail özetle şöyle bir tespitten yola çıkmaktadır: Güney Afrika Soykırım Sözleşmesi'ni istismar etmektedir. Bu anlayışla herhangi bir silahlı çatışma soykırım iddiasıyla Divan'ın önüne getirilebilir. Güney Afrika önceki tedbirlerde olduğu gibi burada da sadece İsrail'i bağlayan ihtiyati tedbirler peşindedir. Bunun mantığa aykırı sonucu olarak İsrail kendini savunma hakkından mahrum kalırken çatışmanın diğer tarafı Hamas korkunç suçlarını işlemeye devam edecektir. Soykırım Sözleşmesi'nin amacı bir silahlı çatışma durumunda Divan'ın soykırım iddiası üzerine çatışmaya taraf olanların davranışlarını denetlemesi değildir. Sözleşme ve ondan kaynaklanan Divan'ın yetkisi soykırım suçuyla sınırlıdır. Bilhassa ihtiyati tedbir kararı aşamasında davacının iddialarını ispatlayan veya soykırım için özel bir niyetin varlığını gösteren deliller sunması gerekmediğinden Divan'ın kendisini silahlı çatışmaların operasyonel yönlerini denetleyen bir duruma sokma riski vardır. Zaten Güney Afrika'nın istediği Divan'ın bu şekilde davranmasıdır. İhtiyati tedbir kararlarındaki tavrı göstermektedir ki Divan Gazze'deki silahlı çatışmanın denetleyiciliğine soyunmakta ve uluslararası insancıl hukuka göre hüküm vermek için Soykırım Sözleşmesi'ni kullanmaktadır.<sup>27</sup>

Tenkitlerde birbiriyle bağlantılı birden fazla iddia öne sürülmektedir. Bunların ilki Güney Afrika'nın Soykırım Sözleşmesi'ni kötüye kullanmasıdır. Bundan kasıt İsrail'in Sözleşmenin Divan'a yargı yetkisi

<sup>26</sup> Order 26 January, Separate opinion of Judge Barak, § 7. Aynı görüş benzer ifadelerle Hâkim Sebutinde'nin muhalif mütalaasında da yer almaktadır. Order 24 May, Dissenting opinion of Judge Sebutinde, § 1.

<sup>27</sup> Oral proceedings, Israel, Verbatim Record CR 2024/28, 17 May 2024, s. 13.

tanıyan IX. maddesindeki uzlaşma şartını (*compromissory clause*) kabul etmiş olmasını aslında bir silahlı çatışma olan mevcut durumu Divan önüne getirmek için kullanmaktır. Divan'ın tartışmadığı, İsrail ve muhalif hâkimlerin sadece belirtmekle yetindikleri bu iddia birisi dava özelinde ve öbürü genel olarak iki açıdan değerlendirmeyi hak etmektedir.

Uzlaşma şartının amacı dışında herhangi bir silahlı çatışmayı soykırım iddiasıyla Divan'ın önüne getirmek için istismar edilmesi veya daha yerinde bir ifadeyle istismar edilmeye çalışılması mümkündür.<sup>28</sup> Buna karşı genel bir cevap olarak şu söylenebilir ki söz konusu şartın kabul edilmiş olması tek başına şikâyetin kabulü için yeterli temel oluşturmaz; maddi ve manevi unsurlarıyla soykırım suçunun işlendiğine dair emarelerin bulunmadığı bir silahlı çatışmada – şayet Divan da kötü niyetli değilse – yetkisizlik kararının alınıp müracaatın listeden düşürülmesi bir formaliteden ibaret olacaktır. Bununla birlikte, silahlı çatışmalarda bilhassa taraflardan birisinin daha baskın olduğu ve can kayıplarının arttığı durumlarda her zaman net bir hukuki nitelendirme yapmak da kolay değildir. Böyle bir durumun soykırım iddiasıyla Divan önüne getirilmesi başvuruçunun yargı yoluyla çözüm arayışı olabileceği gibi siyasi sebeplerle de olabilir. Hatta başvuruçudan birden fazla motifle hareket ediyor olabilir. Her halükarda Divan belirli kıstaslara göre bir müracaatı kabul edip dava sürecini başlatmaktadır, dolayısıyla gerekli şartların oluşması halinde motifinden bağımsız olarak her iddia dava konusu olabilir.

<sup>28</sup> Örnek olarak, 1999 yılında NATO'nun hava bombardımanına karşı Yugoslavya'nın (Sırbistan) diğer bazı gerekçelerle birlikte Soykırım Sözleşmesi madde IX'u kullanarak NATO üyesi 10 devlete dava açması ve saldırıların durması yönünde ihtiyati tedbir talebinde bulunması anılabilir. Divan Yugoslavya'nın tedbir talebini reddetmiştir: "Bir devlete karşı güç kullanma tehdidi ya da kullanılması kendi başına Soykırım Sözleşmesi'nin II. maddesi anlamında bir soykırım eylemi oluşturamaz ve Divan'ın görüşüne göre, yargılamanın bu aşamasında, Yugoslavya başvurusunun konusunu oluşturan bombalamaların gerçekten de bir gruba yönelik kasit unsuru içerdiği görülmemektedir (Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (I), p. 240, para. 26). Dolayısıyla Divan, yargılamanın bu aşamasında, Yugoslavya tarafından davalıya isnat edilen fiillerin Soykırım Sözleşmesi hükümleri kapsamına girebileceğine karar verecek durumda değildir. Yugoslavya tarafından ileri sürülen Sözleşme'nin IX. maddesi, bu sebeple, bu davada Divan'ın yargı yetkisinin ilk bakışta (prima facie) dayandırılacağı bir temel oluşturamaz". Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium), Provisional Measures, Order of 2 June 1999, I.C.J. Reports 1999, §§ 40-1.



Genel olarak bakıldığında, İsrail’in işaret ettiği kötüye kullanma veya istismar etme temayülünün son dönemlerde başka davalarda da söz konusu edilmiş olduğu görülmektedir. Bunun en bariz örneği Soykırım Sözleşmesi’yle benzer uzlaşma maddesi ihtiva eden Her Türlü Irk Ayrımının Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşmenin (CERD) bir meseleyi UAD önüne getirmenin aracı olarak birden fazla davada kullanılmasıdır. 2008 yılında Gürcistan’ın CERD’in uygulanmasıyla ilgili Divan’a Rusya’ya karşı yaptığı müracaattan sonra aynı Sözleşmenin uygulanmasıyla ilgili dört dava daha açılmıştır.<sup>29</sup> CERD 1969 yılında yürürlüğe girmiştir ve 2024 itibarıyla 182 devlet taraftır. CERD uygulamayı denetlemek için özel bir komite kurmuştur. Bireysel ve devletler arası şikâyetler bu komite tarafından kabul edilmekte ve incelenmektedir. Sözleşmenin yürürlüğe girmesinden yaklaşık kırk yıl sonra bazı taraf devletlerin görevini yapmaya devam eden komite yerine UAD’ye başvurmaya başlamaları dikkat çekicidir. Divan kararlarının hukuki bakımdan bağlayıcı olması, meselenin uluslararası gündeme gelmesi ve siyasi tesirleri bakımından komite kararlarına göre daha bilinir olması başvuruların sebepleri arasında sayılabilir. Bunun yanında bir diğer sebep de bir ihtilaf veya çatışmanın tarafı olan devletin kendisi açısından avantajlı olduğunu düşündüğü yargı yolunu kullanmak istemesidir. Tabiiyle bunun için meselenin en azından bir yönüyle CERD’in yorum ve uygulanmasına dair olması gerekir.

*Gürcistan v. Rusya Davası* Soykırım Sözleşmesi ve CERD ile ilgili bu değerlendirmelerimizi açıklayan tipik bir örnektir. Başlangıcı Sovyet-

---

<sup>29</sup> Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (*Georgia v. Russian Federation*) (2008); Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (*Ukraine v. Russian Federation*) (2017); Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (*Qatar v. United Arab Emirates*) (2018); Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (*Armenia v. Azerbaijan*) (2021); Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (*Azerbaijan v. Armenia*) (2021). Bütün bu davaların dayanak noktası CERD, madde 22’dir. Bu maddede taraf devletler arasında Sözleşme’nin yorumu ya da uygulanmasını ilgilendiren ve Sözleşme’de belirtilen usuller dâhilinde halledilemeyen herhangi bir ihtilaf, taraflar bir diğer çözüm yolunda uzlaşamazlarsa, ihtilafın tarafların biri tarafından UAD’ye götürülebileceği öngörülmektedir.

ler Birliği'nin dağılmasına kadar giden Gürcistan-Rusya ihtilafı 2008 yılında Rusya destekli Abhazya ve Güney Osetya'nın ayrılıkçı taleplerle Tiflis Hükümeti'ne karşı çıkmaları, Gürcistan'ın ülke bütünlüğünü korumak amacıyla kuvvet kullanması ve Rusya'nın silahlı kuvvetlerle Gürcistan'a doğrudan müdahalede bulunması sonucu sıcak çatışmaya dönüşmüştür. Bunun üzerine Gürcistan Rusya'nın Gürcistan'da ve çevresindeki eylemleriyle CERD'i ihlal ettiği iddiasıyla UAD'ye başvurmuştur. Rusya'nın savunmasıyla İsrail'in Gazze Soykırım Davasındaki savunması arasında büyük bir benzerlik bulunmaktadır. Rusya ırk ayırımına dair Gürcistan'la arasında bir ihtilaf bulunmadığını, eğer ihtilaftan bahsedilecekse bunun kuvvet kullanma, toprak bütünlüğü ve kendi geleceğini belirleme ilkeleri, iç işlerine müdahale ve uluslararası insancıl hukukla ilgili olabileceğini ileri sürmüştür. Eğer Divan bu davada CERD'e dayanarak *prima facie* yetkili olduğuna karar verirse, bundan sonraki bütün silahlı çatışma durumlarında taraflar CERD veya ayrımcılığı yasaklayan diğer sözleşmelerin Divan'a gitmek için yetki temeli oluşturduğunu düşüneceklerdir. Zira silahlı çatışmalarda değişik etnik kökenden bireylerin etkilenmesi kaçınılmazdır.<sup>30</sup> Hiçbir siyasi değerlendirme yapmadan sadece durum tespiti olarak belirtecek olursak, iki bölgesi Rusya destekli ayrılıkçıların denetiminde olan ve doğrudan Rus askeri müdahalesine maruz kalan Gürcistan'ın kendisini korumaktan aciz kaldığı ve de uluslararası siyasi ve askeri destekten mahrum olduğu<sup>31</sup> bu durumda tek "tutunacağı dal" uluslararası yargı kalmıştır. Uluslararası yargı siyasi ve askeri çözüm yolları gibi etkili değildir, fakat en azından meselenin uluslararası gündemde kalmasını, davanın kazanılması halinde Gürcistan'ın mağdur olduğunun tescil edilmesini sağlayacaktır. Gürcistan'ın Rusya'ya karşı yargı seçeneğini kullanmasının tek yolu meseleyi CERD bağlamına oturtup oradaki uzlaşma şartını (madde 22) devreye sokmaktır. Fakat ırk ayrımcılığının olsa olsa tali bir unsur gibi görüldüğü bu karmaşık meselenin tamamını CERD üzerinden dava konusu yapmak Divan'ın yargı

<sup>30</sup> Oral proceedings, Russian Federation, Verbatim Record CR 2004/23, 8 September 2008, s. 11 ve 13.

<sup>31</sup> Rusya daimi üye olduğundan Güvenlik Konseyi'nin karar alması zaten mümkün değildi. Ayrıca, Kosova'nın bağımsızlığı meselesinden dolayı Rusya'yla ilişkileri gerginleşen Batılı devletler sembolik protestolar dışında Gürcistan'ın yanında yer almamıştır.

yetkisinin sınırlarını zorlayan bir teşebbüstür. Nitekim başlangıçtan itibaren davanın seyrine yetki tartışmaları damga vurmuştur. Buna rağmen Divan Gürcistan'ın ihtiyati tedbirler alınması talebine yediye sekiz oyçokluğuyla da olsa müspet cevap vermiştir.<sup>32</sup> Fakat yetki kararı aşamasında Divan Rusya'nın itirazlarını dikkate alarak davaya bakmaya yetkili olmadığına karar vermiştir.<sup>33</sup>

*Gürcistan v. Rusya Davası* Divan'ın yetki şartları itibariyle *Güney Afrika v. İsrail Davası* ile şeklen benzer özellikler göstermektedir. Öncelikle belirtelim ki şekli benzerliklerden hareketle her durumu aynı şekilde değerlendirmek doğru değildir. İncelediğimiz davada Güney Afrika'nın sıradan bir silahlı çatışmayı soykırım olarak gösterdiği, dolayısıyla iyi niyet ilkesine aykırı davrandığını söylemek Gazze'de olan biteni görmezden gelen mesnetsiz bir iddiadır. Meselenin daha genel olan diğer yönü, UAD ve diğer uluslararası yargı mekanizmalarının kullanılmasyla ilgilidir. Yukarıda kısmen işaret ettiğimiz üzere devletler değişik sebeplerle çok taraflı anlaşmalardaki uzlaşma maddesini UAD önünde dava açmak için kullanabilir. Divan her durumun özel şartlarını dikkate alarak yargılamayla ilgili kurallar ve geçmiş kararların ışığında uzlaşma maddesinin yargı yetkisine temel teşkil edip etmediğine karar vermektedir. Dolayısıyla bu hususta iyi niyet ilkesinin ihlal edildiğine dair açık bir delil bulunmuyorsa devletlerin sebepleri üzerinden değerlendirme yapmak gereksizdir. Bütün bunlara rağmen Soykırım Sözleşmesi ve diğer çok taraflı sözleşmelerde ihtilaf halinde UAD'ye başvuru imkânı veren maddelerin kötüye kullanıma riski hep vardır. Devletler uzlaşma maddelerini kullanarak dava açmaya muvaffak olamazsalar bile en azından başvuru ve onunla birlikte ihtiyati tedbir talebinde bulunarak bir dava süreci başlatmakta ve kendi meselelerini uluslararası gündeme getirmek ve bu konuda Divan önünde yazılı ve sözlü mütalaada bulunmak fırsatı oluşturmaktadır. Uluslararası hukuk bu tür teşebbüsleri önlemek için gelişmiş mekanizmalara sahip değildir. Bu hususta söylenebilecek tek şey devletlerin bilerek ve isteyerek çok taraflı sözleşmelere katıldıkları ve

<sup>32</sup> Application of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (*Georgia v. Russian Federation*), Provisional Measures, Order of 15 October 2008, I.C.J. Reports 2008, § 149.

<sup>33</sup> Application of the CERD (*Georgia v. Russian Federation*), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011, § 187.

ihirazı kayıtla devre dışı bırakabilecekleri uzlaşma maddelerini kabul ettikleridir.

### C. “Divan Sadece İsrail’e Karşı Tedbir Alıyor” İddiası

Bir diğer iddianın konusu olan Güney Afrika’nın Divan’dan sadece İsrail’i bağlayan tedbirler talep etmesi biri normatif diğeri olgusal iki sebebe dayanmaktadır. Kural olarak Divan bir davada sadece tarafları bağlayan ihtiyati tedbir kararı alabilir. İkinci sebep de Divan’ın 26 Ocak 2024 tarihli ilk tedbir kararının dayanağı olarak yaptığı ve daha sonraki kararlarında da teyit ettiği *prima facie* tespitine göre Soykırım Sözleşmesi’yle korunan hakların tehlikeye girmesi veya ihlal edilmesi İsrail’in eylemlerinin sonucudur. Dolayısıyla İsrail’in kendisine karşı tedbir alınırken silahlı çatışmaların diğer tarafı (davanın değil) Hamas’a karşı tedbir alınmadığını söylemesi anlamsızdır. Keza yetki alanı Soykırım Sözleşmesi’yle sınırlı olan Divan’ın bu Sözleşme kapsamına girmeyen fiillerinden dolayı – davaya taraf olduğu varsayılabilir – Hamas’a karşı tedbir alması yetki aşımı olacaktır. İsrail’in mantığa aykırı olarak nitelendirdiği bu sonuç tam aksine hukuka da mantığa da uygundur. Zira Divan’ın İsrail’e karşı Soykırım Sözleşmesi kapsamında aldığı tedbirler, daha sonra değineceğimiz gibi askeri operasyonların durdurulmasıyla ilgili tedbirler dâhil, İsrail’i kendini savunmak hakkından mahrum bırakmamaktadır. Dolayısıyla bu açıdan İsrail’in Hamas’a karşı elinin kolunun bağlandığı iması doğru değildir.

İsrail önceki tedbir kararlarıyla ilgili mütalaalarında da sık sık vurguladığı gibi meşru ve tabii bir hak olan kendini savunma hakkını soykırım iddiasının karşısına koymaktadır. Oysa İsrail’in eylemlerini nitelendirirken iki seçenekten birisi doğrudur anlayışıyla yaklaşmak hatalıdır. İsrail’in bu olayda meşru müdafaa hakkı bulunduğu varsayılabilir<sup>34</sup> bu çerçevede yaptığı operasyonların maksadını aşır soykırıma dönüşmesi pekâlâ mümkündür ve hiçbir taraf devlet de meş-

<sup>34</sup> Bu varsayımın doğru olmadığı ve İsrail’in işgal altında tuttuğu Filistin topraklarında meşru müdafaa hakkından söz edilemeyeceği bu davada verilen önceki ihtiyati tedbir kararlarını incelediğimiz makalemizde hukuki dayanaklarıyla açıklanmaktadır. M.E. Çağırın, “Soykırım Sözleşmesi’nin Gazze’de Uygulanması Davasında Uluslararası Adalet Divanı’nın İhtiyati Tedbir Kararı”, op. cit., s. 351.

ru müdafaa halinde Soykırım Sözleşmesi’ndeki yükümlülüklerinden muaf değildir. Keza muhalif hâkimlerin Divan’ın kısa süre içerisinde İsrail’e yönelik birden fazla ihtiyati tedbir kararı almasını, bilhassa askeri operasyonlara son verilmesi tedbirini çatışmalara müdahale olarak nitelendiren görüşü de hatalıdır. Soykırım (veya soykırım riski) askeri operasyonlar sonucu ortaya çıkıyorsa tedbirlerin bu operasyonları konu edinmesi zaruridir; başka türlü alınan her karar “esasla ilgili karar verilene kadar tarafların hakkını korumak” amacına ters düşmüş olacaktır.

İsrail’in kendisine karşı tedbir alınırken çatışmanın diğer tarafına karşı hiçbir tedbir alınmaması – daha yerinde bir ifadeyle Divan Statüsü madde 59 gereği alınmaması – tenkidi yukarıda açıkladığımız gibi yargılama usulünü düzenleyen kuralların ve fiili durumun bir sonucu olmakla beraber teorik olarak üzerinde durulması gereken bir meseleye işaret etmektedir. Divan’ın yetki ve usulle ilgili kuralları devletler arası ilişkilerde karşılıklı hak ve yükümlülük getiren esas olarak *intersubjective* mahiyetteki andlaşma veya teamül kaynaklı kurallarla ilgili ihtilafların haline yöneliktir.<sup>35</sup> Bu düzenleme Statü’nün ilk kalem alındığı 1920’li yıllardaki anlayışa uygun düşmektedir. Fakat uluslararası hukuktaki gelişmelerin sonucu olarak yükümlülüklerin mahiyetinde bir farklılaşma ortaya çıkmıştır. Divan’ın *Barcelona Traction Davası* kararında belirttiği gibi “bir devletin bir bütün olarak uluslararası topluma karşı yükümlülükleri ile diplomatik koruma bağlamında başka bir devlete karşı yükümlülükleri arasında temel bir ayırım yapılmalıdır. Niteliği gereği önceki yükümlülükler bütün devletleri ilgilendirmektedir. Söz konusu hakların önemi göz önünde bulundurulduğunda, tüm devletlerin bu hakların

<sup>35</sup> Statü, madde 38, § 1a’da uluslararası andlaşmaların “genel ve özel” olarak ayrılması çok taraflı andlaşmalar-ikili andlaşmalar veya kural koyucu andlaşmalar-akit andlaşmalar gibi sınırları çok da net olmayan doktrindeki sınıflandırmaların bir ifadesidir. Her halükarda Divan kararına esas oluşturacak bir andlaşmayı genel veya özel olarak nitelendirme yaparak farklı bir usul izlememektedir. A. Pellet’in Divan Statüsü’nün yorumunda yazdığı gibi “Bu ayrımların önemi ne olursa olsun, madde 38, § 1a’daki genel ve özel andlaşmalar farklılaştırmasını kapsamadığı bir gerçektir; zaten bu ayırımın Divan’ın işlevi çerçevesinde herhangi bir etkisi bulunmamaktadır”. A. Pellet, “Article 38” in A. Zimmermann and alia (ed.), *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary, Second Edition*, Oxford University Press, 208 (Bundan sonra *The Statute of ICJ, A Commentary*. Eserin orijinal ve pdf versiyonlarında sayfa numarası yerine kenar numarası kullanılmaktadır).

*korunmasında hukuki menfaatleri olduğu kabul edilebilir; bunlar erga omnes yükümlülüklerdir”.*<sup>36</sup>

*Erga omnes* yükümlülüğü ihdas eden hukuki işlem bir andlaşma veya teamül olabilir.<sup>37</sup> Soykırım yasağı öncelikle bir andlaşmayla (Soykırım Sözleşmesi) getirilmiştir. “Taraf olan tüm devletler soykırımın önlenmesi, bastırılması ve cezalandırılmasını sağlamak konusunda ortak bir menfaate sahip oldukları Soykırım Sözleşmesi’nde yer alan yükümlülükleri yerine getirme taahhüdünde bulunmuştur. Böyle bir ortak menfaat söz konusu yükümlülükler hususunda herhangi bir taraf devleti Sözleşmeye taraf olan diğer tüm devletlere karşı borçlu kılmaktadır. Bu yükümlülükler *erga omnes partes* yükümlülüklerdir, yani her taraf devletin her durumda bu yükümlülüklere uyulması konusunda menfaati vardır. Soykırım Sözleşmesi kapsamındaki ilgili yükümlülüklerle uyma konusundaki ortak menfaat herhangi bir taraf devletin ayırım gözetmeksizin *erga omnes partes* yükümlülüklerinin ihlali iddiası nedeniyle başka bir taraf devletin sorumluluğunu ileri sürme hakkına sahip olmasını gerektirir. Buna göre Divan’ın görüşü odur ki Soykırım Sözleşmesi’ne taraf olan herhangi bir devlet başka bir taraf devletin sorumluluğunu ileri sürebilir; buna o devletin Sözleşmedeki *erga omnes partes* yükümlülüklerine uymadığı iddiasıyla ilgili karar vermesi ve ihlale son vermesi amacıyla Divan önünde dava açmak da dâhildir”.<sup>38</sup>

Ezcümle Soykırım Sözleşmesi taraf devletlerin “özel menfaatleri”<sup>39</sup> zarar görmese bile dava açma hakkı tanımakta, yani bütün taraflara bir tür *actio popularis* hakkı vermektedir. Divan’ın savunduğu bu görüş

<sup>36</sup> Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970, s. 32, § 33.

<sup>37</sup> Bazı kurallar ise hem teamül hem akdi kaynaklı olabilir ve içerik olarak aynı olsalar bile ayrı kurallar olarak varlıklarını sürdürür. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, §§ 176-179.

<sup>38</sup> Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), Order, 26 January 2024, § 33; Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2022 (II), § 107; Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012 (II), § 68.

<sup>39</sup> Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2022, § 108.



klasik sorumluluk teorisine göre ileri bir aşamayı temsil etmektedir. Fakat Divan Statüsü’nün ve İç Tüzüğü’nün ilgili maddeleri esas olarak özel menfaatin korunması anlayışına dayanmakta ve Sözleşme’de ifadesini bulan ortak değerler ve menfaatlerin korunmasının önünde engel oluşturabilmektedir. Bunun tipik misali Statü’nün 36 ve 59. maddelerine göre davaya taraf olanların dışındakilere yönelik karar alınamamasıdır. Soykırım Sözleşmesi taraf devletlere soykırımı önleme yükümlülüğü de getirmektedir. Buna göre bilfiil soykırım suçunu işleyen A devletine karşı B devletinin açtığı davada Divan’ın ihtiyati tedbir şeklinde veya hüküm olarak A devleti aleyhine karar alması mümkünken A devletine yardım etmek suretiyle soykırım suçunun işlenmesine ortak olan veya A devletini engellemek için gerekli çabayı göstermekten açıkça imtina eden diğer devletlere (mesela C, D, E devletlerine) yönelik karar alınamamaktadır. Oysa dava konusu özel menfaat değil, ortak menfaattir. Soykırımı, işkenceyi veya köleliği yasaklayan kuralları *erga omnes* (şayet bunlar aynı zamanda bir Sözleşmenin konusu ise *erga omnes partes*) yükümlülükler yoluyla uluslararası düzenin temelini oluşturan ortak menfaatleri koruyan kurallar olarak ilan ettikten sonra bunların uygulanmasında Divan’ı özel menfaat mantığı içerisine hapsetmek bir eksikliklerdir. Bu eksikliğin sebebi uluslararası hukukun maddi kurallar, usul kuralları ve bunları değerlendirecek ve uygulayacak kurumsal yapılar ve mekanizmalar bakımından birbirini tamamlayacak şekilde bir gelişme gösterememiş olmasıdır.

## II. KARARIN MUHTEVASI

### A. Genel Olarak

24 Mayıs 2024 tarihinde Divan’ın kararlaştırdığı ihtiyati tedbirler beş husus üzerine odaklanmaktadır: önceki kararların teyidi, Refah bölgesinde askeri operasyonlar; insani yardımlar, uluslararası araştırma-soruşturma misyonları; İsrail’in rapor yükümlülüğü.

Bir davada birden fazla ihtiyati tedbir kararı alındığında Divan gelişmeleri dikkate alarak önceki kararı (veya kararları) nakzeden tamamen yeni tedbirlerden oluşan bir karar alabileceği gibi öncekileri kısmen değiştiren veya öncekilere ilave teşkil edecek şekilde karar alabilir. 24 Mayıs kararı yeni bir tedbir zikretmeden önce ilk paragrafında

26 Ocak ve 28 Mart 2024 tarihlerinde<sup>40</sup> alınan tedbirleri teyit etmekte ve onların derhal ve etkili bir şekilde uygulanması gerektiğini belirtmektedir.<sup>41</sup> Dolayısıyla, gerekçesinde belirtildiğinden farklı olarak kararda değişiklikten ziyade önceki kararlardaki tedbirlerin devam ettirilmesi söz konusudur. Aslında aşağıda diğer tedbirlerle ilgili olarak değineceğimiz üzere kuvvet kullanma ile ilgili tedbir dışında Divan öncekileri değiştiren değil, onları açıklayan/yorumlayan tedbirler almıştır.<sup>42</sup> Böylece teyit kararıyla 24 Mayıs kararının muhtevası önceki kararlarda alınan tedbirleri de içine alacak şekilde genişletilmiştir.

Teyit paragrafını müteakip üç tedbir İsrail'in Soykırım Sözleşmesi'ne uygun davranma yükümlülüğü ile Refah'ta kötüleşen şartlar çerçevesinde kararlaştırılmıştır. Bu tedbirleri "*İsrail Devleti Soykırım Sözleşmesi'ndeki yükümlülüklerine uygun olarak ve Refah Vilayetinde sivillerin kötüleşen hayat şartlarını dikkate alarak*"<sup>43</sup> alacaktır.

## B. Askeri Saldırıların Durdurulması

Tedbirlerden ilki Refah Vilayetinde askeri saldırıların ve Gazze'deki Filistinlileri fiziki varlıklarını tamamen veya kısmen ortadan kaldıracak şartlar içerisine sokacak diğer eylemlerin derhal durdurulmasıdır.<sup>44</sup> Öncelikle belirtelim ki cümlenin ikinci kısmı Soykırım Sözleşmesi'nin soykırım teşkil eden fiillerin sayıldığı madde II, c bendinin tekrarıdır. Hâsılı ne Divan'ın önceki kararları bakımından ne de İsrail'in uluslararası yükümlülükleri bakımından herhangi bir yenilik getirmemekte, zaten mevcut olan bir taahhüdü tekrarlamaktadır. Cümlenin ilk kısmında yer alan askeri saldırıların durdurulmasını öngören tedbir ise 24 Mayıs kararının önceki kararlara göre tek farklı ve yeni olan unsurudur. Bu tedbirle Divan bu zamana kadar ihmal edip eksik bıraktığı önemli bir boşluğu tamamlamıştır. Fakat öte yandan ülkesini ve vatandaşlarını korumak ve terörizmle mücadele etmek iddiasındaki bir devletin kuvvet kullanma hakkını sadece *prima facie* yetkili olduğu veya diğer deyişle henüz tam olarak yetkili olduğuna

<sup>40</sup> Divan daha önce aslında üç kez ihtiyati tedbir alınmasını görüşmüş fakat 15 Şubat'ta yeni bir karar almak yerine 26 Ocak kararını teyit etmekle yetinmiştir.

<sup>41</sup> Order 24 May, § 57 (1).

<sup>42</sup> Order 24 May, Declaration of Judge Nolte, §§ 12-16.

<sup>43</sup> Order 24 May, § 57 (2).

<sup>44</sup> Order 24 May, § 57 (2, a).



karar vermediği bir dava vesilesiyle yasaklamakla Kararın Hukuki Temelleri bölümünde değindiğimiz üzere Divan’ın yetkisi ve ihtiyati tedbirlerin işlevleriyle ilgili tartışmalara kapı açmıştır. Tedbir İsrail ve karara muhalif olan hâkimler tarafından da şiddetle tenkit edilmiştir.

Ancak, silahlı kuvvet kullanılmasına ilişkin tedbirin muhtevasını dikkate aldığımızda tenkitlerin haklı olmadığını ve Divan’ın oldukça hassas bir şekilde meşru müdafaa hakkı ile ihtiyati tedbir arasında denge kurduğunu söyleyebiliriz. Şöyle ki Divan Güney Afrika’nın teklifindeki “askeri operasyonlar” (*military operations*) yerine “askeri saldırı” (*military offensive*) ifadesini kullanmaktadır. Nüans önemlidir, çünkü operasyon terimi saldırı veya taarruz terimlerinden daha geniş kapsamlıdır ve askeri kuvvetlerin kullanıldığı her türlü faaliyet operasyon kapsamında değerlendirilir. Buna göre tedbir İsrail’in her türlü askeri faaliyetini yasaklamamakta, sadece saldırı olarak nitelendirilebilecek olanlar hedef alınmaktadır. Terör eylemlerini önlemek veya vukuu halinde mukabele etmek ve kovuşturma tedbirleri almak, vatandaşların can ve mal güvenliğini koruyan tedbirlere başvurmak, kısaca Filistinli sivillere yönelik saldırılar dışındaki bütün askeri faaliyetler kapsam dışıdır.

Yoruma açık olmakla birlikte, tedbirin kaleme alınış şeklinden silahlı kuvvet kullanma yasağına konu itibariyle (*ratione materiae*) getirilen bir başka sınırlandırmadan da bahsedilebilir.<sup>45</sup> Tedbirde yer alan “Gazze’deki Filistinlileri fiziki varlıklarını tamamen veya kısmen ortadan kaldıracak şartlar içerisine sokacak” ifadesi “diğer eylemler” yanında “askeri saldırıları” da tanımlıyor şeklinde anlaşılabilir. Bu yorumun kabul edilmesi halinde tedbir her türlü askeri saldırıyı değil, sadece soykırım riski ortaya çıkaracak saldırıları yasaklamaktadır. Kanaatimize göre böyle bir yorum Divan’ın meseleye yaklaşımı ve etki doğurma ilkesine ters düşmektedir. İhtiyati tedbirlerin amacı Soykırım Sözleşmesi’yle korunan hakların nihai hüküm verilinceye kadar telafi edilmez şekilde çiğnenmesini önlemektir. Divan’ın davanın bu aşamasında *prima facie* olarak kabul ettiği üzere Gazze’deki Filistin hal-

<sup>45</sup> Tedbir kararda şöyle ifade edilmektedir: “Immediately halt its military offensive, and any other action in the Rafah Governorate, which may inflict on the Palestinian group in Gaza conditions of life that could bring about its physical destruction in whole or in part”.

kının soykırımı maruz kalması veya en azından soykırım riski altında olmasının sebebi İsrail'in askeri operasyonlarıdır. Askeri operasyonların tamamen yasaklanması yerine askeri saldırıların yasaklanmasına devletin kendisini ve vatandaşlarını koruma hakkı bağlamında gerekçe üretilebilir fakat Refah bölgesine sıkışmış ve her türlü darbeye açık hale gelmiş çoğu kadın ve çocuk yüzbinlerce insanın zaten hâlihazırda maruz bırakıldıkları şartların sonucu fiziki varlıklarının ortadan kalkmakta olduğu dikkate alınırsa her türlü askeri saldırının soykırım fiilini oluşturacağı açıktır. Durum böyle iken Divan'ın tedbiri daha açık bir şekilde ifade etmesi ve farklı yorumlara imkân veren ifadeler kullanmaktan kaçınması daha isabetli olurdu.

İncelediğimiz tedbirde silahlı kuvvet kullanma (saldırı) yasağının kapsamı yer bakımından (*ratione loci*) da sınırlanmaktadır. Tedbire göre İsrail Refah Vilayeti içerisinde saldırı eyleminde bulunmayacaktır. Diğer deyişle, Refah dışında Gazze'nin geri kalan yerlerinde herhangi bir kısıtlama söz konusu değildir. Gazze nüfusunun büyük kısmının Refah ve çevresine sığındığı doğrudur. Divan kararında diğer bölgelerde kendi ülkesinin toprakları üzerinde yaşayanların benzer şekilde korunma haklarından niçin mahrum edildiklerine dair bir açıklama bulunmamaktadır. Soykırım yasağının her yerde herkes için geçerli olduğu açıkken Divan'ın en başta ilk kararında alması gereken askeri operasyon yasağı tedbirini aylardır hız kesmeden devam eden katliamlardan sonra yoruma açık ifadelerle adeta kuşa çevirerek alması büyük bir soru işaretidir.

### C. Hukuki Temeller ve Durumda Değişiklik Şartı

İkinci tedbir insani yardımlarla ilgilidir: "Acil olarak ihtiyaç duyulan temel hizmetlerin ve insani yardımın engelsiz bir şekilde sağlanması için Refah sınır kapısının açık tutulması".<sup>46</sup> Davanın konusunu sınırları itibariyle ele alacak olursak insani yardım meselesi Gazze saldırısının başlangıcında tali bir mesele idi. Asıl mesele İsrail saldırılarının sebep olduğu kitlesel ölümler ve topluca yerinden etme gibi soykırım suçu kapsamına giren fiiller idi. Fakat kısa sürede yerleşim yerlerinin, su ve yiyecek tedarik merkezlerinin ve sağlık kuruluşlarının tahrip edilmesi ve bunlara ilaveten Gazze'ye dışarıdan yardım

<sup>46</sup> Order 24 May, § 57 (2, b).

ulaşmasının engellenmesi Soykırım Sözleşmesi madde II’de soykırım olarak nitelenen beş fiilden dördünün silahlı saldırıların yanında temel ihtiyaç maddelerinden mahrum bırakmakla işlenmesi (veya işlenme riskini) sonucunu ortaya çıkardı. Ablukanın soykırım aracına dönüşmesi insani yardımı asıl mesele haline getirdi. İnsani yardımın ihtiyati tedbirlerin konusu olması Soykırım Sözleşmesi’nin Gazzelilere tanıdığı hakların korunması lüzumundan kaynaklanmaktadır.

Önceki kararlarında aldığı tedbirler neredeyse tamamen insani yardımlar üzerine olan Divan konuyu bu defa kısa ve “kısıtlı” bir şekilde ele almıştır.<sup>47</sup> Önceki kararlar teyit edildiğine göre onlarda öngörülen insani tedbirlerin devam ettiği dolayısıyla bu hususta boşluk bulunmadığı söylenebilir. Fakat ilk kararından beri birçok hususu tekrarlayan Divan konunun önemine binaen insani yardım meselesinde de aynı yolu izleyebilirdi. Ayrıca, İsrail’in Gazze’de silahlı kuvvet kullanmasının konu ve yer bakımından oldukça sınırlı bir şekilde yasaklanması, önceki kararlardaki bütün Gazze’ye insani yardım öngören tedbirler geçerli olmaya devam etse bile, insani yardımların Refah dışında nasıl gerçekleşeceğini belirsiz hale getirmiştir.

Refah sınır kapısı bölgeye dışarıdan insani yardım girişinde en önemli geçiş noktasıdır. Mevcut durumda Filistinlilerin büyük çoğunluğunun Refah’ta olması özellikle bu sınır kapısına vurgu yapılmasına sebep olmuştur. Ancak, İsrail sistematik olarak yardım konvoylarını engellemekte hatta askeri hedef yapmaktadır.<sup>48</sup> Dolayısıyla kapının

<sup>47</sup> Divan 26 Ocak ve 28 Mart kararlarında mevcut ve muhtemel durumları dikkate alarak insani tedbirler öngörmüştür: “Kara geçiş noktalarının kapasite ve sayılarının artırılması ve gerekli olduğu sürece açık tutulması da dâhil olmak üzere, Gazze’deki Filistinlilere gıda, su, elektrik, yakıt, barınma, giyim, hijyen ve sağlık ihtiyaçlarının yanı sıra tıbbi malzeme ve tıbbi bakım da dâhil olmak üzere acilen ihtiyaç duyulan temel hizmetlerin ve insani yardımın ilgili tüm taraflarca engelsiz bir şekilde sağlanması için Birleşmiş Milletler ile tam bir işbirliği içinde gerekli ve etkili tüm tedbirleri gecikmeksizin alınması” (Order 28 March, § 51). Refah kapısıyla ilgili tedbiri yeni bir tedbirden ziyade önceki insani tedbirlerin özel bir durumla ilgili yorumlanıp açıklığa kavuşturulması olarak görebiliriz.

<sup>48</sup> İsraili yetkililerin konuya bakışını gösteren bir örnek olarak İsrail Ulusal Güvenlik Bakanı’nın insani yardım konvoylarına yapılan saldırılarla ilgili bir soruya verdiği cevabı anabiliriz: “Yardım kamyonlarını esas durdurması gereken Kabinedir” (Ben Gvir: The cabinet should be stopping Gaza aid trucks – not protesters), The Times of Israel, 19 May 2024, nakleden Hâkim Nolte, Order 24 May, Declaration of Judge Nolte, § 23.

İsrail tarafının açık tutulması ve yardımların sınırdan geçmesi kadar içeride yardımların yerine ulaşmasının engellenmemesi de hayati önemi haizdir. Tedbirde bunu sağlamaya yönelik bir açıklama bulunmamaktadır. Eksik kalan bir diğer husus da Gazze ve Refah'taki şartlar dikkate alındığında insani yardımın engellenmesine yönelik her türlü faaliyetin soykırım olarak nitelendirileceğini hatırlatan bir ikazdır; böyle bir ikazın İsrail tarafından gelecek muhtemel engelleri (en azından kısmen) caydırıcı rol oynayacağı söylenebilir. Burada bir eksikliğe işaret etmemiz kendimizi Divan'ın yerine koyarak ne yapılması gerektiğini söylemek amacı taşımamaktadır. Eksiklik değerlendirmemiz, Divan'ın öncekiler dâhil bütün kararlarında Gazze'deki hayat şartlarının dayanılmaz bir noktaya geldiğini ve insani yardım sağlanmaması halinde on binlerce Filistinlinin açlıktan ve hastalıktan hayatı kaybetme riskiyle karşı karşıya olduğunu vurgulamasına ve yukarıda *Order 28 March*, § 51'e atıfla andığımız tedbirde olduğu gibi bu meseleyi teferruatıyla düzenlemeye çalışmasına<sup>49</sup> (söz konusu insani tedbir oybirliğiyle kabul edilmiş, diğer tedbirlere muhalefet eden Hâkim Sebutinde ve İsrail'in atadığı *ad hoc* Hakim Barak da müspet oy kullanmıştır) rağmen durumun daha da kötüleştiği tespiti yaptığı bir zamanda insani yardım teminini sağlama almak için gerekli tedbirleri almamasına işaret etmektedir.

#### D. Delillerin Toplanması ve Rapor Yükümlülüğü

24 Mayıs kararında alınan üçüncü tedbir delillerin toplanmasını konu edinmektedir. Divan bu amaçla İsrail'den "*soykırım iddialarını araştırmak üzere BM'nin yetkili organları tarafından görevlendirilen herhangi bir soruşturma komisyonu, gerçekleri araştırma misyonu veya diğer araştırma organlarının Gazze Şeridi'ne engelsiz erişimini sağlamak için etkili tedbirler*" almasını istemektedir. İhtiyati tedbirlere konu olan insani yardım, askeri operasyonlar gibi diğer hususlarda olduğu gibi bu konuda da Divan'ın başlangıçtan itibaren deyim yerindeyse "*dağınık*" yaklaşımı dikkat çekmektedir. Ortada bir soykırım iddiası varsa ve Divan bu iddiayı - *prima facie* de olsa - kabul edilebilir bulmuşsa bu

<sup>49</sup> Söz konusu insani tedbir oybirliğiyle kabul edilmiş, diğer tedbirlere muhalefet eden Hâkim Sebutinde ve İsrail'in atadığı *ad hoc* Hâkim Barak da müspet oy kullanmıştır.

iddianın aydınlatılabilmesi için gerekli delillerin toplanması, muhafaza edilmesi ve değerlendirilmesinin ne kadar önemli olduğu izahtan varestedir. Divan ilk ihtiyati tedbir kararındaki (26 Ocak) tedbirlerden birisini bu konuya ayırmıştır. Fakat o kararında Divan delil toplamaktan ziyade delillerin korunması üzerinde durmuş ve “Gazze’deki Filistinlilere karşı Soykırım Sözleşmesi’nin II. ve III. maddeleri kapsamındaki fiiller ile ilgili iddialara ilişkin delillerin yok edilmesini önlemek ve korunmasını sağlamak için” tedbir alma işini de münhasıran İsrail’e havale etmiştir. Bir devletin tamamen kendi kontrolünde olan ve dış dünyaya kapatılmış bir bölgede hiçbir şekilde kabul etmediği soykırım iddiasıyla ilgili olarak kendi aleyhine olabilecek, üstelik henüz tespit edilmemiş ve toplanmamış delilleri muhafaza yükümlülüğü fiilen bir anlam ifade etmemektedir.

24 Mayıs kararındaki tedbir Divan’ın bu kez meseleye daha makul yaklaştığını göstermektedir. Fakat burada da şeklen doğru formüle edilmiş tedbirin uygulamada etkili olmasını zorlaştıran hususlar bulunmaktadır. Öncelikle, *münhasıran* Gazze’de soykırım iddialarıyla ilgili olarak “BM’nin yetkili organları tarafından görevlendirilen herhangi bir soruşturma komisyonu, gerçekleri araştırma misyonu” bulunmamaktadır.<sup>50</sup> Suriye iç savaşında BM Genel Kurulu İnsan Hakları Konseyi çatışmaların hemen başlangıcında vakit geçirmeden Ağustos 2011’de aldığı bir kararla Mart 2011’den bu yana Suriye’deki insan hakları ihlallerini soruşturmak ve bulgularına ilişkin kamuya açık raporlar sunmakla görevli Suriye Arap Cumhuriyeti Bağımsız Uluslararası Araştırma-Soruşturma Komisyonu kurmuştur.<sup>51</sup> BM Genel Kurulu 2016 yılında bu kez Suriye Arap Cumhuriyeti’nde Mart 2011’den Bu Yana İşlenen Uluslararası Hukuka Göre En Ciddi Suçlardan Sorumlu Şahısların Soruşturulmasına ve Kovuşturulmasına Yardımcı Uluslararası, Tarafsız ve Bağımsız Mekanizma adıyla yeni bir organ kurmuş-

<sup>50</sup> Filistin’le ilgili halen görev yapmakta olan 1968 yılında kurulan Birleşmiş Milletler Filistin Halkının ve İşgal Altındaki Topraklarda Yaşayan Diğer Arapların İnsan Haklarını Etkileyen İsrail Uygulamalarını Araştırma Özel Komitesi, Doğu Kudüs dâhil olmak üzere İşgal Altındaki Filistin Topraklarına ilişkin Bağımsız Uluslararası Soruşturma Komisyonu gibi organlar bulunmaktadır. Burada işaret ettiğimiz Gazze’de soykırım iddiasıyla ilgili araştırma yapacak özel organın yokluğudur.

<sup>51</sup> S-17/1 Situation of human rights in the Syrian Arab Republic. Resolution adopted by the Human Rights Council at its seventeenth special session, 22 Ağustos 2011.

tur. Komisyonla işbirliği içinde çalışan Mekanizmaya verilen iki temel görev uluslararası insancıl hukuk ihlalleri ile insan hakları ihlalleri ve istismarlarına ilişkin delilleri toplamak, birleştirmek, muhafaza etmek ve analiz etmek ve ulusal, bölgesel veya uluslararası mahkemelerde adil ve bağımsız ceza yargılamalarını kolaylaştırmak ve hızlandırmak amacıyla dosyalar hazırlamaktır.<sup>52</sup> Suriye Hükümeti tarafından ülkeye giriş izni verilmemesine rağmen Mekanizma bugüne kadar çok sayıda delil toplamış, değerlendirmiş ve yargılama sürecinde kullanılmaya hazır dosyalar haline getirmiştir.<sup>53</sup> BM Güvenlik Konseyi gibi veto engeline takılma ihtimali bulunmayan Genel Kurul'un ve Genel Kurul'un bir alt organı olarak çalışan İnsan Hakları Konseyi'nin benzer mekanizmaları Gazze için kurmamış olmaları bir yargı organı olarak Divan'ın tamamen dışında ve siyasi sebeplerle açıklanabilecek bir durumdur. BM yetkili organlarının yokluğunda tedbirde öngörülen delil toplama işi "diğer araştırma organlarına" kalmaktadır. Diğer araştırma organları ifadesinin içine BM dışında herhangi bir evrensel veya bölgesel örgüt çerçevesinde kurulan veya hükümet dışı örgütler ve diğer sivil inisiyatiflerle kurulan organlar girmektedir. İsrail'in birçok hususta BM alt organları veya BM ile birlikte çalışan kuruluşları Hamas'a yardım etmekle suçladığı<sup>54</sup> bir ortamda soykırımı araştırmak isteyen sivil kuruluşlara sıcak bakmayacağı açıktır.

Bu bağlamda Divan'ın *Gambiya v. Myanmar, Kanada ve Hollanda v. Suriye Davalarında* benzer talepleri reddettiği ve bu tür soruşturma misyonlarının ilgili devletin rızasına tabi olması gerektiği düşüncelerinden hareketle İsrail'in egemen bir devlet olarak BM veya diğer bir kuruluşa izin vermek gibi bir zorunluluğunun bulunmadığı iddia edilmiştir.<sup>55</sup> Dışarıdan bir uluslararası araştırma veya soruşturma komisyonunun ülke içerisinde faaliyette bulunması ilgili devletin rızasına tabidir. Fakat UAD ihtiyati tedbir olarak uluslararası komisyonların engellenmemesi yönünde bir karar almışsa devletin bu konuda artık seçme hakkı bulunmamaktadır. Esasen bu durum rıza ilkesine

<sup>52</sup> A/RES/71/248, 21 Aralık 2016.

<sup>53</sup> Mekanizma ile ilgili bütün bilgilere <https://iiim.un.org/> internet sitesinden ulaşılabilir.

<sup>54</sup> Oral proceedings, Israel, Verbatim Record CR 2024/28, 17 May 2024, s. 17-8.

<sup>55</sup> Order 24 May, Dissenting opinion of Judge Sebutinde, § 26; Dissenting opinion of Judge Barak, § 30.



uygundur, zira davaya taraf devletler Divan’ın yargılama yetkisini ve bu bağlamda alacağı kararı peşinen kabul etmişlerdir. Anılan davalarda Divan’ın başvuru devletlerin uluslararası komisyonların araştırma ve delil toplama taleplerine aldığı ihtiyati tedbirler arasında yer vermemesi özel şartlardan kaynaklanmaktadır. Myanmar olaylarında uluslararası basın-yayın organları olayların geçtiği yerlerde kayıt yapma ve haber toplama imkânına sahipti. Suriye’de ise, Divan kararında bir açıklık getirmemekle birlikte, çatışan grupların saha hâkimiyetleri değişken olduğundan güvenlik açısından uluslararası bir misyonun görev yapması uygun görülmemiştir. Her halükarda her olayın özel şartları ve uygulamadaki duruma göre verilen bu tür kararlar emsal teşkil etmeyeceğinden Divan’ın Gazze kararında böyle bir tedbir alması uygulamayla ilgili değindiğimiz zorluklar bir tarafa yetkisi dâhilinde bir tasarruftur ve soykırım iddialarının gerçekliğinin anlaşılması bakımından önemlidir.<sup>56</sup>

24 Mayıs kararında son husus İsrail’in rapor yükümlülüğü üzerinedir. İç Tüzüğe göre Divan “aldığı ihtiyati tedbirlerin uygulanmasıyla bağlantılı herhangi bir konuda taraflardan bilgi talep edebilir”.<sup>57</sup> Divan şimdiye kadar birçok kararında taraflardan tedbirlere uyup uymadığı konusunda bilgilendirme yapmalarını istemiştir.<sup>58</sup> Soykırım Sözleşmesi’nin uygulanması ve yorumuyla ilgili iki davada – *Gambiya v. Myanmar ve Güney Afrika v. İsrail Davaları* – verilen ihtiyati tedbir ka-

<sup>56</sup> Bununla birlikte, Divan’ın geçmişte delil toplama veya olayların araştırılması için komisyonlar veya uzmanlar tayin ettiği örnekler çok azdır. Anna Riddell, “Evidence, Fact-Finding, and Experts” in Cesare P. R. Romano et al (Ed.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford University Press, 2014, s. 856-7.

<sup>57</sup> İç Tüzük, madde 78.

<sup>58</sup> Mesela bk. *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 5 February 2003, I.C.J. Reports 2003, § 59/I, b; Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)* (Mexico v. United States of America), Provisional Measures, Order of 16 July 2008, I.C.J. Reports 2008, § 80/II, b; Application of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (*Georgia v. Russian Federation*), Provisional Measures, Order of 15 October 2008, I.C.J. Reports 2008, § 149/4, d; Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (*Costa Rica v. Nicaragua*), Provisional Measures, Order of 8 March 2011, I.C.J. Reports 2011, § 86/4; Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (*Cambodia v. Thailand*) (*Cambodia v. Thailand*), Provisional Measures, Order of 18 July 2011, I.C.J. Reports 2011, § 69/c.

rarlarında ise bilgilendirmenin rapor şeklinde olması öngörülmüştür. Anılan iki davada *erga omnes* yükümlülüklerin ihlali söz konusudur; taraflardan birisi ihtilafın sebebini teşkil eden çatışmalara doğrudan karışmamıştır ve Divan sadece davalı devletten tedbirlerin uygulanmasıyla ilgili rapor talep etmektedir.<sup>59</sup> *Gambiya v. Myanmar Davasında* Divan Myanmar'dan karar tarihinden itibaren dört ay içerisinde ilk raporunu ve daha sonra nihai karar verilinceye kadar her altı ayda bir yeni rapor vermesini istemiştir.<sup>60</sup> İncelediğimiz davada 26 Ocak ve 28 Mart kararlarında yer alan rapor yükümlülüğü aynı kelimelerle 24 Mayıs kararında da tekrarlanmaktadır: “İsrail bu kararın uygulanması için aldığı tüm tedbirler hususunda karar tarihinden bir ay içerisinde Divan'a bir rapor sunacaktır”.<sup>61</sup> Divan'a verilen raporların içeriğiyle ilgili davacı devlet bilgilendirilmekte fakat raporlar yayımlanmamaktadır.

Bilgilendirme ve rapor verme taleplerine uyulmaması halinde bir belirsizlik söz konusudur. Bu konuda Divan'ın uygulamada yerleşmiş, düzenli bir yaklaşımından bahsetmek güçtür. Kimi davalarda verilen kararlarda ilgili tarafların bilgilendirme yaptığı belirtilmiş, kimi kararlarda konuya hiç değinilmemiştir.<sup>62</sup> Farklı bir uygulama olarak *Gambiya v Myanmar Davasında* BM Genel Sekreterinin davayla ilgili açıklamasında ve BM Genel Kurulunun kararında Myanmar'ın rapor yükümlülüğünü düzenli bir şekilde yerine getirdiğini not ettiklerini belirtelim.<sup>63</sup> İncelediğimiz davada ise verilen ihtiyati tedbir kararlarında bir önceki kararda talep edilen raporun İsrail tarafından zamanında sunulduğuna dair bilgi paylaşılmıştır.<sup>64</sup> Bilgilendirme ve rapor talebi

<sup>59</sup> The Gambia v. Myanmar, Provisional Measures, Order of 23 January 2020, I.C.J. Reports 2020, § 86/4; Order 24 May, § 57/3.

<sup>60</sup> Order of 23 January 2020, I.C.J. Reports 2020, § 86/4.

<sup>61</sup> Order 24 May, § 57/3.

<sup>62</sup> Teferruatlı bilgi için bk. K. Oellers-Frahm, “Article 41” in The Statute of ICJ, A Commentary, 71-72.

<sup>63</sup> United Nations, Press Release: Secretary-General Welcomes International Court of Justice Order on The Gambia v. Myanmar Genocide Convention Case, SG/SM/19946, 23 January 2020; UN General Assembly, Resolution adopted on 31 December 2020 on Situation of human rights of Rohingya Muslims and other minorities in Myanmar, UN Doc. A/RES/75/238, 4 January 2021.

<sup>64</sup> “İsrail, 26 Şubat 2024 tarihinde, bu amaçla belirlenen süre içerisinde, Divan'ın 26 Ocak 2024 tarihli ihtiyati tedbir kararının 86. paragrafının 6. bendi uyarınca alınan tüm tedbirlere ilişkin bir rapor sunmuştur. Güney Afrika bu rapora ilişkin gözlemlerini usulüne uygun olarak sunmuştur”. Order 24 May, § 9.



teknik bir formalite gibi görünmekle birlikte ihtiyati tedbirlerin bağlayıcılığı ve uygulanmasına dair tartışmalarda dikkate alınması gereken husustur.

Kararın muhtevasında değineceğimiz son husus İsraili rehinelere ilgilidir. İhtiyati tedbirlerin yanında Divan önceki kararlarında yaptığı gibi Hamas ve diğer silahlı gruplarca 7 Ekim 2023 saldırısı esnasında kaçırılan ve rehin tutulan şahısların derhal ve şartsız olarak salıverilmesi çağrısını tekrarlamaktadır. 7 Ekim saldırısı ve rehine alınması soykırım tartışmaları dâhil bütün müteakip olayların başlangıç noktasını teşkil etmesine rağmen rehinelere salıverilmesinin ancak hukuken herhangi bir bağlayıcı etkisi olmayan bir çağrıyla dile getirilebilmesi Divan’ın yargı yetkisinin sınırlarını ve genel olarak devletlerarası yargının ulusal yargı sistemlerinden farkını göstermektedir. Divan’ın kararları sadece taraflar, yani yargı yetkisini kabul etmiş devletler için, yine aynı devletlerin belirlediği konularla sınırlı olarak hüküm doğurduğundan Divan’ın rehine konusunda gösterebileceği yegâne tepki bu çağrıdan ibaret olmuştur.

### III. KARARIN ETKİLERİ VE UYGULANMASI

#### A İhtiyati Tedbir Kararlarının Bağlayıcılığı

Divan’ın 24 Mayıs’ta aldığı ihtiyati tedbirlerin etkisi, yani tedbirlerin muhatapları açısından uyulması gereken yükümlülükler getirip getirmediği meselesi aslında bu karara has bir soru olmayıp genel olarak bütün ihtiyati tedbir kararları için söz konusudur. Mesele ihtiyati tedbirlerin Statü’ye girdiği Uluslararası Daimi Adalet Divanı döneminden beri tartışılmaktadır.<sup>65</sup> Tartışmanın halen devam etmesi şaşırıcı değildir, zira Divan geçmiş kararlarında net bir tavır almamıştır, doktrin zıt görüşler arasında bölünmüştür ve devletler duruma göre farklı tutum ve uygulamalar içine girmiştir.

İhtiyati tedbirlerin bağlayıcı olmadığını savunanlar Divan Statüsü’nün ilgili 41. maddesinin lafzi yorumundan, Divan kararlarındaki değişik yorumlara açık ifadelerden, devletlerin birçok olayda ted-

<sup>65</sup> İhtiyati tedbirlerin bağlayıcılığı ile ilgili tartışmalar K. Oellers-Frahm, “Article 41” in *The Statute of ICJ, A Commentary*, 80-97’de teferruatlı olarak ele alınmaktadır. Buradaki değerlendirmelerimizde büyük ölçüde anılan kaynaktan yararlandık.

birleri görmezden geldiklerinden ve Divan'ın yargı yetkisinin rızaya dayalı olmasından hareketle birtakım argümanlar geliştirmiştir. Statü madde 41 1920'li yıllarda ilk kaleme alındığında devrin anlayışı gereği devletin egemenliğini sınırlayacak bir formülasyondan kaçınılmıştır. Bu sebeple "...Divan tedbir alınmasını emreder" ifadesi yerine "hangi tedbirlerin alınacağını belirtir" ifadesi tercih edilmiştir. Daha sonra tedbirleri açık bir ifadeyle bağlayıcı bir hale getirmeye yönelik değişik teklifler de Divan'ın uygulatma gücü olmadığı gerekçesiyle kabul edilmemiştir.<sup>66</sup> BM Andlaşması'nın 94. maddesinin genel kabul gören yorumu bu görüşü destekler görünmektedir. Zira Andlaşma'nın 94. maddesinde BM üyelerinin Divan kararlarına uymamasından dolayı mağdur tarafından Güvenlik Konseyi'ne müracaat hakkından bahsedilirken genel anlamı "*decision*" yerine "*judgement*" kelimesi kullanılmakta, yani Divan'ın verdiği her türlü karara değil sadece esasla ilgili kararlarına (hüküm) uymanın yükümlülük oluşturduğu ifade edilmektedir.<sup>67</sup>

Divan *LaGrand Davasına* kadar geçmiş kararlarında tedbirlerin bağlayıcılığı konusuna değinmemiş, daha ziyade ilgili tarafların tedbirlere uymamasına dair değerlendirmeler yapmıştır. Mesela, Divan *Rehineler Davasında* (ABD v. İran) İran'ın Amerikalı rehineleri salıvermeme kararını ve ABD'nin İran topraklarında kurtarma operasyonu düzenlemesini ihtiyati tedbir kararına aykırı davranışlar olarak nitelendirmiştir.<sup>68</sup> *Nikaragua Davasında* (Nikaragua v. ABD) ve *Bosna Soy-*

<sup>66</sup> Cameron A. Miles, *Provisional measures before international courts and tribunals*, Cambridge University Press, 2017, s. 274 vd.; Taslim O. Elias, *The International Court of Justice and some contemporary problems - Essays on international law*, Springer-Science, Business Media, 1983, s. 78-80.

<sup>67</sup> Divan'ın ihtiyati tedbir kararları için "*order*" terimi kullanılırken yetki kararları ve nihai kararları "*judgement*" olarak ifade edilmektedir. Karar (*decision*) hepsi için kullanılan genel bir terimdir.

<sup>68</sup> "Divan'ın 15 Aralık 1979 tarihli ABD Büyükelçiliği'nin derhal iade edilmesi ve rehinelerin serbest bırakılması çağrısında bulunan ihtiyati tedbirlere ilişkin kararı, ertesi gün İran Dışişleri Bakanı tarafından alenen reddedilmiş ve tüm İranlı yetkililer tarafından görmezden gelinmiştir". "Bu sebeple Divan, hangi saikle olursa olsun, bu şartlarda girişilen bir operasyonun, uluslararası ilişkilerde yargı sürecine saygıyı zedeleyecek türden olduğunu gözlemlemek ve 15 Aralık 1979 tarihli kararının 47, 1 B paragrafında Divan'ın taraflardan birinin iki ülke arasındaki gerginliği arttıracak hiçbir eylemde bulunmaması gerektiğini belirttiğini hatırlatmak zorundadır". *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment*, I.C.J. Reports 1980, s. 35 ve 43.

*kırım Davasında* (Bosna Hersek v. Sırbistan-Karadağ) yapılan benzer açıklamalarda ise Divan’ın bu hususta daha hassas olduğu görülmektedir: “*Divan durumun bu tür tedbirlerin alınmasını gerektirdiğini tespit ettiğinde, tarafların her birinin Divan’ın kararını ciddiyeyle dikkate alması gerekir*”.<sup>69</sup>

*LaGrand Davası* (Almanya v. ABD) Divan’ın yorumuna açık ifadelerle meseleyi “savuşturmasına” son veren dönüm noktası olmuştur. Bu davada Almanya diğer hususlar yanında Divan’dan şu iddiası hakkında hüküm vermesini talep etmiştir: “*ABD, Walter LaGrand’ın UAD’nin konuya ilişkin nihai kararını beklerken idam edilmemesini sağlamak için elindeki tüm tedbirleri almayarak, Divan tarafından 3 Mart 1999 tarihinde verilen ihtiyati tedbirlere ilişkin karara uyma ve yargı süreci devam ederken bir uyuşmazlığın konusuna müdahale edebilecek her türlü eylemden kaçınma yönündeki uluslararası hukuki yükümlülüğünü ihlal etmiştir*”.<sup>70</sup> Almanya’nın talebinden de anlaşıldığı üzere *LaGrand Davasında* ihtiyati tedbirlerin bağlayıcılığı davanın esasıyla ilgili temel soruyu oluşturmaktadır. Yani Divan tedbirlerin bağlayıcılığına dair hüküm (bağlayıcı karar) vermek durumundadır. ABD savunmasında Statü’nün 41. maddesi ve BM Andlaşması’nın 94. maddesinin ifadelerine, bu maddelerle ilgili Divan’ın ve devletlerin uygulamalarına ve doktrinde ağır basan görüşe atıfta bulunarak 3 Mart ihtiyati tedbir kararının kendisini bağlayan hukuki yükümlülükler yaratmadığını ileri sürmüştür.<sup>71</sup> Sonuç olarak, Divan Statü’nün kendisine tanıdığı yargı yetkisi ve bu çerçevede yerine getirdiği işlevleri dikkate alarak 41. maddenin amaç ve hedeflerinin gerçekleşmesi için bu madde kapsamında alınan tedbir kararlarının bağlayıcı olması gerektiğine hükmetmiştir.<sup>72</sup>

<sup>69</sup> Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Judgment, I.C.J. Reports 1986, s. 144; Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I.C.J. Reports 1993, s. 349. Bosna kararında şu ilave bulunmaktadır: “Bu durum, özellikle şu anda Bosna Hersek’te mevcut olan ve Divan’ın uluslararası hukuka aykırı olduğuna karar verebileceği bir davranışın sonuçlarını hiçbir tazminatın ortadan kaldıramayacağı bir durumda geçerlidir”.

<sup>70</sup> LaGrand, Judgment, I.C.J. Reports 2001, s. 498.

<sup>71</sup> Ibid, s. 500.

<sup>72</sup> “Statü’nün amacı ve hedefi, Divan’ın burada öngörülen işlevleri ve özellikle de Statü’nün 59. maddesi uyarınca uluslararası uyuşmazlıkların bağlayıcı kararlarla yargı yoluyla çözümlenmesi temel işlevini yerine getirmesini sağlamaktır. Statü içerisinde 41. maddenin görülmesi gereken bağlam, Divan önündeki bir uyuşmazlığın

Bağlayıcılık tartışmasında bir diğer unsur olan devletlerin davranışları belirleyici unsurlardan birisi olur mu? Bir andlaşma hükmünün yorumlanmasında hatta değişmesinde veya tamamen iptal edilmesinde taraf devletlerin davranışlarının zimni rızanın ifadesi olarak belirleyici rol oynayabileceği pozitif hukukta kabul edilmektedir.<sup>73</sup> BM Andlaşması'nın Güvenlik Konseyi'nde karar alma usullerini düzenleyen 27. maddesi buna tipik bir örnektir. Dolayısıyla, gerekli şartlar mevcut olduğu takdirde aynı kuralın Divan Statüsü madde 41'e uygulanmaması için hiçbir sebep yoktur. Uygulamaya baktığımızda, devletlerin çoğu durumda ihtiyati tedbir kararlarına uymada isteksiz davrandıkları doğrudur. Fakat öte yandan tedbir kararlarının yerine getirildiği davalar da vardır.<sup>74</sup> Genel olarak değerlendirildiğinde, devletlerin davranışlarında tutarlılık olmaması uygulamadan hareketle bir sonuç çıkarmayı engellemektedir.

İhtiyati tedbirlerin bağlayıcılığı aleyhine argümanlardan birisi de Divan'ın bu kararı aldığı aşamada davaya bakma yetkisinin kesin olarak belli olmadığı, dolayısıyla Divan'ın yetkisine rıza gösterdiği henüz tespit edilmemiş devlet veya devletler için uyulması zorunlu hukuki yükümlülükler koyamayacağıdır. Bu görüş yukarıda özel bir bağlamda, devletin (İsrail'in) meşru müdafaa hakkı ve temel menfaatlerini koruma hakkı ile ilgili tartıştığımız görüşün genel olarak ifade edilmesidir. Divan'ın daha sonra yetkili olduğuna karar vermesi aldığı ihtiyati tedbirlerin hukuken

---

tarafklarının haklarının korunmaması nedeniyle Divan'ın görevlerini yerine getirmesinin engellenmesini önlemektir. Statü'nün amacı ve hedefinden ve 41. madde bağlamında okunduğunda, ihtiyati tedbirleri belirleme yetkisinin bu tedbirlerin bağlayıcı olmasını gerektirdiği anlaşılmaktadır; zira söz konusu yetki, şartlar gerektirdiğinde, Divan'ın nihai kararıyla belirlenen tarafların haklarını koruma ve bunlara halel gelmesini önleme gerekliliğine dayanmaktadır. Madde 41 kapsamında belirtilen ihtiyati tedbirlerin bağlayıcı olmayabileceği iddiası, söz konusu maddenin amacına ve hedefine aykırı olacaktır." Ibid, s. 502-3; Robert Jennings, "The LaGrand Case", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2002/1, s. 36.

<sup>73</sup> N.Q. Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, 4e édition, 1992, s. 285; Malcolm N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, 6th edition, 2008, s. 930.

<sup>74</sup> Shigeru Oda, "Provisional measures - The practice of the International Court of Justice" in Vaughan Lowe, Malgosia Firzmaurice (Ed.), *Fifty years of the International Court of Justice, Essays in honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge University Press, s. 555-6. Oellers-Frahm Divan'ın uygulamasında iki tarafın da kazai çözüme razı olduğu durumlarda ihtiyati tedbirlere uyumun fazla olduğunu, tek taraflı müracaatla açılan ve diğer tarafın isteksiz olduğu davalarda ise tedbirlere nadiren uyulduğunu yazmaktadır. "Article 41" in *The Statute of ICJ, A Commentary*, 89.

ve fiilen haklı olduğunu gösterir fakat bu *ex post facto* bir tespittir; bağlayıcı tedbirlerin alındıkları zaman rıza ilkesine ters düşme riski taşıdıkları iddiasını geçersiz kılmaz. UAD'nin zorunlu yargı yetkisi olmaması dolayısıyla ihtiyati tedbirler müessesesiyle ilgili bu çatışmalı durum her halükarda kaçınılmaz görülmektedir. Çatışma riski ancak tedbirlerin bağlayıcı olmaması halinde ortadan kalkacaktır. Bu iradeci argümana iradeci anlayışın sınırları içerisinde kalarak cevap verecek olursak, Statü BM Andlaşması'nın eki olarak bağlayıcıdır; Divan'ın Statü'de belirlenen yargı yetkisi ve bu yetkisini hangi usuller içerisinde kullanacağını taraf devletler her davada rıza şartına bağlı olarak kabul etmişlerdir. İhtiyati tedbirler varlık sebepleri itibariyle her mahkemenin dolayısıyla Divan'ın yargılama işlevini yerine getirmesinde vazgeçilmez araçlardır.<sup>75</sup> Bu tedbirlerin uygulanması muhataplarının keyfine bırakıldığı takdirde - ihtiyati tedbirlerin konusunun dava konusu olan hakların nihai karara kadar korunması ve böylece davanın anlamını yitirmesini önlemek olduğunu dikkate alarak - güçlü tarafa tedbirleri uygulamayarak esasla ilgili verilecek kararı boşa çıkarmak, dolayısıyla Divan'ın yargılama yetkisini akamete uğratmak serbestisi de tanınmış olmaktadır. Rıza şartı davanın esastan görülmesine matuftur. İhtiyati tedbirler konusu gereği acilen ve öncelikle alınmalıdır; bu sebeple davanın esastan görülmesine dair rıza şartının yerine gelip gelmediği incelemesini (yetki kararı) beklemeden alınır. Keza Statü'ye göre ihtiyati tedbirler bir tarafın veya her iki tarafın Statü'de öngörülen şekilde müracaatıyla başlayan dava sürecinin bir parçasıdır. Sonuç itibariyle, devletler Statü'ye taraf olmak suretiyle UAD'nin kuruluşunu, yetkilerini ve çalışma usullerini kabul etmişlerdir. Bu sebeple rıza şartını davanın esasıyla sınırlamamak, dava sürecinin ayrılmaz bir parçası olan ihtiyati tedbirleri de kapsar şekilde düşünmek gerekir. Statü'nün hükümlerini yargı sisteminin işleyişini engelleyecek şekilde yorumlamak bir andlaşmanın tatbik edilmek için yapıldığını söyleyen etki doğurma ilkesine aykırıdır.<sup>76</sup>

<sup>75</sup> Chittharanjan F. Amerasinghe, *Jurisdiction of International Tribunals*, Kluwer Law International, 2003, s. 348.

<sup>76</sup> İhtiyati tedbirlerin bağlayıcılığıyla ilgili teferruatlı bir değerlendirme için bk. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 13 September 1993*, I.C.J. Reports 1993, Separate Opinion of Vice-President Weeramantry, s. 370-389 (bilhassa s. 376 vd.); Cameron A. Miles, *Provisional measures before international courts and tribunals*, op. cit., s. 280-282.

Bu değerlendirmelerden hareketle Gazze’de soykırım yapıldığı iddiasıyla açılan davada Divan’ın İsrail’e yönelik aldığı ihtiyati tedbirlerin bağlayıcı olduğu ve İsrail devletinin bu tedbirlere uyma yükümlülüğü altında olduğu açıktır. Bilhassa silahlı çatışma, soykırım ve diğer tür insanlık suçlarının işlendiği durumlarda telafi edilemez zararların ortaya çıkmasını engellemek adına bu yükümlülük daha fazla önem kazanmaktadır. Divan’ın şimdiye kadar aldığı tedbirlerin tamamı - 24 Mayıs kararındaki silahlı çatışmaların durdurulması ile tedbir kısmen istisna sayılabilir - muhteva olarak Soykırım Sözleşmesi ve uluslararası insancıl hukukun kurallarının tekrarından ibarettir. Dolayısıyla İsrail ihtiyati tedbirlerini uygulamayarak sadece yargılamayla ilgili yükümlülüğünü ihlal etmemekte, aynı zamanda Soykırım Sözleşmesi’nden kaynaklanan yükümlülüklerini de hiçe saymaktadır.

## B. Tedbirlerin Uygulanmasına Dair Meseleler

24 Mayıs kararında İsrail’in savunmasında ve muhalif hâkimlerin mütalaasında Divan’ın ilave ihtiyati tedbirler alması ve bunların uygulanmasıyla ilgili dile getirilen iki görüş dikkat çekmektedir. Bunlardan birincisine göre ihtiyati tedbirlerde değişiklik yapılmasının amacı daha önce alınan tedbirlerin uygulanmasını sağlamak değildir.<sup>77</sup> İkincisine göre ise Divan aldığı bir ihtiyati tedbir kararının ihlal edildiğini ancak esasla ilgili karar aşamasında değerlendirebilir.<sup>78</sup> Birbiriyle bağlantılı bu iki iddiayı birlikte ele alacağız.

<sup>77</sup> “Divan kendi kararlarını uygulamaya (enforce) çalışmaktan kaçınmalıdır çünkü Divan İç Tüzüğü’nün 76 (1) maddesi uyarınca ihtiyati tedbirlerin değiştirilmesinin ardında yatan mantık bu değildir. Divan bir tarafın ihtiyati tedbirlerin ihlal edildiği iddiasıyla kendisine başvurduğu her seferinde daha önce aldığı ihtiyati tedbirleri yeniden teyit edecek midir? Sanmıyorum”. Order 24 May, Dissenting opinion of Judge Sebutinde, § 20; “Güney Afrika’nın talebinin İsrail’in önceki kararlara uyması ile ilgili olduğu anlaşılıyor”. Dissenting opinion of Judge Barak, § 15; “İhtiyati tedbirlerin değiştirilmesinin amacı normalde hâlihazırda belirtilmiş olan ihtiyati tedbirlerin uygulanması değildir”. Declaration of Judge Nolte, § 8.

<sup>78</sup> “[24 Mayıs kararı] hatalı bir şekilde, İsrail’in mevcut kararları teyit edenler de dâhil olmak üzere daha önce belirtilen mevcut ihtiyati tedbirleri bir şekilde etkili bir şekilde uygulamadığını varsaymaktadır ki bu Divan’ın ancak yargılamanın esas aşamasında yapabileceği bir tespittir”. Order 24 May, Dissenting opinion of Judge Sebutinde, § 20; “Davanın bu aşamasında İsrail’in önceki kararlara uyup uymadığını değerlendirmek ne Güney Afrika’nın ne de Divan’ın görevidir. Divan bunu yalnızca esas aşamasında yapar”. Dissenting opinion of Judge Barak, § 15.



Sonradan alınan tedbirlerin önceki tedbirleri icbar etmek amacı taşıyamayacağı iddiasına dayanak olarak İç Tüzük madde 76 (1) anılmaktadır. Söz konusu paragrafta Divan’a nihai karardan önce ihtiyati tedbir kararını taraflardan birisinin talebi veya kendi inisiyatifiyle iptal etmek veya değiştirmek yetkisi tanınmaktadır. Yetkinin kullanılmasıyla ilgili zikredilen tek şart kararın durumdaki değişikliğin gereği olarak alınmasıdır; bu hususu değerlendirmek de Divan’ın takdirine bırakılmıştır. Anılan maddeden veya İç Tüzüğün ve Statü’nün herhangi bir hükmünden “ihtiyati tedbirlerde değişiklik yapılmasının amacı daha önce alınan tedbirlerin uygulanmasını sağlamak değildir” sonucu çıkmaz. Zaten böyle bir sınırlandırma anlamlı değildir. “Tedbirlerin uygulanmasını sağlamak” ifadesinden iç hukuktaki cebri icra yollarının kullanılması gibi bir durum kastediliyorsa Divan veya herhangi bir uluslararası yargı mercii bu tür bir yetkiye ve güce zaten sahip değildir. Öte yandan, kararların yerine getirilmemesinin durumu daha da kötüleştirdiği açık iken, kararlara uymamakta direnen bir devlete karşı Divan’ın önceki kararları teyit eden veya kötüleşen duruma uygun yeni tedbirler öngören bir karar alması gayet tabiidir. Divan’ın müteakip kararda herhangi bir müeyyide öngörmesi söz konusu olamayacağına göre kararın hukuken bir zorlamadan ziyade olsa olsa psikolojik veya manevi bir baskı oluşturduğundan söz edilebilir. 24 Mayıs kararı Divan’ın hem geçmiş kararlarının uygulanmamasına hem de bunun sonucu olarak durumun giderek kötüleşmesine karşı alınmıştır. Aksi takdirde dava konusu hakların geri döndürülemez şekilde ortadan kalkması ve yargılama sürecinin akamete uğraması riski vardır. Zaten bu sebeptendir ki İç Tüzükte Divan’ın aynı davada birden fazla ihtiyati tedbir kararını yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır. Tam tersine, İç Tüzük madde 76 Divan’ı bu hususta açıkça yetkilendirmektedir; ayrıca Divan’ın geçmiş uygulamalarında birden fazla tedbir kararı aldığı davalar vardır<sup>79</sup> ve bu uygulamalarla ilgili herhangi bir itiraz olmamıştır.

<sup>79</sup> Mesela, Sınır Bölgesinde Yürütülen Faaliyetler Davasında (Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)) Divan 8 Mart 2011 ihtiyati tedbir kararını müteakip 22 Kasım 2013 tarihinde ikinci bir tedbir kararı almıştır. Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua); Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica), Provisional Measures, Order of 22 November 2013, I.C.J. Reports 2013.

Divan'ın aynı davada birden fazla ihtiyati tedbir kararı alma yetkisi "bir ihtiyati tedbir kararının ihlal edildiği ancak esasla ilgili karar aşamasında değerlendirilebilir" iddiasını da çürütmektedir. Zira ilave karar önceki kararın yetersiz kalmasından dolayı alınır. Önceki kararın yetersiz kalmasının sebebi ise durumda meydana gelen bir değişme veya muhatabının kararı kısmen veya tamamen uygulamaktan kaçınması veya her ikisi birden olabilir. Bilhassa silahlı çatışma ve insani problemler söz konusu olduğu zaman durumda değişiklik çoğunlukla tarafların davranışlarından kaynaklanmaktadır. Gazze'deki durumda değişiklik, daha doğrusu kötüleşme bu şekilde ortaya çıkmıştır. Başlangıçta soykırım iddiası İsrail'in askeri operasyonlarda yaptığı katliama ("Gruba mensup olanların öldürülmesi") dayandırılırken daha sonra, buna ilaveten, insani yardımlarla ilgili tedbirlere uymamasının yol açtığı sonuçlar (Grubun mensuplarına ciddi surette bedeni veya zihni zarar verilmesi; Grubun bütünüyle veya kısmen, fiziki varlığını ortadan kaldıracak hesaplanarak, hayat şartlarını kasten değiştirmek) soykırım iddiasının bir başka dayanağı olmuştur. Durumda değişiklik Divan'ı yeni bir karar almaya itmiştir. Gazze'de İsrail'in tutumu dışındaki durum değişikliğine yol açan, yani yeni bir tedbir kararı alınmasına gerekçe oluşturan tabii felaket veya dış müdahale benzeri bir gelişme olmadığına göre, bu davada alınan her ilave karar önceki kararların ihlal edildiğini ister istemez varsaymaktadır. Ayrıca bununla kalmakta, ihlali yapanın İsrail olduğunu da ima etmektedir.<sup>80</sup> Sonuç itibarıyla, Divan müteakip tedbir kararı veya kararları almakla açıkça olmasa da zımnen önceki kararların ihlal edilmiş olduğunu ifade etmiş olmaktadır.

İhtiyati tedbir kararlarının bağlayıcı olmadığı ve Divan'ın bu kararların ihlal edildiğini, yani muhatabın karara uygun davranmadığını ancak esasla ilgili aşamada tespit edebileceği iddiaları kendi içinde de tutarlı değildir. Zira bağlayıcı olmayan bir kararın ihlalinden bahsedile-

<sup>80</sup> İlave tedbir kararları Güney Afrika'nın talebi üzerine alınmıştır. Güney Afrika dilekçelerinde taleplerini İsrail'in tedbirleri uygulamadığı tespitinden hareketle sunmuştur (Request 10 May 2024). Divan Güney Afrika'nın gerekçelerini ve hangi tedbirlerin alınmasına dair görüşlerini paylaşmadan da kendi gerekçelerine göre uygun gördüğü tedbirleri alabilir. Fakat üç kararda tedbir talebine olumlu cevap vermesi ve bazı değişikliklere rağmen büyük ölçüde istenen tedbirleri alması bu görüşü desteklemektedir.



mez, dolayısıyla Divan'ın karara aykırı davranışla ilgili nasıl ve ne zaman bir tespit yaptığının bir önemi yoktur. Bu hususla ilgili bir başka nokta, Hâkim Nolte'un ayrı mütalaasında işaret ettiği üzere Divan'ın ihtiyati tedbir kararının ihlal edildiğine dair açıklaması davanın esasıyla ilgili bir bulguya halel getirebileceği görüşüdür. Uygulamada Divan ihtiyati tedbir aşamasında böyle bir açıklama ihtiva eden karar almamaktadır, fakat yukarıda açıkladığımız gibi belirli durumlarda alınan bir ilave tedbir kararı dolaylı olarak öncekinin ihlal edildiğini göstermektedir. Nolte'un işaret ettiği risk önemli olmakla birlikte buradan hareketle Divan'ın İç Tüzükte kendisine açıkça tanınmış bir yetkisini kullanmaktan imtina etmesi gerektiğini söylemek doğru değildir.

İddiaların geçersizliğini gösteren son husus rapor uygulamasıdır. Bu davada alınan bütün ihtiyati tedbir kararlarında İsrail'e hitaben şu cümle tekrarlanmaktadır: "İsrail Devleti, bu kararın yürürlüğe girmesinden itibaren bir ay içinde, bu kararı uygulamak için alınan tüm tedbirler hakkında Divan'a bir rapor sunacaktır."<sup>81</sup> İsrail Divan'ın talep ettiği raporları zamanında sunmuştur. İhtiyati tedbirler bağlayıcı değilse uygulanıp uygulanmadığına ve nasıl uygulandığına dair muhatap devletten bilgi talep etmek gereksiz bir formaliteden başka bir şey olmayacaktır. Keza tedbirlerin uygulanmasıyla ilgili bir değerlendirme yapmayacaksa Divan raporları başka hangi amaç için kullanılacaktır? Rapor talebi Divan'ın aldığı tedbir kararlarının uygulanmasına önem verdiğini göstermektedir. "Divan'ın tedbir kararı verdikten sonra - zaten karar da bağlayıcı olmadığına göre - bir kenara çekilip durumu seyretmekle yetinmesi, şayet tedbirlere aykırı bir uygulama varsa bunu esasla ilgili karar verirken değerlendirmesi" şeklinde ifade edilen yorumun doğru olmadığı, tersine Divan'ın tedbirlerin akıbetini takip etme ve gerekirse yeni tedbirlerle duruma müdahale etme hususunda kendini yetkili gördüğü geçmişte verdiği bazı ihtiyati tedbir kararlarında tekrar tekrar kullandığı şu ifadeden de anlaşılmaktadır: "*Divan mevcut davada nihai kararını verene kadar, bu karar kapsamındaki hususları sürekli olarak gözden geçirecektir*".<sup>82</sup>

<sup>81</sup> Order 26 January, § 86 (4); Order 28 March, § 51 (3); Order 24 May, § 57 (3).

<sup>82</sup> United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Provisional Measures, Order of 15 December 1979, § 47 (2); Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Provisional Measures, Order of 10 May 1984, 1.C.J. Reports 1984, § 41 (C).

## SONUÇ

Divan'ın uygulamasında aynı davada beş ay gibi kısa bir zaman diliminde üç defa ihtiyati tedbir kararı alması istisnadır. Bunun sebebi İsrail'in tedbir kararlarına rağmen Gazze'de soykırım iddiasına konu olan operasyonlarını hız kesmeden devam ettirmesidir. Üçüncü ve (şimdilik) son karar olan 24 Mayıs 2024 kararından sonra durum değişmemiş hatta daha kötü hale gelmiştir. İhtiyati tedbir kararlarının hukuki temelleri ve içeriği tarafların dava konusu haklarına nihai karar verilinceye kadar hanel gelmemesi ve kazai çözümün bir anlam ifade etmesi bakımından önemlidir. Divan bu sebeple önce tarafların yazılı ve sözlü mütalaasına başvurmakta ve titiz bir incelemeden sonra kararını vermektedir. İhtiyati tedbir aşamasının özelliği gereği kararın yetki kararı veya nihai hüküm gibi diğer Divan kararlarına nazaran daha fazla tartışmaya yol açması anlaşılabilir bir durumdur. Aslında Divan'ın kendisi de bir asrı aşan faaliyet döneminde değişik kararları vesilesiyle ihtiyati tedbirler hukukunu tartışmış ve hukuki çerçevesi ile ilgili tenkitleri en aza indirecek ilkeler ve kurallar ihdas etmeye çalışmıştır. Günümüzde ihtiyati tedbirler müessesesinin geçmişe kıyasla daha derli toplu olduğu söylenebilir.

*Gazze Soykırım Davası* özelinde ve genel olarak ihtiyati tedbirlerle ilgili yaptığımız bu değerlendirmeler önemlidir, fakat meselenin bir başka yanını gözden kaçırmamak gerekir. İhtiyati tedbirler uygulamada ne kadar etkilidir? Kendilerine yüklenen amacı ne ölçüde gerçekleştirmektedir? Birkaç dava dışında ihtiyati tedbirler uygulamada etkisiz olmuştur; devletler çoğunlukla tedbirleri uygulamamıştır. *Gazze Soykırım Davasında* bu başarısız "gelenek" devam etmektedir. Bu bakımdan İsrail'in diğer davalarda tedbirlere muhatap olan devletlerden farklı bir şey yapmadığı, dolayısıyla beklenmedik bir durum olmadığı söylenebilir. Fakat soykırım yapıldığı iddia edilen bir durumda tedbir kararlarına riayet etmemenin bedeli ağırdır. Gazze halkı bunu çoğunu çocuklar ve kadınların oluşturduğu on binlerce can kaybıyla ve yüzbinlerce yaralıyla ödemeye devam etmektedir. Dolayısıyla bu tür durumlarda, "Tedbirleri uygulanabilir kılmak için ne yapmalı?" sorusu daha fazla önemli hale gelmektedir.

Öncelikle belirtelim ki ihtiyati tedbirler dava konusuyla sınırlı bir işlevi yerine getirmek için alınır. Gazze'de ve benzeri durumlarda siya-

si, hukuki ve insani meseleler iç içe geçmiştir. Divan önündeki davada tarafların Divan’ın yargı yetkisine izin verdiği ölçüde bu meselelerin sadece belirli bir kısmı ele almaktadır. Yani Gazze meselesinde kazai çözüm yolunun harekete geçmiş olması o meselenin bütün yönleriyle muhakeme edilerek hallolacağı anlamına gelmez. Dolayısıyla Divan soykırım iddialarını yerinde bulup davayı görmeye başlasa ve İsrail alınan ihtiyati tedbirlere uygun hareket etse bile bu olayların vahameti azaltabilir fakat kriz durumu devam edecektir.

İhtiyati tedbirlerin uygulanabilir olması için her şeyden önce bağlayıcı olmaları gerekir. Yukarıda tartıştığımız üzere tedbirlerin bağlayıcı olduğunun Divan tarafından dile getirilmesi için 2001 LaGrand kararını beklemek gerekmiştir. Her ne kadar “tedbirler bağlayıcıdır” görüşü daha makul olsa da halen doktrinin bir kısmı ve devletlerin çoğu söz ve davranışlarıyla bu görüşün karşısında yer almaktadır. Gelinek noktada bağlayıcılık meselesinin uygulanan hukukta tam olarak halledildiğini söylemek mümkün değildir. Öte yandan, tedbirlerin bağlayıcı olduğunu varsaydığımızda uygulanabilirlik meselesi yine de çözülmüş olmuyor. Bu sefer de tedbirlere uymamakta direnen devlete karşı ne yapılabilir sorusuna cevap vermek gerekiyor. Divan Statüsü ve BM Andlaşması ihtiyati tedbir kararlarının cebri icrası için herhangi bir mekanizma öngörmemektedir. BM Andlaşması’nın 94. maddesinin ilk paragrafında üye devletlerin taraf olduğu davalarda Divan kararına uymayı yükümlendikleri belirtilmektedir. Aynı maddenin ikinci paragrafında bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde diğer tarafın Güvenlik Konseyi’ne başvurması, Konsey’in de gerekli gördüğü takdirde bu konuda karar alması öngörülmektedir. Tedbirlerin bağlayıcılığı tartışmasında değindiğimiz üzere söz konusu 94. madde Divan kararları ifadesini nihai hüküm (*judgement*) anlamında kullanmakta ve Güvenlik Konseyi’nin bir nevi cebri icra organı gibi kullanılabilmesi ihtimali nihai hükümlerle sınırlı tutulmaktadır. Yani ihtiyati tedbirlerin uygulanmasında Güvenlik Konseyi devreye girmemektedir. Güvenlik Konseyi’nden başka uyulması zorunlu kararlar almak ve bu kararları gerekirse zorlayıcı tedbirler marifetiyle uygulamak yetkisine sahip başka bir uluslararası otorite bulunmadığına göre ihtiyati tedbirlerin uygulanması tarafların iyi niyetine kalmıştır.

Kararların kâğıt üstünde kalmasına yol açan bu durum uluslararası toplumun, daha doğrusu devletler topluluğunun ve onun hukuku

olan uluslararası hukukun yapısal özelliklerinin sonucudur. Mesele BM Andlaşması'na veya Divan Statüsü'ne birkaç madde ekleyerek zecri mekanizmalar kurmak veya son günlerde tekrar konuşulmaya başlandığı gibi Güvenlik Konseyi'nin üye sayısı ve karar alma usullerini değiştirmek gibi şekli düzenlemelerle halledilemeyecek kadar esaslıdır. İnsani değerler açısından kabul edilemez bilsak da gerçek durumun böyle olduğunu geçmişte sadece birkaçını anarak Bosna soykırımı, ABD'nin Irak işgalinde işlediği adı konulmamış soykırım, Myanmar soykırımı ve bugün de Gazze'de naklen yayınlarla şahit olmaya devam ettiğimiz olaylar bizlere tekrar tekrar hatırlatmaktadır.

### Kaynakça

#### Kitaplar- Makaleler

- Amerasinghe Chittharanjan F., *Jurisdiction of International Tribunals*, Kluwer Law International, 2003.
- Çağırın Mehmet Emin, "Soykırım Sözleşmesi'nin Gazze'de Uygulanması Davasında Uluslararası Adalet Divanı'nın İhtiyati Tedbir Kararı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 172. Sayı, 2024 Mayıs-Haziran, s. 327-365.
- Dinh Nguyen Q.; Daillier Patrick, Pellet Alain, *Droit international public*, LGDJ, 4e édition, 1992.
- Elias Taslim O., *The International Court of Justice and some contemporary problems - Essays on international law*, Springer-Science, Business Media, 1983.
- Jennings Robert, "The LaGrand Case", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2002/1, s. 13-54.
- Miles Cameron A., *Provisional measures before international courts and tribunals*, Cambridge University Press, 2017.
- Oda Shigeru, "Provisional measures - The practice of the International Court of Justice" in Vaughan Lowe, Malgosia Firzmaurice (Ed.), *Fifty years of the International Court of Justice*, Essays in honour of Sir Robert Jennings, Cambridge University Press, s. 541-556.
- Oellers-Frahm Karin, "Article 41" in *The Statute of ICJ, A Commentary*, Second Edition, Oxford University Press.
- Pellet Alain, "Article 38" in A. Zimmermann and alia (ed.), *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary*, Second Edition, Oxford University Press.
- Riddell Anna, "Evidence, Fact-Finding, and Experts" in Cesare P. R. Romano et al (Ed.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford University Press, 2014.
- Shaw Malcolm N., *International Law*, Cambridge University Press, 6th edition, 2008.

### **Mahkeme Kararları**

- Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970.
- United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Provisional Measures, Order of 15 December 1979, I.C.J. Reports 1979.
- United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, 1980, I.C.J. Reports 1980.
- Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Provisional Measures, Order of 10 May 1984, *I.C.J. Reports 1984*.
- Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Judgment, 1986, I.C.J. Reports 1986.
- Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America; Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I.C.J. Reports 1992.
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)), Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I.C.J. Reports 1993.
- LaGrand (Germany v. United States of America), Provisional Measures, Order of 3 March 1999, I.C.J. Reports 1999.
- Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), Provisional Measures, Order of 2 June 1999, I.C.J. Reports 1999.
- LaGrand (Germany v. United States of America), Judgment, 2001, I.C.J. Reports 2001.
- Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Provisional Measures, Order of 5 February 2003, I.C.J. Reports 2003.
- Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America) (Mexico v. United States of America), Provisional Measures, Order of 16 July 2008, I.C.J. Reports 2008.
- Application of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 15 October 2008, I.C.J. Reports 2008.
- Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand), Provisional Measures, Order of 18 July 2011, I.C.J. Reports 1970.
- Application of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, 2011, I.C.J. Reports 2011.
- Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, 2012, I.C.J. Reports 2012.
- Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua), Provisional Measures, Orders, 8 March 2011, 22 November 2013, I.C.J. Reports 2013.

- Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 19 April 2017, I.C.J. Reports 2017.
- Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates), Provisional Measures, Order of 23 July 2018, I.C.J. Reports 2018.
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Provisional Measures, Order of 23 January 2020, I.C.J. Reports 2020.
- Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Armenia v. Azerbaijan), Provisional Measures, Order of 7 December 2021, I.C.J. Reports 2021.
- Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Azerbaijan v. Armenia), Provisional Measures, Order of 7 December 2021, I.C.J. Reports 2021.
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Preliminary Objections, Judgment, 2022, I.C.J. Reports 2022.
- Application of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Canada and the Netherlands v. Syrian Arab Republic), Provisional Measures, Order of 16 November 2023.
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), Provisional measures, Orders, 26 January 2024, 28 March 2024, 24 May 2024.





# SİLAHLI TERÖR ÖRGÜTÜ ÜYELİĞİ SUÇU ÖZELİNDE BİR TARTIŞMA: SUÇÜSTÜ HALİ YARGI MENSUPLARINA TANINAN ÖZEL USULİ GÜVENCELERİN İSTİSNASI OLABİLİR Mİ?

A DISCUSSION SPECIFIC TO THE CRIME OF BEING A MEMBER  
OF AN ARMED TERRORIST ORGANIZATION: CAN THE IN-  
FLAGRANTE DELICTO SITUATION BE AN EXCEPTION TO THE  
SPECIAL PROCEDURAL SAFEGUARDS GRANTED TO MEMBERS  
OF THE JUDICIARY?

Uğur ARSLAN\*

**Özet:** Suçüstü hâli ve buna dayanılarak yapılan yakalama işlemi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) ve 1982 Anayasası'nda ifadesini bulan kişi özgürlüğü ve güvenliği bakımından önemli hukuksal sonuçları olan ceza ve ceza muhakemesi hukuku kurumudur. Hukuk devleti ilkesi, özgürlük ve güvenlik hakkı gibi temel hak ve hürriyetleri doğrudan etkilediği için suçüstü işleminin somut olayda uygulanma koşullarının var olup olmadığına dair yorumlarda son derece dikkatli davranılması gerekmektedir. Soruşturulmaları ve kovuşturulmaları bakımından kanunla tanınmış özel usuli güvencelere tabi bulunan yargıçların, savcılarının ve yüksek mahkeme üyelerinin darbe girişimi sonrasında, bu özel güvenceler bir tarafa bırakılarak, haklarında suçüstü hali uygulanması ve buna dayanılarak uygulanan yakalama, gözaltına alma ve tutuklama işlemleri gerek iç hukukta gerek de İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) nezdinde tartışılmış ve İHAM ile ulusal yargı mercileri arasında bazı görüş ayrılıkları ortaya çıkmıştır. İHAM, yüksek yargı üyeleri ve bunların dışında kalan yargıç ve savcılar hakkında uygulanan suçüstü işlemine ilişkin Anayasa Mahkemesi (AYM) ve Yargıtayın yorumlarını oldukça genişletici bulmuş, bunun öngörülebilirlik ve dolayısıyla yasallık ilkesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Hukuk Devleti, Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Terör Suçları, Suçüstü Hali, Kesintisiz (mütemadi) Suç

\* Dr., uarslantr@gmail.com, ORCID: 0000-0002-3987-8465, Makalenin Gönderim Tarihi: 25.09.2024, Kabul Tarihi: 29.12.2024

**Abstract:** In-flagrante delicto is a criminal law institution that is included in the European Convention on Human Rights (ECHR) and the 1982 Constitution and has important legal consequences in terms of the right to personal freedom and personal security. Since the principle of the rule of law directly affects fundamental rights and freedoms, such as the right to liberty and security, it is necessary to be extremely careful in interpreting whether the conditions for applying in-flagrante delicto exist in the concrete case. After the coup attempt on July 15, 2016, the judges, prosecutors, and members of high courts who are subject to special procedural guarantees recognized by law in terms of their detention, arrest, investigation and prosecution, were subjected to a state of in-flagrante delicto, bypassing these special guarantees and their arrests based on this, were discussed both in domestic law and before the ECHR and certain differences of opinion emerged between the ECHR and national courts. The ECHR found the courts' interpretations regarding the in-flagrante delicto procedure applied to Turkish judges and prosecutors to be quite expansive, and concluded that this violated the principle of foreseeability and legality.

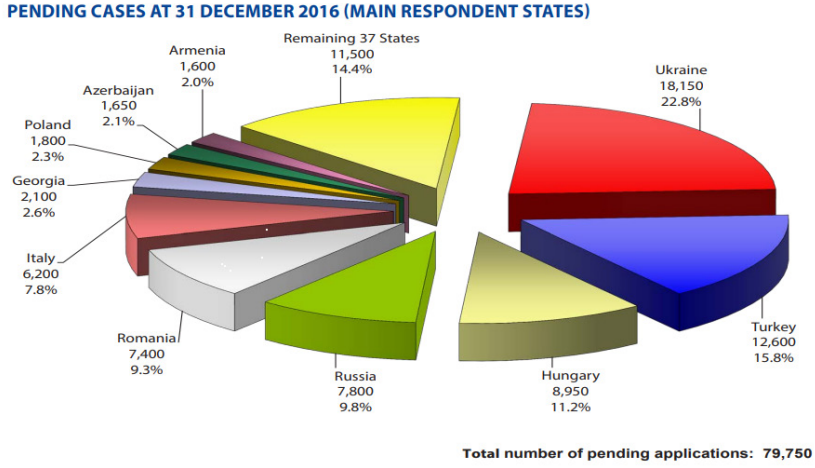
**Keywords:** Rule of Law, Right to Liberty and Security, Terror Crimes, In-Flagrante Delicto, Continuing Offense

## GİRİŞ

15 Temmuz darbe girişiminin hemen akabinde silahlı terör örgütü iddiasıyla çok sayıda yargı mensubu hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılırken, haklarında ağır ceza mahkemesinin yetkisine giren bir suçüstü hali olduğundan bahisle, tabi oldukları özel kanunlardaki usuli güvenceler bir kenara bırakılarak, genel hükümler çerçevesinde yakalama-gözültüne alma ve tutuklama işlemleri gerçekleştirilmiştir. Bahse konu yargı mensupları, iç hukuk yollarını tükettikten sonra, haklarında suçüstü işlemi yapıldığını ve sonrasında da gözültüne alınıp tutuklandıklarını, yaptıkları görev gereği tabi oldukları özel usuli güvencelerin uygulanmadığını, suçüstü işlemi ve devamında gerçekleştirilen işlemler nedeniyle İHAS'ın 5'inci maddesindeki özgürlük ve güvenlik haklarının ihlal edildiğini savunarak İHAM'a başvurmuşlardır.

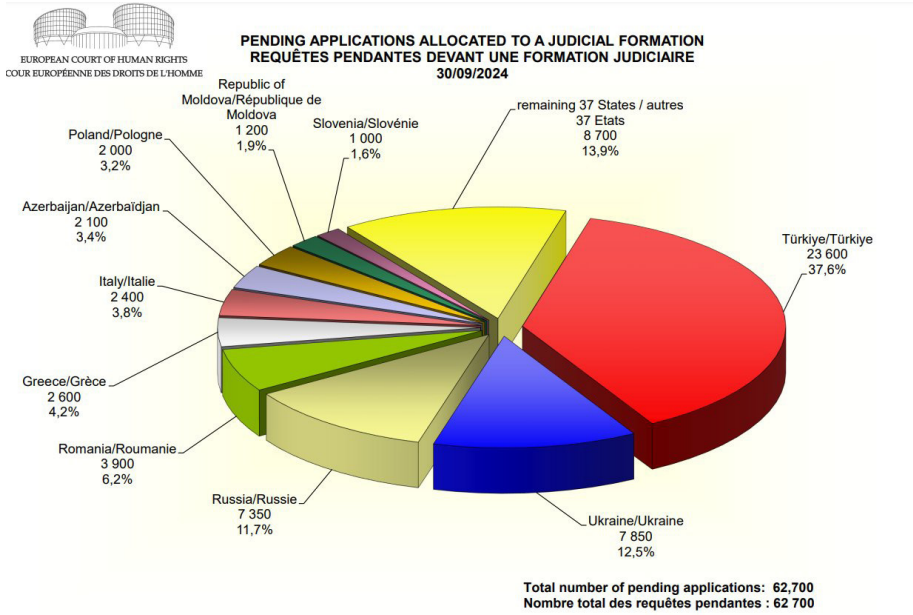
İHAM, Türk yargı mensuplarının, haklarında suçüstü işlemi tatbik edilerek özgürlük ve güvenlik haklarının ihlal edildiğine ilişkin, yaptıkları birçok başvuruyu *Turan ve Diğerleri-Türkiye* başvurusunda birleştirerek toplu ihlal kararı vermiş, yargıçlık teminatına sahip bu kişilerin tabi oldukları kuralların öngörülebilirlik ve ölçülülük ilkesine aykırı olarak yorumlanmasını ihlal kararına gerekçe olarak göstermiştir.

Son yıllarda Türkiye'den İHAM önüne taşınan dosya sayısı ve İHAM Türkiye hakkında vermiş olduğu ihlal kararı sayısı artış göstermiştir. Nitekim, 30.09.2024 tarihi itibarıyla İHAM önündeki başvuru sayısı bakımından Türkiye'nin birinci sırada olduğu belirtilmektedir. İHAM'ın konuya ilişkin grafikleri aşağıdadır:



**Tablo 1:** 31 Aralık 2016 itibarıyla İHAM önünde bekleyen başvuruların ülkelere göre dağılımı<sup>1</sup>

<sup>1</sup> ECHR, Annual Report, s. 193, [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/annual\\_report\\_2016\\_eng](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/annual_report_2016_eng), erişim tarihi: 21.10.2024.



**Tablo 2:** 30 Eylül 2024 itibariyle İHAM önünde bekleyen başvuruların ülkelere göre dağılımı<sup>2</sup>

Bu çalışmada ele alınan konu terör suçlarında suçüstü haline ilişkin olarak sunulan kuramsal çerçevenin yanı sıra, İHAM'ın Türkiye aleyhine yakın tarihte alınan yargı mensuplarına yönelik *Alparslan Altan-Türkiye* başvurusu<sup>3</sup> ve *Turan ve diğerleri-Türkiye* başvurusu<sup>4</sup> kararları üzerine bina edilmiştir. Böylelikle, yargı mensupları hakkında suçüstü işlemi uygulanıp uygulanamayacağı ya da hangi koşullarda uygulanabileceği konusundaki tartışmalar ele alınarak hem literatüre hem de insan hakları konusunda toplumsal duyarlılık ve bilince katkı sağlanması hedeflenmiştir.

<sup>2</sup> ECHR, Stastical Reports, <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/stats-pending-month-2024-bil> erişim tarihi: 21.10.2024.

<sup>3</sup> Alparslan Altan Başvurusu, B. No: 2016/15586, Karar Tarihi: 11.1.2018, RG. 19.1.2018, S. 30306; Alparslan Altan Başvurusu (2), B. No: 2018/22191, Karar Tarihi: 9.5.2019; Alparslan Altan Başvurusu (3), B. No: 2019/25385, Karar Tarihi: 4.11.2020.

<sup>4</sup> İHAM, Yıldırım Turan ve Diğerleri, B. No: 75805/16-426, İHAM Genel Ağ Sayfası, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%20itemid%22%20%2001-215088%22>, erişim tarihi: 12.06.2024.

## I. SUÇÜSTÜ HALİ

“Suçüstü” terimi Türk Dil Kurumu (TDK) Güncel Türkçe Sözlük’te; “Birini suç işlerken yakalama; cürmümeşhut, meşhut suç,” olarak tanımlanmıştır.<sup>5</sup> Türk Hukuk Lügati’nde bu terimin, “meşhut suç”<sup>6</sup> başlığı altında; “işlenmekte olan suç meşhut suçtur. Bundan başka henüz işlenmiş suç ile suçun işlenmesinden hemen sonra zabıta veya suçtan zarar gören şahıs yahut başkaları tarafından takip edilerek yahut suçun pek az evvel işlendiğini gösteren eşya veya izlerle yakalanan kimsenin işlediği suç da meşhut suç sayılır”<sup>7</sup> biçiminde tarif edildiği görülmektedir. Mülga Ceza Muhakemeleri Usûl Kanunu’nda (CMUK) ise terim: “İşlenmekte olan suç, meşhut suçtur. Henüz işlenmiş olan suç ile suçun işlenmesinden hemen sonra zabıta veya suçtan zarar gören şahıs yahut başkaları tarafından takip edilerek veya suçun pek az evvel işlendiğini gösteren eşya veya izlerle yakalanan kimsenin işlediği suç da meşhut suç sayılır” şeklinde tanımlanmıştır (CMUK m. 127).<sup>8</sup> 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda (CMK) da CMUK’taki tanımı devam ettirdiği, terimi hemen hemen aynı cümlelerle tanımladığı görülmektedir.<sup>9</sup> Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade

<sup>5</sup> TDK Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/erişim tarihi: 15.05.2024>.

<sup>6</sup> Arapça kökenli olan meşhud/meşhut sözcüğü “tanık olunmuş, şahitli” anlamına gelmektedir. Şehadet, şahit, şüheda sözcüklerinin tamamı aynı kökten gelmektedir. Bkz. Nişanyan Sözlük, <https://www.nisanyansozluk.com/kelime/me%C5%9Fhut erişim tarihi: 15.05.2024>.

<sup>7</sup> Türk Hukuk Lügati, Türk Hukuk Kurumu, 3. Baskı, Ankara, 1991, s. 231.

<sup>8</sup> Suçüstü halinde işlenen suçların diğer suçlara oranla kişisel ve toplumsal huzur ve sükûnu daha çok etkilediği, bu nevi suçlara tanık olan halkın daha fazla heyecana kapıldığı, halkta geniş çaplı korku, tedirginlik ve endişeye neden olduğu, halkın devlete olan güvenini sarstığı hususları dikkate alınarak, suçüstü halinde yakalanan failin yargılamasının seri ve çabuk bir şekilde yapılması amacıyla geçmişte 8.6.1936 tarihli ve Meşhut Suçların Muhakemesi Usûlü Hakkındaki Kanun ihdas olunmuş, bu düzenleme ise 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 18’inci maddesi ile ilga edilmiştir Bkz. Haluk Çolak, “Türk Hukukunda Suçüstü Yargılaması” Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1998, s. 12; AYM 1992 tarihli bir kararında suçüstü halinde yakalanan sanığa 3005 sayılı Kanun uyarınca savunmasını hazırlaması için 3 günlük süre verilmesi kuralını Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmişti. Bkz. Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar/Rıfat Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, Ankara, Seçkin, 2024, s. 332.

<sup>9</sup> Madde 2 “j) Suçüstü:

1. İşlenmekte olan suç,

2. Henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar

Alma Yönetmeliği'nde yer alan tanımlar da CMK'daki suçüstü tanımıyla aynıdır.

1982 Anayasası'nın "Yasama dokunulmazlığı" başlığı taşıyan 83'üncü maddesinin 2'nci fıkrası; "suçüstü" terimine yer vermiş fakat terimle ilgili herhangi bir tanımda bulunmamış, sadece ağır cezayı gerektiren suçüstü halinde milletvekillerinin TBMM'nin kararı olmadan da tutulabileceğini (yakalama), sorguya çekilebileceğini, tutuklanabileceğini ve yargılanabileceğini belirtmiştir. Bir düşünceye göre, bir milletvekiline ağır cezayı gerektiren suçüstü halinde rastlanır ve hakkında işlem yapılmazsa vahim bir skandal olacağı için böyle bir hüküm formüle edilmiştir.<sup>10</sup> Diğer bir düşünceye göre ise; suçüstü hali, isnadın ciddiyeti hakkında kuvvetli bir karine anlamına geldiğinden bu durum milletvekili dokunulmazlığı kapsamı dışında tutulmuştur.<sup>11</sup> Başka bir görüş ise, suçüstü halinde failin suçluluk hali şüphe ve duraksamaya yer bırakmayacak nitelikte olduğundan anılan hüküm ihdas edilmiştir.<sup>12</sup>

5237 sayılı TCK, mülga 765 sayılı TCK'dan farklı olarak, ağır hapis cezası-hafif hapis cezası ayırımına yer vermemiş, bunun yerine ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası -müebbet hapis cezası ve süreli hapis cezası sistemini benimsemiştir. Dolayısıyla Anayasa ve kanunlarda geçen ağır hapis cezasını gerektiren "suçüstü hali" ibaresindeki "ağır hapis cezası" terimini ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlar olarak yorumlamak iktiza etmektedir. Nitekim, 2011 yılında yürürlüğe giren 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun'un 16 ve 18'inci maddelerinde "ağır hapis" terimi yerine "ağır ceza mahkemelerinin görevine giren suçüstü hali" ifadesini kullanıldığı görülmektedir. Ağır ceza mahkemelerinin görevleri ise 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun ile belirlenmiştir.<sup>13</sup>

---

gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suçu,

3. Fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suçu..."

<sup>10</sup> Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku Genel Esaslar, İstanbul, Beta, 2018, s. 459.

<sup>11</sup> Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin, 2023, s. 301.

<sup>12</sup> Zafer Gören, Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin, 2020, s. 236.

<sup>13</sup> Anayasa'nın 83/2 maddesinde yer alan "ağır" sözcüğünün ceza hukuku kuralları esas alınarak yorumlanmasının yanlış olduğu, bunun genişletici yorum anlamına geldiği, anayasanın üstünlüğü ilkesi gereğince anayasada yer alan terimlerin ana-

Suçüstü haline yer veren CMK, PYSK ve mevzuattaki diğler hü-kümlerden suçüstü sayılan hallerin üç farklı şekilde ortaya çıkabile-ceği anlaşılmaktadır. Bunlardan ilki işlenmekte olan bir suçun varlığı, ikincisi henüz işlenmiş olan fiilden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından izlenerek yakalanan failin irtikap etti-ği suç ve sonuncusu da suç teşkil eden fiilin az önce işlendiğini göste-ren eşya veya kanıtlarla yakalanan kimsenin işlediği suçtur.

Öğretide suçüstü halinin, “dar anlamda suçüstü” ve “geniş anlamda suçüstü” şeklinde ikili tasnifle ele alındığı görülmektedir. Dar anlamda suçüstü; failin suçu irtikap ederken ve daha suç tamamlanmadan ya-kalanması, geniş anlamda suçüstü ise; suç tamamlandıktan sonra failin yakalanması olarak tarif edilmiştir.<sup>14</sup> Kanuni tabiriyle az evvel işlenen suçlar, failin suç işledikten hemen sonra takip edilerek yakalanması ve failin çok az önce suç işlediğini gösteren eşya, iz ya da belirtilerle yaka-lanması geniş anlamda suçüstü terimi içinde değerlendirilmektedir.<sup>15</sup>

Suçüstüne ilişkin yukarıda sıralanan tüm tanımların ortak noktala-rından bir tanesi “işlenmekte olan suç” ibaresidir. Bu ibarenin lafzi yoru-mundan, failin en azından teşebbüs hareketlerine varan eyleminin söz konusu olması gerektiği anlaşılmaktadır<sup>16</sup>. Cezalandırılabilirliği öne çeken teşebbüs kurumunu düzenleyen Türk Ceza Kanunu (TCK)’nın 35’inci maddesi, failin işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlamasından bahsederek teşebbüs teri-mini açıklamıştır. Benzer biçimde PYSK’nın yakalamayı düzenleyen 13’üncü maddesi, suça teşebbüs edilmesi halinden bahsederek suçüstü hali için asgari olarak teşebbüs halinde kalan bir suçun varlığının şart olduğunu ortaya koymaktadır. Bütün bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, teşebbüs teşkil etmeyen hazırlık hareketleri suçüstü halinin ko-nusu olamayacaktır.

---

yasa hukuku ilkeleri ve kuralları esas alınarak yorumlanması gerektiği yönünde bkz. Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, Bursa, Ekin, 2019, s. 557; Fazıl Sağlam, “Anayasa Hukuku Perspektifi ile Ağır Cezayı Gerektiren Suçüstü Hali Kavramı Üzerine Bir Deneme”, *Anayasa Hukuku Dergisi* 8 (15) (2019) s. 229.

<sup>14</sup> Çolak, s. 46.

<sup>15</sup> Çolak, s. 48.

<sup>16</sup> Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma Gezer/Yase-min F. Saygılar Kırıt/Esra Alan/Özdem Özaydın/Efser Erden Tütüncü/Mehmet Can Tok, Ceza Muhakemesi Hukuku Ankara, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 444.



Suçüstü halindeki “suç” işlenmekte olan suçu, “suçüstü hali” ise suç işlerken yakalanma halini anlatmaktadır.<sup>17</sup> Şüpheli veya sanığın yargıç kararı olmaksızın özgürlüğünün sınırlandırılması olarak tanımlanan<sup>18</sup> önleme yakalaması ve adli yakalama olarak sınıflandırılan yakalama işlemini kural olarak sadece kolluk güçleri yapabilirken bir istisna hali olarak suçüstü halinin varlığında herkes yakalama işlemini gerçekleştirebilir. “Özel kişilere kamu görevinin aktarılması ile yakalama hakkının doğması” olarak nitelendirilen bu işlem<sup>19</sup> bir düşünceye göre kişinin tutulması, özgürlüğünden mahrum bırakılması veyahut kaçmasına engel olunması anlamında değil, failin suçu işlerken görülmesini ifade eder.<sup>20</sup> Suçüstünde tanık olunmuş suç söz konusu olduğuna göre, somut olayda suçüstü halinin varlığı için fail ve mağdur dışında üçüncü kişilerin varlığı şarttır.<sup>21</sup>

CMK m. 90/1 de suçüstü halinin varlığı halinde kolluk dışındaki kişilerin veya herkesin de suç işlerken rastlanan fail/failer hakkında geçici olarak yakalama yetkisi olduğunu ifade etmiştir.<sup>22</sup> “Herkes” fail ve mağdur dışındaki herhangi bir üçüncü şahıs olabilir.

<sup>17</sup> Bu durumda suçüstü kavramının özünün görme değil geniş anlamda yakalama olduğu ileri sürülmüştür Çolak, s. 11.

<sup>18</sup> Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Seçkin, 2023, s. 291.

<sup>19</sup> Öztürk ve diğerleri, s. 445.

<sup>20</sup> Çolak, s. 6.

<sup>21</sup> Çolak, s. 46.

<sup>22</sup> Buna karşın, suçüstü halini anlatan İHAS'ın 5/c maddesi açık bir biçimde herkesin yakalama işlemi yapmaya yetkili olduğundan bahsetmemiştir: “Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması[...]” İHAS mezkûr hükümle suçüstü yakalamasında dahi makul şüphe aranması gerektiğini ifade ederek üçüncü kişinin özgürlüğüne hukuka aykırı müdahalenin gerçekleşmesinin önlenmesini amaçlamıştır. İHAM'a, göre makul şüphe; tarafsız bir gözlemciyi ilgili kimsenin bir suç işlediği konusunda ikna edecek unsurların ya da bilgilerin somut olayda mevcut olması olarak tanımlanmaktadır. Strazburg Mahkemesi, neyin makul olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunun somut olayın koşulları içinde ele alınması gerektiğini belirtmektedir. Türk hukukunda makul şüphe, arama işlemi ile bağlantılı olarak tanımlanmış olsa da Anayasa m. 90/son mucibince yakalama işlemi için de en azından makul şüphe seviyesinde bulunan şüphenin varlığı gerekmektedir. Öğretide bu nevi yakalamalarda kuvvetli suç şüphesinin bulunması gerektiğini ifade eden yazarların da bulunduğu görülmektedir.

Suçüstü halindeki failin yakalanması için ne yargıç kararı ne de yetkili mercilerden alınması gereken bir emre ihtiyaç vardır. Nitekim 1982 Anayasası'nın 19'uncu maddesi suçüstü yakalamasında yargıç kararına gerek olmadığını ifade etmektedir.<sup>23</sup> CMK'nın 91 inci maddesinin 1 ve 2'nci fıkralarına göre yakalan fail hakkında Cumhuriyet savcısı gözüaltına alma kararı verirse bu kişinin en geç 24 saat içinde yakalama yerine en yakın sulh ceza yargıcısı önüne çıkarılması icap etmektedir. Bunun için, somut olayda failin suç işlediğini düşündürecek emarelerin varlığı yeterli ve gereklidir.

İlgili mevzuatta yakalama işlemi açısından, suçüstü halinde ortaya çıkabilecek iki ayrı durum varsayımsal olarak ortaya konmuştur. Bunlardan ilki; kişinin o anda suçu işliyor olması, bir başka deyişle, icra hareketleri devam eden bir suçun varlığı, ikinci durum ise; az evvel tamamlanmış bir suç nedeniyle izlenen, yakalanmazsa kaçma ihtimali veya kimliğinin tespiti imkânı ortadan kalkacak olan failin söz konusu olduğu bir senaryodur. Ancak bu iki halden birisinin mevcudiyeti durumunda yapılan yakalama işlemi hukuken meşru bir işlem olarak kabul edilecektir.

Faille suç işlerken rastlanılmasından kastedilenin, suç işlenirken veya suçun işlenmesinden hemen sonra veya suçun işlendiği yere yakın bir yerde yakalama işleminin gerçekleştirilmesi olduğu ifade edilmiştir.<sup>24</sup> Böyle bir halde failin kaçma olasılığının olması ya da kimliğinin belirlenememesi gibi ilave koşullara kanun koyucu gerek görmemiştir.<sup>25</sup> Failin izlenerek yakalanması durumunda ise önemli olan nokta izlemenin suçüstü durumuna dayanılarak yapılmış olması ve izlemenin kesintiye uğramamış olmasıdır.<sup>26</sup> Hukuka uygun bir izleme işlemi olması için failin kaçma olasılığının bulunması veya kimliğini belirleme imkanının bulunmaması şeklinde formüle edilen koşulların mevcudiyeti aranmaktadır (CMK m. 90/1).<sup>27</sup> Somut olayın özelliklerle-

<sup>23</sup> “[...] Hâkim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılır, bunun şartlarını kanun gösterir”

<sup>24</sup> Çolak, s. 48.

<sup>25</sup> Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 311.

<sup>26</sup> Öztürk ve diğerleri, s. 445.

<sup>27</sup> “20.07.2014 tarihinde saat 11.30 sıralarında asayiş görevini ifa eden kolluk görevlilerinin, Gölbağçe Mahallesi, ... Caddesi, Küçükaba Mezarlığı yakınlarında, ken-

ri dikkate alınarak genel yaşam tecrübesine göre, failin hemen yakalanmadığında kaçmak suretiyle ceza soruşturmasından kurtulacağı değerlendiriliyorsa kaçma olasılığından söz edilebilir. Fail kimliğine ilişkin doğru bilgi vermediği anlaşılıyorsa araştırma yapılmadan da kimliği tespit edilemeyecekse bu durumda da suçüstü halinde yakalama hak ve yetkisi doğmaktadır.<sup>28</sup>

---

dilerini fark edip geldiği istikamete dönüş yapmaya çalışan... plaka sayılı aracı durdurdukları, kimliği hakkında sorulan sorulara çelişkili bilgiler veren sanığın gerekli incelemelerin yapılması amacıyla araç ile birlikte emniyet müdürlüğüne götürüldüğü, burada yapılan aramada, aracın direksiyonu altına gizlenmiş, koli bandına sarılı paket içerisinde suç konusu eroinin ele geçirildiği olayda; (g)erek olay tutanağı içeriğinden gerekse tutanak düzenleyici tanıklardan ...'un "aracın şoför mahallinin bulunduğu ön kısımda, direksiyonun alt bölümünde, dışarıdan bakıldığında ilk bakışta fark edilmeyecek alanda elle yapılan kontrol sırasında sert bir cisimden şüphelenildiği" şeklindeki beyanından da anlaşıldığı üzere, sanığın sürücülüğünü yaptığı aracın dışarıdan bakıldığında içerisi görünür yerlerinden olmayan direksiyonunun altında yapılan arama işleminin PVSK'nın 4/A maddesi kapsamında kontrol olarak değerlendirilemeyeceği, suç konusu uyuşturucu maddelerin ele geçirilme anına kadar suçüstü hâlinin söz konusu olmadığı, araçların dışarıdan bakıldığında görünür yerlerinden olmayan bölümlerinde gerçekleştirilecek arama işlemi için, CMK'nın 116 ve devamı maddeleri uyarınca hâkimden karar veya Cumhuriyet savcısından yazılı emir alınması ya da PVSK'nın 9. maddesi gereğince usulüne uygun olarak alınmış bir önleme araması kararının gerekli olduğu, ancak dosya kapsamında bu tür bir arama kararı ya da yazılı arama emrinin bulunmadığı, derhâl işlem yapılmadığı takdirde işlendiği iddia edilen suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolacağına diğer bir anlatımla gecikmesinde sakınca bulunduğuna ilişkin hiçbir bilgi ve belgenin de olmadığı anlaşıldığından, suç konusu uyuşturucu maddenin hukuka aykırı olarak elde edilen delil niteliğinde olması nedeniyle ...hükme esas alınamayacağı, hukuka uygun olmayan arama işlemi sonucunda ele geçirilen maddi deliller değerlendirme dışında tutulduğunda, sanığın atılı suçu işlediğini gösterir mahkûmiyetini gerektirecek nitelikte başkaca delilin de bulunmadığı dikkate alındığında Özel Daire kararında bir isabetsizlik bulunmadığı kabul edilmelidir", bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK), 2.5.2019, E. 2016/465, K. 2019/369, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, erişim tarihi: 10.06.2024;

<sup>28</sup> Öztürk ve diğerleri, s. 446; bu tür yakalamaya muhatap olan failin durumunun muhafaza altına alma olduğu ifade edilmiştir. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 4'üncü maddesine göre muhafaza altına alma; "kanunun yetki verdiği hallerde merci önüne çıkarılması gereken kişinin ilgili kurum veya kişi teslim alıncaya kadar sağlıklarına zarar verilmeyecek şekilde ve zorunlu olduğu ölçüde özgürlüklerinin kısıtlanıp alıkonulması" şeklinde tarif edilmiştir.

## II. ÖRGÜTLÜ SUÇLAR VE TERÖR SUÇLARI

### A. Suç İşlemek İçin Örgüt Kurma Suçu (TCK m. 220)

#### 1. Tanım Olarak Örgüt

İnsan her şeyi tek başına yapabilecek /başarabilecek psikolojik ve fizyolojik kapasiteye sahip değildir. Kimi yetersizlikler, beslenme, barınma, güvenlik gibi temel ihtiyaçlar insanların kendi aralarında güçlerini birleştirmeye ve iş birliğine yöneltir. Bu iş birliği hali ise toplumsal kurumların ve örgütsel yapıların temelini oluşturur.<sup>29</sup>

Örgütlerin; hukuk, sosyoloji, sosyal psikoloji, psikoloji, iktisat, işletme, kamu yönetimi, antropoloji ve siyaset bilimi gibi çeşitli bilimlerin ortak çalışma alanı olması, örgütlere farklı açılardan bakılmasına ve örgüt terimi hakkında farklı tanımlar oluşturulmasına neden olmuştur. Bu farklı bakış açıları nedeniyle “örgüt” terimi hakkında disiplinler arası ortak bir tanımlama yapılması mümkün olmamıştır.<sup>30</sup>

Örgüt TDK Güncel Türkçe Sözlükte; “ortak bir amacı veya işi gerçekleştirmek için bir araya gelmiş kurumların veya kişilerin oluşturduğu birlik; teşekkül, teşkilat” biçiminde tanımlanmıştır.<sup>31</sup> Bir başka tanıma göre ise örgüt, ast-üst ilişkisinin ve devamlılığın olduğu, somut bir birleşmedir.<sup>32</sup> Kişilerin belli bir amaç için organize biçimde bir araya gelmelerine ve yahut organize bir biçimde teşkilatlanmalarına/ yapılanmalarına örgüt denilmektedir. Bernard’a göre, iki veya daha fazla kişinin bilinçli olarak eşgüdümlemiş etkinlik güçlerinden oluşan sisteme örgüt adı verilir.<sup>33</sup>

Örgütler çok amaçlı, çok işlevli, birbirleriyle ilişkili birçok alt sistemden oluşan, dinamik- açık sistemlerdir. Örgüte ilişkin temel kavramlar; insan kaynağı, sistem, iş birliği, iş bölümü, yetki hiyerarşisi, eşgüdüm, sorumluluk ve amaçtır.<sup>34</sup>

<sup>29</sup> Mehmet Alıç, “Örgütler”, *Eğitim Yönetimi* 1 (I) (1995) s. 1.

<sup>30</sup> Alıç, s. 2.

<sup>31</sup> Alıç, s. 2.

<sup>32</sup> Ayhan Bozlaş, “Çıkar Amaçlı Organize Suçlarla Mücadeleye İlişkin Temel Hukukî Düzenlemeler ve Başlıca İlkeler”, *Polis Bilimleri Dergisi* XI (3) 2009, s. 63-64.

<sup>33</sup> Barnard, Chester. *The Functions of The Executive*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1988, s. 82’den aktaran Alıç, s. 3.

<sup>34</sup> Alıç, s. 4.

Bireylerin kendi menfaatlerini korumak için kendilerini temsil eden toplu teşekkül oluşturarak bir araya gelmeleri hakkı biçiminde tanımlanan.<sup>35</sup> İHAS'ın 11'inci maddesi ile 1982 Anayasası'nun dernek kurma hürriyeti, sendika kurma hakkı ve siyasi parti kurma hakkı gibi hak ve hürriyetlerinin düzenlendiği hükümlerde güvence altına alınan, örgütlenme hakkı; serbest biçimde, önceden izin almaksızın örgüt kurma veya bireylerin kendi seçtikleri örgütlere üye olma, örgüt üyelerinin kendi tüzükleri ve kurallarını belirleme, temsilcilerini özgürce seçme, örgüt yönetimini düzenleme ve programlarını özgürce geliştirme, müdahalelere karşı korunma talep etme ve uluslararası örgütlere üye olabilmek haklarını içermektedir.<sup>36</sup> Bu hakkın medeni, siyasi ve ekonomik yönleri vardır ve buna göre de farklı farklı örgüt biçimleri ortaya çıkmaktadır.<sup>37</sup>

Demokratik hukuk devletlerinde toplumu oluşturan bireylerin ortak düşünce ve değer etrafında toplanabilmeleri, dernek vakıf, sendika, şirket, siyasi parti, meslek örgütü (ismi ne olursa olsun) farklı yapıların çatısı altında bir araya gelebilmeleri, kimi faaliyetler icra etmeleri, ortak bir dil kullanarak taleplerini ortaya koymaları, iktidarı, otoriteyi ve yönetimi eleştirebilmeleri çok sesliliğin ve dolayısıyla demokratik hukuk devletinin olmazsa olmaz koşullarından bir tanesidir. Bu nevi yapılar suç işlemek için kurulmadığı müddetçe sırf örgütlen-diler diye kimseye ceza sorumluluğu yüklenmemesi gerekir.<sup>38</sup>

<sup>35</sup> D.J. Harris ve M. O'Boyle ve E.P. Bates ve C.M. Buckley, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Çev. Mehveş Bingöllü ve Ulaş Karan, Avrupa Konseyi, Ankara, 2013, s. 542.

<sup>36</sup> Uluslararası Çalışma Örgütü, Örgütlenme Özgürlüğü, Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi Kararları Derlemesi Çev. Çağla Ünlütürk Ulutaş, Cenevre, Altıncı baskı, 2018, s. 19 vd.

<sup>37</sup> Ulaş Karan, Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 3, Ankara, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, 2018, s. 4.

<sup>38</sup> Ersan Şen/H. Sefa Eryıldız, Suç Örgütleri, Ankara, Seçkin, 2024, s. 36; Buna karşın, mülga 765 sayılı TCK'nun 141 ve 142'nci maddeleri bir zümrenin diğer zümreler üzerinde hakimiyet kurmasını amaçlayan gizli cemiyet kurma, bu cemiyetlere üye olma ve bunların propagandasını yapma eylemlerini cezalandırırken bu maddelerde 1951 yılında yapılan değişiklikle suçun unsurları arasından cebir ve şiddetin çıkarılması ile cezalandırılabilirliğin alanını oldukça genişletmiştir.

## 2. Suç İşlemek İçin Örgüt Kurma Suçu

“Mafya”, “çete” veya “çıkarcı amaçlı suç örgütü” gibi isimlerle somutlaşan organize suç örgütlerinin daha çok kara para aklama, insan kaçakçılığı, uyuşturucu madde ticareti, silah-mühimmat kaçakçılığı, tehlikeli madde kaçakçılığı, dolandırıcılık, cinsel suçlar, organ ticareti, ihaleye fesat karıştırma gibi ekonomik ve parasal yönü ağır basan suçlar etrafında yapılandıkları görülmektedir. Keza bu örgütler arazi/arsa rantı, çek-senet, kumar, otopark, eğlence yerleri, haraç, tefecilik gibi alanlarda faaliyetlerini yoğunlaştırmaktadırlar. Bu tip örgütlerin ekonomik koşulların kötüleştiği, enflasyonun ve işsizliğin arttığı, ekonomik krizlerin ortaya çıktığı dönemlerde daha da çoğaldığı, mevcut olanların ise daha çok güç devşirdikleri anlaşılmaktadır.<sup>39</sup> Örgüt mensupları için örgütlenme nihai amaç değildir. Örgüt amaca ulaşmak için araç olarak kullanılan bir mekanizmadır.

Örgütlü suçluluk; ortak bir amaç (bu amaç belirli bir ya da birden fazla suç olabilir) için hiyerarşik olarak (ast-üst veya emir-komuta ilişkisinin olduğu dikey yapılanma), disiplinli, sürekli ve kamu düzenini bozacak şekilde bir araya gelen kişilerin birlikte suç işlemesi olarak ifade edilebilir.<sup>40</sup> Bir başka tanıma göre suç örgütü; “süreklilik arz eden, iç disiplini bulunan, hiyerarşik bir yapıya sahip olan, kısmen ya da tamamen yasal olmayan yollarla malî veya ticari kazanç elde etme amacını gaye edinen gruplardır”.<sup>41</sup> Bu kapsamda Türkiye’nin taraf olduğu 2000 tarihli Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ni de anmak gerekir. Bu sözleşmede örgütlü suç; “doğrudan veya dolaylı olarak malî veya diğer bir maddi çıkar elde etmek amacıyla belli bir süreden beri var olan ve bu Sözleşmede belirtilen bir veya daha fazla ağır suç veya yasadışı eylemi gerçekleştirmek amacıyla birlikte hareket eden, üç veya daha fazla kişiden oluşan yapılanmış bir grup” şeklinde ile tarif edilmiştir.<sup>42</sup>

<sup>39</sup> Mahmut Gökpinar, “Sosyal ve Kriminal Boyutlarıyla Organize Suç”, *TBB Dergisi* 60, 2005, s. 225.

<sup>40</sup> Yenisey/Nuhoğlu, s. 874; Vesile Sonay Evik, “Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan Kitabı, İstanbul, 2013, s. 678.

<sup>41</sup> Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Caner Yenidünya, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, Ankara, Adalet, 2016, s. 837.

<sup>42</sup> Sözleşme Metni için bkz. [https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020102044bm\\_45.pdf](https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020102044bm_45.pdf), erişim tarihi: 15.06.2024



1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu (Zanardelli)'nin iktibasla mülga 765 sayılı TCK'nın 168'inci ve "cürüm işlemek amacıyla teşekkül oluşturma" başlığı taşıyan 313'üncü maddesinde suç örgütünün tanımı yapıldığı görülmektedir. 1 Ağustos 1999 tarih ve 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun 1'inci maddesinde de suç örgütü tanımlanmıştır. Keza, mülga 1412 sayılı CMUK'ta örgütlü suçlara özgü iletişimin dinlenmesi veya tespiti, gizli izleme, kayıt ve verilerin incelenmesi, gizli görevli kullanılması, yurt dışına çıkış yasağı gibi kimi koruma tedbirleri ihdas edilmiştir. 2005 yılında yürürlüğe giren TCK'nın "Topluma karşı suçlar" başlıklı üçüncü kısmın "Kamu Barışına Karşı Suçlar" başlıklı beşinci bölümünde suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna 220'nci maddede yer verilmiştir.

Öğretide ağırlıkta olan görüş, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun mağdurunun genel olarak toplum olduğu yönündedir.<sup>43</sup> Bir düşünceye göre, zaten bütün suçlar topluma karşı işlendiğinden bu suçun mağduru kamu düzenini sağlamakla görevli kamu idaresi yani kolluktur.<sup>44</sup> Başka bir düşünceye göre, bu suçun mağdurunu tanımlamak olanaksızdır.<sup>45</sup> TCK m. 220'nin gerekçesinde örgüt kurmanın işlenmesi amaçlanan suçlar açısından araç niteliğinde olduğu, faillere kolaylık sağladığı ifade edilerek bu suçla korunan hukuksal değerlerin kamu güvenliği ve barışı ile bireylerin anayasal temel hak ve hürriyetleri olduğu belirtilmiştir.<sup>46</sup>

TCK'nın 220'nci maddesi çok faili suç ve somut tehlike suçu şeklinde formüle edilmiştir.<sup>47</sup> Korunan hukukî değerlerin toplumsal barış

<sup>43</sup> Caner Yenidünya/Zafer İçer, "Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan Özel Sayısı 19 (2) (2013) s. 816.

<sup>44</sup> Zeki Hafızoğulları/Günel Kurşun, "Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk", *TBB Dergisi* (71) (2007) s. 36.

<sup>45</sup> Tozman, s. 170; Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Rıfat Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara, Seçkin, s. 910.

<sup>46</sup> İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Mevzuatı*, Cilt I, Ankara, Seçkin, 2023, s. 442; TCK m. 220'nin ceza sorumluluk alanını oldukça genişlettiği, iştirak alanını daralttığı, çok faili suçlar ile örgüt suçlarının birbirine karıştırıldığı ve bu yönüyle temel hak ve hürriyetler bakımından beklenen faydayı sağlamadığı telafisi güç zararlara neden olduğu yönünde bkz. Şen/Eryıldız, s. 40 vd.

<sup>47</sup> İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 2023, s. 412-413; Hafızoğulları/Kurşun, s. 36; Yargıtay 10. CD, E. 2012/39897, K. 2012/55096, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, erişim tarihi: 13.06.2024; madde başlığının



olduğu bu suça ilişkin madde lafzında suçun maddi unsuruna ilişkin hareketler; örgüt kurma, örgütü yönetme ve örgüte katılma şeklinde belirlendiği için seçimlik hareketli bir suç söz konusudur.<sup>48</sup> TCK m. 220 gereğince somut olayda (üye sayısı, elverişlilik, süreklilik, hiyerarşi gibi unsurlar da mevcutsa) kanun koyucunun suç saydığı fiilleri işlemek için örgüt kuranlar, örgütü yönetenler, örgüte üye olanlar sorumlu olurlar. Başka bir söyleyişle, bu suçun maddi unsurunu oluşturan hareketler örgüt kurmak, örgütü yönetmek ve örgüte üye olmaktır.

Bir düşünceye göre, bu suçu oluşturan bahse konu fiiller, bizatihi mahiyetleri itibariyle amaç suçlara yönelik hazırlık hareketleri niteliğindedir.<sup>49</sup> Nitekim, kanun koyucu hazırlık hareketlerini cezalandırmama yönündeki suç ve ceza politikasının bir yansıması olarak bu nevi fiilleri TCK kapsamında değerlendirmemiş ve fakat toplumsal barışı, temel hak ve hürriyetleri hedef alan, korunmak istenen hukuksal değer bakımından ağır ve yakın zarar tehlikesi doğuran örgütsel suçlara ait hazırlık hareketleri bu kuraldan istisna tutulmuştur.<sup>50</sup> Başka bir söyleyişle bu suçla cezalandırılabilirlik alanı öne çekilmiş olmaktadır.

Birden fazla kişinin bir araya gelerek suç işlemesi tek başına örgütün varlığını kabul etmek için yeterli değildir. Suç işlemek için bir araya gelmiş kişilerin en az üç kişiden müteşekkil olması, bunların arasında gevşek de olsa hiyerarşik yapının (ast-üst ilişkisi) olması, bu birlikteliğin süreklilik göstermesi ve amaçlanan suçu/suçları gerçekleştirmeye elverişli üye sayısına araç ve gerece sahip olunması iktiza etmektedir.<sup>51</sup> Nitekim, “*Suç işlemek amacıyla örgüt kurma*” başlığı taşı-

---

madde içeriğini temsil etmekten uzak olduğu yönündeki eleştiriler için bkz. Vesile Sonay Evik, “Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan Kitabı, İstanbul, 2013, s. 672.

<sup>48</sup> Yusuf Emek, “Terörizm Çerçevesinde Terör Örgütü Kurma, Yönetme ve Üye Olma Suçu”, Doktora Tezi, İstanbul, 2016, s. 162.

<sup>49</sup> Evik, s. 672.

<sup>50</sup> Evik, s. 673.

<sup>51</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 911; Evik, s. 683; Cihan Kavlak, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu, Ankara, Seçkin, 2017, s. 365; Önder Tozman, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu, Ankara, Adalet, 2017, s. 177; İzzet Özgenç, Suç Örgütleri, Ankara, Seçkin, 2023, s. 274; Çetin Özek, “Organize Suç”, Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1998, s. 195; Vesile Sonay Evik, Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu, İstanbul, Beta, 2008, s. 6; Yenedünya/İçer, s. 799 vd. ; Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 5, Ankara, 2010, s. 6229; “...Soyut bir

yan TCK'nın 220'nci maddesinin gerekçesinde de hiyerarşik bağ, devamlılık, elverişlilik ve ortak amaç unsurlarına vurgu yapıldığı görülmektedir.<sup>52</sup> Suç işlemek amacı etrafında fiilî bir birleşme yeterli olup, örgütün varlığının kabulü için suç işlenmesine gerek bulunmadığı gibi işlenmesi amaçlanan suçların konu ve mağdur itibarıyla somutlaştırılması mümkün olmakla birlikte, zorunluluk arz etmemektedir.<sup>53</sup> Özetle, suç örgütünün varlığı için gerekli unsurların; suç işleme amacı etrafında fiilî bir birleşme, devamlılık/süreklilik, en az üç kişiden oluşan üye sayısı, amaçlanan suçları işlemeye elverişli üye, araç ve gereç ve hiyerarşik yapılanma şeklinde belirlendiği görülmektedir.<sup>54</sup>

Silahlı örgüt suçu, suç örgütünün özel bir şeklini oluşturmaktadır. TCK m. 220 bakımından örgütün silahlı olması suçun maddi unsurları arasında gösterilmemiştir. Somut olayda silahlı bir örgüt söz konusu ise bu durum nitelikli hal olarak kabul edilecektir. (TCK m. 220/3).

TCK'nın 220'nci maddesi, silahlı örgüt (TCK m. 314) ve terör örgütü (TMK m. 7) suçları için genel ve tamamlayıcı niteliktedir.<sup>55</sup> Örgüt suçluluğu TCK m. 220 ile bağımsız bir suç haline getirilmişse de kimi suçlar bakımından da nitelikli hal olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. Nitekim TCK m. 314/3 hükmünde de "suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin hükümler, bu suç açısından da aynen uygulanır" denilmek suretiyle, TCK'nın 220'nci maddesinin genel ve tamamlayıcı niteliği açıkça ortaya konulmuştur.<sup>56</sup> TCK'nın 220. maddesinin genel

---

birleşmeden ziyade bünyesinde organik ve hiyerarşik yapı ve dolayısıyla alt üst ilişkisi, emir komuta zincirinin hakim olduğu bir yapılanma olup, bu ilişki nedeniyle mensupları üzerinde hakimiyet kuran güç kaynağı niteliğini kazanmaktadır. Altlık üstlük ilişkisi, emir ve talimat yetkisini içerir basit de olsa hiyerarşinin mevcudiyeti ve belirsiz sayıda suçlar işlemek için bir araya gelmenin devamlılığını gösteren dış emarelerin varlığı ve amaçlanan suçlar için örgütsel yapı, üye, araç gereç bakımından elverişli olması gereklidir. Örgütün amaçlarına ulaşmak bakımından bu niteliklere sahip olup olmadığı somut olaya göre belirlenmelidir", Bkz. Yargıtay 16. CD, 21.04.2016, E. 2015/4672, K. 2016/2330, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, erişim tarihi: 15.06.2024.

<sup>52</sup> Özgenç, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, s. 442 vd.

<sup>53</sup> YCGK, 03.04.2007, E. 2006/10-253,2007/80 K.'dan aktaran Yenidünya/İçer, s. 805.

<sup>54</sup> Şen/Eryıldız, s. 37; madde metninde elverişlilik unsuruna yer verilmesinin isabetli olmadığına ilişkin eleştiriler için bkz. Hafızoğulları/Kurşun, s. 36.

<sup>55</sup> Emek, s. 362;

<sup>56</sup> Tülay Kitapçioğlu Yüksel, "Silahlı Örgütlenme Suçu (TCK m.314)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 72 (1) (2023) s. 296.

ve tamamlayıcı nitelikli olmasının bir yansıması olarak terör suçları dışında, söz gelimi 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 4'üncü maddesinde yer alan suçun örgüt çatısı altında ika edilmesi halinde TCK m. 220 hükümlerine gönderme yapılması bu kabildendir.<sup>57</sup>

## B. Türk Hukukunda Terör Suçları

### 1. Tanımlar

#### a. Terör

Latince de titremek, korkmak anlamına gelen “*terrere*” sözcüğü Fransızcaya ve titreme, büyük korku, dehşet ve yıldırıma dayalı yönetim anlamlarında kullanılan “*terreur*” kelimesi olarak geçmiştir<sup>58</sup>. Sözcüğün İngilizcedeki karşılığı ise “*terror*” kelimesidir<sup>59</sup>. Öğretide, egemen ve zorba anlamlarına gelen “*tiran*”<sup>60</sup> sözcüğü ile terör kelimesinin aynı kökten geldiği yönünde düşünceler ileri sürülmüştür.<sup>61</sup> Batı dillerinden dilimize giren bu kelime sözlüklerde; “karşı tarafa korku salma”, “cana kıyma”, “malı yakıp yıkma”, “yıldırı”, “tedhiş” ifadeleri ile tarif edilmektedir<sup>62</sup>. Büyük ölçekte korku veren ve bireylerde/halkta yılgınlık yaratan eylemler bu terim için yapılan tanımlardan bir başkasıdır.<sup>63</sup>

Öğretide teröre dair birçok tanımın yapıldığı görülmektedir.<sup>64</sup> Sözgelimi, Prof. Dönmezer'e göre terör, şiddetin; sosyal, ulusal, ırk-

<sup>57</sup> Şen/Eryıldız, s. 54, 99.

<sup>58</sup> Dictionnaire De Français, <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/terreur/77456>, erişim tarihi: 15.05.2024.

<sup>59</sup> Ercan Çitlioğlu, Gri Tehdit Terörizm, Ankara, Destek Yayınları, 2008, s. 14; Oxford English Dictionary, <https://www.oed.com/search/dictionary/?scope=Entriespara.q=terror>, erişim tarihi: 20.05.2024.

<sup>60</sup> Nişanyan Sözlük, <https://www.nisanyansozluk.com/kelime/tiran>, erişim tarihi: 15.05.2024.

<sup>61</sup> Jonathan Fine. “Political and Philological Origins of the Term ‘Terrorism’ from the Ancient Near East to Our Times” Middle Eastern Studies 46 (2) (2010): 271–88.

<sup>62</sup> TDK Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>; Nişanyan Sözlük, <https://www.nisanyansozluk.com/kelime/ter%C3%B6r>, erişim tarihi: 20.05.2024

<sup>63</sup> Tulga Uyar, Terörle Malî ve Hukukî Mücadele, Ankara, Adalet Yay. 2008, s. 6; Atilla Yayla, “Terörizm: Kavramsal Bir Çerçeve”, Ankara Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi XLV (1-4) (1990) s. 335.

<sup>64</sup> Detaylı tanımlar için bkz. Sabri Dilmaç, “Terörizmde Tanım Sorunu ve Yaklaşımlar”, Doktora Tezi, Ankara, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, 2011, s. 83 vd.

sal, dinsel, fesat çıkarıcı vb. amaçlarla ve sosyal sınıflar arasında çatışma çıkarmak, ülkeyi savaşa tahrik etmek üzere planlı ve hukuk dışı olarak kullanılmasıdır.<sup>65</sup> Prof. Bayraktar ise terörü; iktidara ya da siyasal amaca erişmek için şiddete başvurma veya toplumda baskı, korku, yılgınlık yaratılması şeklinde tarif etmiştir.<sup>66</sup> Prof. Hafızoğulları'na göre, belli bir düşünce veya ideolojiyle, siyasal iktidarı ele geçirmeye çalışan acımasız şiddet hareketi terör olarak nitelendirilebilir.<sup>67</sup>

Terör terimi 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 1'inci maddesinde de tanımlanmış bu tanımında daha çok yöneme ve terör fiilinin amaç unsuruna yer verilmiştir. Öğretide bir eylemin terör eylemi olarak kabul edilebilmesi için; suç teşkil eden bir eylemin varlığı, suçun işleniş biçimi (yöntem), amaç ve örgütsel birliktelik olmak üzere dört unsurun varlığı aranmıştır.<sup>68</sup>

## b. Terörizm

Terörizm teriminin ilk defa 1793-1794 yıllarındaki Fransız Jacoben hükümetin muhaliflerine karşı giriştiği eylemler için kullanıldığı ve bunun yukarıdan aşağıya terörün, başka bir ifadeyle, devlet terörünün ilk örneği olduğu belirtilmiştir.<sup>69</sup> Terörizmin zamanla yeni yeni yöntemler denediği görülmektedir. Eylemlerde kullanılan şiddetin dozajı artmış, büyük çapta tahribata sebebiyet verebilen, toplu ölüm ve hatta kitlesel imha yeteneği elde edilmiştir. Terörizm yerelden çıkarak uluslararasılaşmış ve artık siviller de hedef alınmaya başlanmıştır. Gerçekten de, yüzyılın başlarında Fransız Dışişleri Bakanı Louis Barthou, Yugoslavya Kralı Aleksandr, ABD Başkanı John F. Kennedy ve Hindistan Başbakanı Indira Gandhi gibi devlet adamları hedefken son dönemde, özellikle 11 Eylül ve sonrasında kişilerin yerini Dünya Ticaret Merkezi gibi sembol hedefler almış, Arap Baharı sonrasında ortaya çıkan IŞID gibi örgütler ise Avrupa başkentlerinde; sivillerin üzerine araç sürme,

<sup>65</sup> Sulhi Dönmezer, *Kriminoloji*, Ankara, 2020, s. 12.

<sup>66</sup> Köksal Bayraktar, *Siyasal Suç*, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 158, 159

<sup>67</sup> Hafızoğulları/Kurşun, s. 47.

<sup>68</sup> Bilal Osmanoğlu/Fahrettin Kıldıl, "Türk Ceza Hukukunda Terör Örgütü ve Terör Suçu Kavramları Üzerine Bir İnceleme", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi* Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, 21 (Özel S.) (2019) s. 1141-1177.

<sup>69</sup> Walter Laqueur, *Terrorism*, Boston, Little Brown and Company, 1977, s. 6.

sivillere bıçaklı saldırı ve canlı bomba gibi eylemleri yöntem olarak benimsemişlerdir.

Küreselleşme sayesinde ülke sınırlarının ortadan kalkması veya sınır geçirgenliğinin artması, teknolojik yeniliklerin sağladığı kolaylıklar sayesinde terör örgütleri insan gücü, ikmal ve lojistik destek ve temin imkanlarını artırmış bu da uluslararası terörizmin yayılmasında etkili olmuştur. Evvelce terör örgütü sadece içinde bulunduğu ülkeyi hedef alırken terörün bu yeni şeklinde herhangi bir ülkenin toprağı hedef olabilmektedir. Küresel ya da uluslararasılaşmış, terörizmin bu yeni şekli ile mücadele edebilmek için 1960'lı yıllardan itibaren ulusal ve uluslararası alanda önemli adımlar atılmış, ülkeler ulusal güvenlik konseptlerini ve stratejilerini güncelleyip değişen koşullara uyarlamaya çalışmışlardır.<sup>70</sup>

Terörizm, siyasal amaçlar için örgütlü/ sistemli terör kullanmayı yöntem olarak benimseyen bir strateji anlayışı doğrultusunda<sup>71</sup> siyasal talepleri kabul ettirmek üzere; kişileri, grupları, toplumu ve hükümeti yıldırmak için sistematik olarak öldürme, tahrip etme, yakıp-yıkma, bombalama, patlatma, ulaşım araçları veyahut kişilerin kaçırılması gibi eylemler ya da bunların yapılacağına dair tehdidin alıcıya/ilgili-sine/topluma ulaştırılmasıdır<sup>72</sup>. Bahse konu siyasal amaçlar; etnik terör, ayrılıkçı terör, bölücü terör ve dini köktenci terör şeklinde tezahür etmekte ve terör örgütleri genel olarak çağdaş demokratik düzeni ve hukuk devletini hedef almaktadır.

Terörizmin siyasi amaçlar için örgütlü, sistemli ve sürekli olarak terör yöntemleri kullanmayı benimseyen strateji anlayışı olduğu yukarıda ifade edilmiştir. Genel olarak bakıldığında terör şiddetin aşırılığı biçimini, terörizm ise siyasal amaç için şiddetin yöntem olarak seçilmesini ifade etmektedir.<sup>73</sup> Terör; kontrolsüzce, tesadüfi, münferit, sistematik veya organize olmayan aşırı şiddet ve katliamlar şeklinde

<sup>70</sup> BM, BM Güvenlik Konseyi, ICAO gibi BM alt birimleri, ASEAN, Afrika Birliği Örgütü, AB, G7 ülkeleri, UAİK, AGİT ve NATO gibi uluslararası kuruluşların çatısı altında ortaya konan düzenlemeler programlar, strateji belgeleri, oluşturulan komite ve görev güçleri vs. hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dilmaç, s. 60 vd.

<sup>71</sup> Muhittin Soyvural, *Terörizmin Anatomisi*, İstanbul, Başar Ofset, 1997, s. 17.

<sup>72</sup> Paul Wilkinson, *Terrorism and the Liberal State*, New York, New York University Press, 1979, s. 49.

<sup>73</sup> Dilmaç, s. 91.

ortaya çıkabilen, çoğu kez anlık veya kısa süreli şiddeti ifade ederken, terörizm ise; sistematik, iradi, çoğu kez örgütlü, belirli bir amaca matuf ve stratejik nitelikleri haizdir.<sup>74</sup> Bu nedenle her türlü şiddet hareketini terör olarak tanımlamak mümkünken; terörizm daha dar bir alanı ifade etmektedir. Kısaca; “siyasal amaçlı şiddet”, “şiddet yoluyla politika” veyahut “şiddetin özel bir biçimi” olarak da tarif edilen<sup>75</sup> terörizm terimi; “yıldırma”, “kanundışı ve acımasız biçimde şiddet içeren vasıtalarla başvurarak siyasal mücadele yapma” anlamına gelmektedir.<sup>76</sup> Dolayısıyla terörizm terimi ile siyasi unsur arasında ayrılmaz bir bağ vardır.<sup>77</sup>

Terörizm terimi TDK Güncel Türkçe Sözlükte; “Bir siyasi davayı zorla kabul ettirmek için karşı tarafa korku salacak, cana veya mala kıyacak davranışlarda bulunma; yıldırıcılık, yıldırmacılık, terörcülük, tedhişçilik” biçiminde tanımlanmıştır.<sup>78</sup> Bir başka tanıma göre terörizm, devlet otoritesini zaafa uğratmak/ yıkmak, rejimi değiştirmek veyahut belirli amaçları gerçekleştirmek için girişilen siyasal nitelikli şiddet eylemlerinin tümüdür.<sup>79</sup>

Terörizm; demokratik düzeni yıkmak amacına yönelik olarak, özü icabı korkuya açık olan toplumun ve toplumu oluşturan bireylerin ve bunların iradelerinin direncini kırmaya, matuf, elverişli vasıtalarla gerçekleştirilen ve vicdani-ahlaki-sosyal-insani vs. tüm değerleri hedef alan acımasız bir şiddet kullanımudur<sup>80</sup>. Terörizm, yasadışı, siyasal/politik veya stratejik hedefleri gerçekleştirmek için insanlara saldırılması, onların korkutulması- yıldırılması, masum insanlara karşı bilinçli ve planlı bir şekilde şiddet uygulanması veya şiddet kullanma tehdidinde bulunulmasıdır.

<sup>74</sup> Cenker Korhan Demir, *Ayaklanmalar ve Ayaklanmalara Karşı Koyma: Kavramlar, Stratejiler ve Ülke Tecrübeleri*, Ankara, Nobel Yayınları, 2017, s. 161.

<sup>75</sup> Yusuf F. Şen, “Şiddet, Siyasal Şiddet ve Terör”, *Radikalleşme Şiddet ve Terörizm*, Ed. Salih Zeki Haklı, Ankara, Polis Akademisi Yayınları, 2018, s. 29-30.

<sup>76</sup> *Hafızoğulları/Kurşun*, s. 47.

<sup>77</sup> Hamide Zafer, *Ceza Hukukunda Terörizm*, İstanbul, Beta, 1999, s. 101; Sertaç Başeren, “Terörizm, Kavramsal Bir Değerlendirme ve Hukukî Mücadele Yaklaşımları”, *Türkiye Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 1 (1998) s. 157.

<sup>78</sup> TDK Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, erişim tarihi: 15.05.2024.

<sup>79</sup> *Ansiklopedik Siyasi Terimler ve Örgütler Sözlüğü*, Ankara, Güvenlik ve Yargı Muhabirleri Derneği, 1992.

<sup>80</sup> Antolisei, *Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale-II*, Milano 1982, 1012’den aktaran *Hafızoğulları/Kurşun*, s. 47.



Öte yandan; terör suçlarının yargılanması ve bu bağlamda suçluların iadesine ilişkin Washington Tedhiş Hareketlerini Önleme ve Cezalandırma Sözleşmesi (1971), Tedhişçiliğin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi (1977), Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin 23 Eylül 1999 tarih ve 1426 sayılı Kararı, Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulunun 17 Aralık 1999 tarih ve 54/164 sayılı Kararı, BM Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme ve Terörizm Önlenmesi Avrupa Sözleşmesi (2005) gibi kimi uluslararası metinlerde terörizmin tanımına yer verildiği görülmektedir.<sup>81</sup>

### c. Terör Örgütü

Terör örgütleri şiddet, ses getirici eylemler gibi araçlara başvurarak toplum üzerinde baskı kurup topluma ve insanlara korku salarak toplumun huzur ve sükununu bozmayı, umutsuzluk ve yılgınlık yaratmayı amaçlarlar; ama asıl amaç siyasaldır.<sup>82</sup> Terör örgütleri belli bir ideoloji veyahut dünya görüşü çerçevesinde hareket ederlerken aynı zamanda etnik kimlikler, dinler, mezhepler veyahut siyasal görüş farklılıkları gibi toplumların fay hatları olarak nitelendirilebilecek hususları kendi çıkarları doğrultusunda kullanmaya çalışırlar.

Terör örgütü terimine ilişkin tanım ve açıklamalar için 3713 sayılı TMK'nın 1 ve 7'nci maddelerine bakmak icap etmektedir ama kanun koyucunun TMK'da terör örgütünün tanımını yapmak yerine terörün daha çok amaç unsuruna yer verdiği görülmektedir. Gerçekten de 3713 sayılı Kanun'un 7'nci maddesinde terör örgütlerinin başvurdukları yöntemeye yer verilmiş,<sup>83</sup> 1'inci maddesinde ise terör örgütlerinin siyasal amaçlarına işaret edilmiştir. Bir yapının terör örgütü olarak nitelendi-

<sup>81</sup> Buna karşın, terörizmin ortak bir tanımının yapılamadığını ve gelecekte de yapılamayacağına dair görüşler de mevcuttur. Bkz. Alex P Schmid, "The Response Problem as a Definition Problem", *Western Responses to Terrorism*, Ed., Alex P Schmid/Ronald D Crelinsten (New York: Frank Cass Publishers 2005, s. 7; Laqueur, 5; Brian M. Jenkins, *The Study of Terrorism: Definitional Problems*, California: The Rand Corporation, 1980, s. 1.

<sup>82</sup> John Horgan, *The Psychology of Terrorism*, New York, Routledge, 2005, s. 1.

<sup>83</sup> Öğretide; kanun koyucunun terör örgütü suçunu düzenlerken terör tanımına atıfta bulunması, terörü tanımlarken de terör örgütünü zorunlu unsur olarak düzenlemiş olması genel norm - özel norm ilişkisinin bakımından isabetsiz olduğu ve maddelerin bu haliyle belirsizliğe yol açtığı savunulmuştur. Bkz. Faruk Yasin Turinay, *Ceza Hukukunda Terör Amaçlı Örgütlenme Suçu*, Ankara, Seçkin, 2018, s. 200 vd.



rilebilmesi için TMK m. 1'deki amaçlardan en az biri ile hareket etmesi ayrıca TMK m. 7'de belirtilen cebir, şiddet, baskı, korkutma, yıldırma yöntemlerinden en az bir tanesine başvurması iktiza etmektedir.

Türk hukuk sisteminde organize bir yapının terör örgütüne dönüşebilmesi TMK'daki koşulların ve TCK'nın 220'nci maddesinde mündemiç suç işlemek için örgüt kurma suçunun unsurlarının birlikte gerçekleşmesi ve ayrıca bu örgütün TCK'nın ikinci kitap dördüncü ve beşinci kısım da yer alan suçları işlemeyi amaç edinmesi gerekmektedir.<sup>84</sup> TCK'nın ikinci kitap dördüncü ve beşinci kısım altında yer alan suçlar silahlı terör örgütü suçu için "amaç suç" niteliğindedir. Somut olayda silahlı bir örgütün varlığı bu amaca ve devlete karşı "ağır ve yakın zarar tehlikesi" yaratacak nitelikte hazırlık hareketleri olarak varsayıldığından "araç suç" olarak kabul edilmiştir.<sup>85</sup>

Silahlı örgüt suçuyla terör örgütü suçunun birleştiği (TMK m. 7'ye göre daha genel bir hüküm olan<sup>86</sup>) TCK m. 314'te silahlı örgüt suçunun genel suç örgütlerinden ayırt edici unsurları olarak "silah" ve "terör" terimleri belirlenmiştir.<sup>87</sup> Örgüt mensuplarının amaca elverişli olabilecek kadar silahlı olması ve silahların da amaca uygun olması gerekir. Nitekim TCK m. 314'ün gerekçesinde amaç suçu işlemeye elverişli şekilde bazı üyelerin silahlı olmasının suçun tekemmülü için yeterli olduğu ifade edilmiştir. Silahın tanımı TCK'nın 6/f maddesinde yapılmıştır.<sup>88</sup>

<sup>84</sup> Bu suçlar; "Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar" başlıklı Dördüncü Bölümde yer alan; Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak (TCK m. 302), düşmanla işbirliği yapmak (TCK m. 303), devlete karşı savaşa tahrik (TCK m. 304), temel milli yararları karşı faaliyette bulunmak için yarar sağlama (TCK m. 305), yabancı devlet aleyhine asker toplama (TCK m. 306), askeri tesisleri tahrip ve düşman askeri hareketleri yararına anlaşma (TCK m. 307), düşman devlete maddi ve mali yardım (TCK m. 308) ile "Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar" başlıklı Beşinci Bölümde yer alan; anayasayı ihlal (TCK m. 309), cumhurbaşkanına suikast ve fiili saldırı (TCK m. 310), yasama organına karşı suç (TCK m. 311), hükümete karşı suç (TCK m. 312) ve Türkiye Cumhuriyeti Hükümetine karşı silahlı isyan (TCK m. 313)'dir.

<sup>85</sup> Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara, 2007, s. 2037.

<sup>86</sup> Emek, s. 51.

<sup>87</sup> Tozman, s. 94; Mehmet Taştan, Açıklamalı İçtihatlı Terörle Mücadele Kanunu, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009, s. 251.

<sup>88</sup> Özgenç, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, s. 442.

#### d. Örgüt Mensubu

Türk hukuk sistematığına göre, dar ve geniş anlamda örgüt mensubu teriminden bahsedilebilir. Geniş anlamda örgüt mensubu, terör örgütü olsun olmasın, tüm örgütleri ve bunların üyelerini kapsar. Geniş anlamda örgüt mensubu TCK'nın 6'ncı maddesinde tanımlanan ve TCK m. 220'de formüle edilen örgütlerin mensubudur. Dar anlamda örgüt mensubu ise terör örgütü üyeleridir. Bu terimin tanımı içine TMK ve TCK'nın 314'üncü maddelerine bakmak iktiza eder. Bu başlık altında irdelenmesi gereken bir başka kavram ise örgüt mensubu olmasa bile örgüt üyesi gibi ceza sorumluluğu olanlardır.

TCK'nın 220'nci maddesinde suç işlemek amacıyla kurulan örgütte üye olmak fiili bağımsız bir suç olarak formüle edilmekle birlikte, örgüt üyesinden ne anlaşılması gerektiği açıklanmamış, madde gerekçesinde ise kısa birkaç cümleye yer verilmiştir. Bu durumda kanun koyucunun örgüt mensubu tanımı için TCK m. 6/j'de yer alan tanım yeterli gördüğü şeklinde bir değerlendirme yapılabilir. Mezkûr maddede ise; *“bir suç örgütünü kuran, yöneten, örgüte katılan veya örgüt adına diğerleriyle birlikte veya tek başına suç işleyen kişi”* örgüt mensubu olarak tarif edilmiştir. Bu tanımın terör örgütü üyeleri için de kısmen geçerli olduğunu ifade etmek gerekir. Zira terör örgütü üyeliği için ilave bir takım unsurlara ihtiyaç vardır. Mesela TMK'nın 2'nci maddesine göre TMK'nın 1'inci maddesinde belirlenen amaçlara ulaşmak için kurulan örgütlerin mensubu olup da bu amaç etrafında toplanan ve münferit veya örgütün diğer üyeleri ile birlikte suç işleyen kişi terör örgütü üyesidir.

Örgüt üyesi olmadığı halde örgüt üyesi gibi ceza sorumluluğu altında olanlar TMK'nın 2'nci maddesinde gösterilmiştir. Gerçekten de TMK'nın 2'nci maddesinde örgüte mensup olmasa dahi örgüt adına suç işleyenler *“terör suçlusu”* olarak kabul edilmiş, 2/7/2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanununun 74'üncü maddesi kapsamında mezkûr fıkradaki *“ve örgüt mensupları gibi cezalandırılırlar”* ibaresi ise aynı mahiyette hüküm içermekte olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 220'nci maddesindeki düzenlemenin uygulanması amacıyla yürürlükten kaldırılmıştır. TCK m. 220/6 AYM tarafından iptal edilince<sup>89</sup> TCK'nın

<sup>89</sup> TCK'nın 220'nci maddesinin 6'ncı fıkrası; muğlak olduğu, örgüt üyeliği için gerek-

314'üncü maddesinde 2024 yılında 7499 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle "örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır" hükmü ilave edilmiş böylece 2012 yılında TMK'dan kaldırılan hüküm 2024 yılında TCK'ya tekrar girmiştir.<sup>90</sup>

Benzer biçimde, TMK'nın 3'üncü maddesine göre, maddede sayılan (302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320'nci maddeleri ile 310'uncu maddesinin birinci fıkrasında yazılı suçlar) suçları irtikap edenler, örgüt mensubu olup olmadıklarına bakılmaksızın, terör suçlusu olarak kabul edilirler. Başka bir deyişle salt bu suçları ika edenler terör suçlusu sayılırlar. Bunlar hakkında TMK hükümlerine göre soruşturma, kovuşturma ve infaz rejimi uygulanır ve cezalar TMK madde 5'e göre yarı oranında artırılır. Benzer durum TMK'nın 4'üncü maddesi için de geçerlidir. Nitekim, kanun koyucu 4'üncü maddede yer alan suçların terör amacı ile ve bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda bu suçların fail/failleri cebir, şiddet ve tehdide başvurmasalar da terör suçlusu kabul etmiştir.

Bu başlık altında son olarak da örgüt mensuplarının almış oldukları cezaların infaz rejiminin diğer suçlulara nazaran ağır ve sıkı koşullara tabi olduğunu belirtmek icap eder. Bu ağır ve sıkı koşullar TCK, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ve bazı yönetmeliklerde belirlenmiştir. Söz gelimi, 5275 sayılı Kanun'un 107 ve 108'inci maddelerinde; örgüt mensubu suçluların diğer hükümlülere göre daha ağır infaz koşullarına tabi olduğu, keza TCK'nın 58/9 maddesi uyarınca da mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin, itiyâdi suçlu, suçlu meslek edinen kişi veya örgüt mensubu suçlu hakkında uygulanmasına yönelik düzenleme getirilmiştir.

---

li ölçütlerin sağlanmadan örgüt üyesine eş bir yaptırım öngörüldüğü ve bu haliyle keyfiliğe yol açtığı gerekçesiyle AYM tarafından 2023 yılında iptal edilmiştir. Bkz. AYM'nin 26.10.2023 tarihli ve E: 2023/132, K: 2023/183 sayılı kararı, 08 Aralık 2023 tarihli ve 32393 sayılı Resmî Gazete.

<sup>90</sup> AYM'ce iptal edilen hükmün bu kez TCK'nın 314'üncü maddesine konulmasının AYM'nin yok sayılması anlamına geldiği ifade edilerek öğretilde eleştirilmiştir Bkz. Medyascope TV Genel Ağ Sayfası, "AYM'nin iptal ettiği "örgüt adına suç işleme" fiili Resmî Gazete'de", <https://medyascope.tv/2024/03/12/aymnin-iptal-ettigi-orgut-adina-suc-isleme-fiili-resmi-gazetede>, erişim tarihi: 22.06.2024.

5275 sayılı Kanun'un 17'nci maddesi gereğince bu hükümlülerin hapis cezalarının infazının ertelenmesi de caiz olmadığı gibi Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği'ne göre terör suçu veya örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçların doğrudan açık kurumda infazı kabil değildir. Yine terör suçu ve örgütlü suçlardan hükümlü olanların kapalı kurumdan açık kuruma geçebilmesi mensubu oldukları örgütten ayrıldıklarının idare ve gözlem kurulu kararıyla tespit edilmesi ve koşullu salıverilme tarihine bir yıldan az süre kalmış olmasına bağlıdır.

### e. Terör Suçları

İnsanlık suçu olarak nitelendirilen terör eylemleri ve terör suçları temel hak ve hürriyetleri, demokratik düzeni, toplumsal yapıyı ve toplumsal barışı hedef aldığından, çok ciddi suçlar olarak kabul edilmiş bu suçu işleyen faile/faillere ve suçun işlenmesine yardım edenlere, terörün, terörizmin ve terör örgütünün propagandasını yapanlara ve hatta terör örgütü üyesi olmasa bile örgüt adına suç işleyenlere ağır cezai yaptırımlar öngörülmüştür.

Mevzuatımızda "terör suçları" başlığı altında tasniflenen ya da sıralanan ayrı bir suç grubu yoktur. Bunun yerine, 3713 sayılı Kanun'un 3 ve 4'üncü maddelerinde sayılan suçların terör maksadıyla işlenmesi hallerinde terör suçu/suçlarının işlenmiş olacağı şeklinde bir yöntem benimsenmiştir.<sup>91</sup> Zira, terör ve terörizm terimlerinin işaret ettiği eylemlerin kendileri bizatihi ayrı bir suç olmayıp, bu terimler aslında bir yönetime veyahut suç teşkil eden fiilin niteliğine işaret etmektedir. Bu yüzden de bazı istisnalar dışında, kimi ülkelerin ceza kanunlarında

<sup>91</sup> 15 Temmuz 2003 tarihinde yürürlüğe giren 4928 sayılı Kanun'un 20'nci maddesiyle TMK'nın 1'inci maddesine ve 18 Temmuz 2006 tarihinde yürürlüğe giren 5532 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesi ile TMK'nın 7'nci maddesinde önemli değişiklikler yapılmış, cebir ve şiddet kullanma terör ve silahlı terör örgütü suçlarının maddi unsuru haline getirilmiş ve "Terör ve Örgüt Tanımı" başlıklı 1. maddenin başlığının "Terör Tanımı" olarak değiştirilmiştir. Bu değişikliğe gerekçe olarak; "26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı TCK'nın 220'nci maddesinde, Türkiye'nin de taraf olduğu "Sınırtaşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi"nin 2'nci maddesinin (a) bendinde yer alan tanıma uygun olarak, suç işlemek amacıyla kurulmuş örgüt tanımlaması yapıldığı için, Terörle Mücadele Kanunu'nda ayrıca örgüt tanımlaması yapılmasına gerek görülmemiştir. Bu düşüncelerle, söz konusu Kanun'un 1'inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarının yürürlükten kaldırılması paralel olarak, madde başlığı da değiştirilmiştir" hususları gösterilmiştir.

terör suçları için ayrı bir başlık bulunmamaktadır. Başka bir söyleyişle, kimi siyasal amaçlar uğruna ceza kanunlarında suç olarak ihdas olunan fiillerin yöntem/araç olarak kullanılması ile ortaya çıkan suçlar terör suçu kimliğine bürünmektedir. Bu durum Türk hukuk sistemi açısından da genel olarak geçerlidir. Ceza mevzuatında terör suçlarının bulunduğu ayrı bir başlık ya da ayrı bir düzenleme bulunmamaktadır. Bunun yerine TMK, TCK'ya gönderme yaparak, burada yer alan kimi suçların belli durumlarda terör suçu olabileceğini belirterek failin mahkûm edildiği hürriyeti bağlayıcı ceza/cezaların belli oranda artırılması yöntemini benimsemiştir.<sup>92</sup>

Türkiye gündeminin yoğun bir şekilde terör eylemlerine tanık olduğu ve tartıştığı 1990'lı yılların başına kadar terör ve terör örgütleriyle mücadele, genel olarak TCK, CMUK, 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu, Hıyanet-i Vataniye Kanunu, 2932 sayılı Türkçeden Başka Dillerde Yapılacak Yayınlar Hakkında Kanun, 6187 sayılı Vicdan ve Toplanma Hürriyetlerinin Korunması Hakkında Kanun, 2908 sayılı Dernekler Kanunu ve 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu gibi düzenlemeler çerçevesinde ve sıkıyönetim mahkemeleri- devlet güvenlik mahkemeleri<sup>93</sup> gibi özel yargı mekanizmaları eliyle yürütülmüştür. 1991 yılında TMK'nın yürürlüğe girmesiyle TCK'da yer alan bazı suçlar terör suçu olarak kabul edilerek bu suçlardan mahkûm olanların cezalarının artırılması öngörülmüştür. Bunun haricinde anılan düzenleme ile nitelikli hollere ve terör suçlarından mahkûm olanların hapis cezalarının infazına ilişkin özel hükümlere yer verilmiş, son hükümlerde ise terörle mücadelede görev alan kolluğu korumaya matuf ve terörden zarar gören kamu görevlileri ve yakınlarının haklarına ilişkin kimi hususlar yer almıştır.<sup>94</sup>

<sup>92</sup> İzzet Özgenç, Terörle Mücadele Kanunu, Ankara, Seçkin Yayınları, 2006, s. 34.

<sup>93</sup> İlk kez 1961 Anayasası'na 1973 yılında eklenen maddeyle faaliyete sokulan devlet güvenlik mahkemelerine 1982 Anayasası'nın 143'üncü maddesinde tekrar yer verilmiştir. 22 Mayıs 2004'te yürürlüğe giren 5170 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesi gereğince bu mahkemeler ilga olmuştur. Bkz. RG, 22.05.2004, S. 25469.

<sup>94</sup> En sonuncusu 02.03.2024 tarihli ve 7499 sayılı Kanun ile olmak üzere, TMK bugüne kadar 60'tan fazla değişiklik geçirmiştir. 2005 yılında 5237 sayılı yeni TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonra TMK'nın yeni ceza hukuku düzenlemeleriyle uyumlu hale getirilmesi için 29.06.2006 tarih ve 5532 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la TMK'da önemli değişiklikler yapılmıştır. Müteakiben Avrupa Birliği'ne uyum ve katılım süreci gibi çeşitli gerekçelerle bir-

Terör suçları hakkında TMK m. 7, TMK m. 1'e ve TCK'nun 314'üncü maddesinde düzenlenen "silahlı örgüt" suçuna atıf yapmıştır. TCK'nun 314'üncü maddesinde ise "suç işlemek için örgüt kurma" başlıklı TCK'nun 220'nci maddesine gönderme yapıldığı görülmektedir. Dolayısıyla bir eylemin terör suçu kabul edilebilmesi için; eylemin TMK m. 3 ve 4'te sayılan suçlar arasında olması, cebir ve şiddet kullanılarak, baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden herhangi birine başvurulması (TMK m. 7), Türkiye Cumhuriyeti devletini, kamu düzenini veya anayasal kurumları hedef alması (TMK m. 1) bir örgütün çatısı altında irtikap edilmiş olması (veya örgüt adına suç işlenmesi) (TCK m. 220 ve TCK m. 314) gerekmektedir. TMK'ya göre, bir fiilin terör suçu olarak kabul edilebilmesi için; suç teşkil eden bir fiil, suçun işleniş biçimi (yöntem),<sup>95</sup> amaç ve örgütsel birliktelik şeklinde dört temel unsurun birlikte meydana gelmesinin arandığı anlaşılmaktadır.<sup>96</sup>

Yukarıda da ifade edildiği üzere, TMK'nun 1'inci maddesinde terörün tanımı yapılarak terör örgütlerinin amaçları sayılmış, 3 ve 4'üncü

---

çok yeni düzenleme yapılmış fakat esas değişiklikler darbe girişiminden sonra yapılan OHAL KHK'ları ile olmuştur. Bu KHK'lar sonradan kanunlaştırılarak, yapılan değişiklikler kalıcı hale getirilmiştir. Örneğin 18.07.2021 tarihli ve 7333 sayılı Kanun bu kabildedir.

<sup>95</sup> AYM kararına göre, madde metninde belirtilen "baskı, cebir ve şiddet, korkutma, yıldırma, sindirme, tehdit" yöntem olarak kabul edilmeli, suçun saiki sayılmamalıdır. Bkz. AYM, E. 1991/18, K. 1992/20, 31.03.1992 (RG, 27 Ocak 1993, Mükerrer, S.).

<sup>96</sup> Öğretide TMK'nun 1'inci maddesinde sayılan yöntemlerin ve terimlerin çoğunun anlam ve sınırlarının belli olmadığı, bu nedenle kanunilik ilkesine aykırı olarak formüle edildiği savunulmuştur. Nitekim dönemin ana muhalefet partisi olan Sosyal Demokrat Halkçı parti anılan aralarında mezkûr 1'inci maddenin de bulunduğu TMK'nun birçok maddesine karşı iptal davası açmış, AYM ilgili kural hakkında; "1. maddede terör tanımı yapılırken cebir şiddet tehdit gibi ceza yasasında sıkça başvurulan, yerleşmiş, uygulamada sorun yaratmayan kavramların yanında, "baskı", "korkutma", "yıldırma", "sindirme" gibi yeni kavramlara yer verilmiştir. Ne var ki, bu belirtilen kavramlar yasallık ilkesini zedeleyebilecek nitelikte anlaşılmaz, ilgisiz, özgürlükler açısından kötüye kullanılabilir kavramlar değildir. Tümü "cebir, şiddet, tehdit kavramları ile yakından ilişkili, benzer anlamlara gelen, belli bir şiddeti anlatan, büyük olasılıkla uygulamada ceza hukukunun bilinen kavramlarıyla özdeşleşecek ya da eş anlamlı kullanılacak olan yeni kavramların gerekliliği tartışılabilir. Ancak, yasallık ilkesine aykırı değildir", demek suretiyle kavramların belirsiz olması ile ilgili tartışmalara katılmadığını ortaya koymuştur. Bkz. AYM, E. 1991/18, K. 1992/20, 31.3.1992, RG, 27.01.1993, S. 21478.



maddelerinde ise terör suçları ile terör amacı ile işlenen suçlar belirlenmiştir. Kanun koyucu, TMK'nın 1 ve 7'nci maddelerinde, terör eylemlerinin, cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle gerçekleştirileceğinden söz etmektedir. Kanun'un düzenlemesinden, cebir ve şiddetin zorunlu yöntemler; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinin ise seçimlik yöntemler olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre somut olayda terör eyleminden söz edilmesi için öncelikle cebir ve şiddetin kullanılması ve bunun yanında seçimlik hareketlerden en az birinin varlığı iktiza etmektedir.

Terör suçları öğretide mutlak ve nisbi terör suçları başlıkları altında kategorize edilmektedir. Buna göre TMK'nın 3'üncü maddesinde sayma usulü ile belirtilen suçlar mutlak terör suçları, yine TMK'nın 4'üncü maddesinde sayma usulü ile belirtilen suçlardan terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenenler ise nisbi terör suçlarıdır.<sup>97</sup> Ayrıca TMK m. 7/1 hükmünde 5237 sayılı TCK'nın 314. maddesine atıf yapılması sebebiyle silahlı örgüt suçunu da mutlak terör suçları arasında saymak mümkündür.

Adi suçların "terör saikiyle" ve "bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde" irtikâbı halinde nispi terör suçları gündeme gelmektedir. Başka bir söyleyişle somut olayda fail, örgüt üyesi olsun veya olmasın, terör örgütü çatısı altında TMK'nın 4'üncü maddesinde sayılan suçları işlemesi halinde nispi terör suçu söz konusudur. Mutlak terör suçları için suçun örgüt faaliyeti kapsamında irtikabı zorunlu değilken nispi terör suçlarında "terör örgütü" bulunmalı ve TMK m. 4'te sayılan suçlar işlenmiş olmalıdır.

## 2. Silahlı Örgüt Suçu (TCK m. 314)

Terör örgütü kuranlar, yönetenler ve bu örgüte üye olanlar hakkında TMK'nın 7'nci maddesinde yapılan düzenlemede TCK m. 314'e, TCK m. 314'ün de TCK m. 220'ye atıf yapmış olduğu görülmektedir.

<sup>97</sup> Bir düşünceye göre, bahse konu suçların hepsi, nitelikleri bakımından, hem aynı kategori içerisinde yer alan suçlardır, hem de kural olarak, çok faille gerek olmadan, tek bir faille işlenebilen suçlardır. Böyle olunca, hukukî konuları ve yapıları aynı olan suçları, terör suçu olan ve olmayan suçlar olarak ayırarak faillerini farklı muameleye tabi tutmak, kanun önünde eşitlik ilkesinin ihlaline vücut verir. Bkz. Hafızoğulları/Kurşun, 68.



TCK'nın 314 ve 220'nci maddelerine bakıldığında bu suçun faili olma bakımından birkaç farklı senaryo ile karşılaşılmaktadır. Bunlar; örgüt kurucusu olma (TCK m. 314/1), örgüt yöneticisi olma (TCK m. 314/2), örgüt faaliyetlerini düzenleme (TMK m. 7/1), terör örgütüne üye olma (TCK 314/2), örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme (TCK m. 220/6), örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte örgüte yardım eden kişi (TCK m. 220/7),<sup>98</sup> örgütün ve amacının propagandasını yapan kişi (TCK m. 220/8), örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan örgüt yöneticisi olarak sorumlu olan kişi (TCK m. 220/5). Bu çalışmanın konusunu oluşturan olaylar ekseriyetle terör örgütüne üyelik suçu etrafında geliştiği için bu çalışmada sadece terör örgütü üyeliği suçu hakkındaki açıklamalara yer verilecektir.

Mer'i mevzuatımızda terör örgütlerini kapsayan iki temel düzenleme bulunmaktadır. İlki TCK'nın "*Millete ve devlete karşı suçlar*" başlıklı dördüncü kısmının "*Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar*" başlıklı beşinci bölümünde 314'üncü maddede düzenlenmiş olan silahlı örgüt suçu, ikincisi ise TCK'nın 220'nci maddesidir. Terör örgütü kurma, yönetme ve bu örgüte üye olma suçları 2006 yılına kadar TMK'nın 7'nci maddesi kapsamında iken, yapılan değişiklikle TCK'nın 314'üncü maddesine atıf yapılmıştır. Belirtmek gerekir ki, TCK'nın 314'üncü maddesi TCK m. 220'yi temel düzenleme olarak kabul ettiği için her iki hüküm arasında genel norm-özel norm ilişkisi mevcuttur.<sup>99</sup> Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunda, amaç suçlar, genel olarak tüm suçlar bakımından geçerli iken; öğretide "*özel amaçlı örgütlenme suçu*" olarak isimlendirilen "*silahlı örgüt suçu*" sadece TCK m. 302-313 arasında düzenlenen suçları kapsamaktadır.<sup>100</sup>

TMK'nın 3'üncü maddesi kapsamında terör suçu olarak kabul edilen silahlı örgüt suçu, TCK'nın 314'üncü maddesinde özel bir suç tipi olarak düzenlenmiş ve bu suçun fail/faillerine TCK'nın 220'nci maddesine oranla daha ağır cezalar öngörülmüştür. TCK m. 314'te mün-

<sup>98</sup> Terör örgütü kurma, yönetme ve bu örgüte üye olma suçları 2006 yılına kadar doğrudan TMK'nın 7'nci maddesi kapsamında cezalandırılmaktayken; 2006 yılında yapılan değişiklikle, TMK, terör örgütü suçlarına bizzat ceza vermemekte, genel kanun niteliği taşıyan Türk Ceza Kanunu (TCK)'nun 314'üncü maddesine atıfta bulunmaktadır

<sup>99</sup> Kitapçıoğlu Yüksel, s. 299.

<sup>100</sup> Kitapçıoğlu Yüksel, s. 303.

demîç suçun mağduru toplum ve toplumu oluşturan tüm bireylerdir. Korunan hukuksal değer ise insanların barış ve güven içerisinde yaşama hakkı ve toplumsal barış ve kamu düzenidir. Tehlike suçu olarak formüle edildiği için hazırlık hareketleri cezalandırıldığından amaç suçların irtikâp edilmesi gerekli değildir.

Suç örgütüne üyeliğin söz konusu olması için suç örgütünün varlığı ve örgüt yapılanmasına katılma, hiyerarşik yapıya dahil olma, örgüt lideriyle yöneticileri tarafından verilecek emir ve talimatlara uyma taahhüdü ile birlikte, devamlılık iradesi aranır. Nitekim TCK'nın 220'nci maddesinin 7'nci fıkrasındaki; "*Örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte...*" lafzı örgütün hiyerarşik bir yapıda olması gerektiğini göstermektedir. Keza madde gerekçesinde de hiyerarşik olmanın suç örgütünün özelliği olduğu belirtilmiştir.<sup>101</sup> Bir düşünceye göre, silahlı terör örgütünün suç işlemek için kurulmuş örgütlerden daha disiplinli ve hiyerarşik yapısının daha güçlü olması gerekir.<sup>102</sup>

Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda silahlı örgüte üye olmanın; örgüte katılmayı, bağlanmayı, örgüte hakim olan yetki hiyerarşisi gücünün emrine girmeyi, örgütle organik bağın kurulmasını, sürekliliği, çeşitliliği ve yoğunluğu gerektiren eylem ve faaliyetlerde bulunmayı gerekli kıldığını, örgüt üyeliğini tespit ederken ayırt edici faktörün örgüt üyesinin örgüt hiyerarşisi dahilinde verilen her türlü emir ve talimatı sorgulamaksızın tam bir teslimiyet duygusu ile yerine getirmeye hazır olması ve öylece ifa etmesi olduğunu, "organik bağın; canlı, geçişken, etkin, faili emir ve talimat almaya açık tutan ve hiyerarşik konumu tespit eden en önemli unsur olduğunu vurgulamıştır.<sup>103</sup> Yargıtaya göre

<sup>101</sup> Özgenç, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, s. 442.

<sup>102</sup> Evik, 2008, s. 209.

<sup>103</sup> "Bir kuruluşun üyesi, bir kuruluşun amaçlarını benimseyen, [kuruluşun] hiyerarşisine bağlı olan ve [kendisine] verilen görevleri yerine getirmeye hazır olarak kuruluşun iradesine boyun eğen bir kişidir ... Bir örgüt üyesi, örgütle organik bir bağa sahip olmalı ve örgütün faaliyetlerine katılmalıdır. Üyeliğin en önemli unsuru olan organik bağ, canlı, geçişli ve aktif bir bağdır: bir faili emir ve talimatlar için hazır hale getirir ve [onun] hiyerarşik konumunu belirler. [Bir örgüte yardım etme veya örgüt adına suç işleme [suçları da] [örgütten gelen] emir ve talimatları içerir.] Ancak, örgüt üyeliğinin belirlenmesinde ayırt edici faktör, üyenin örgüt hiyerarşisi içinde verilen tüm emir ve talimatlara, bunları sorgulamadan, tam bir teslimiyetle uymaya hazır olmasıdır...Terör örgütü üyeliğinden cezalandırılmak için örgütün faaliyetleriyle bağlantılı olarak ve örgütün amaçlarını gerçekleştirmek için fiili bir

örgüt üyesi; örgüt amacını benimseyen, örgütün hiyerarşik yapısına dahil olan ve bu suretle verilecek görevleri yerine getirmeye hazır olmak üzere kendi iradesini örgüt iradesine terk eden kişidir.<sup>104</sup> Yargıtay kimi kararlarında suç örgütünün varlığından bahsedebilmek için “iş bölümü” ve “disiplin içerisinde” olma özellikleri de aramıştır.<sup>105</sup>

Silahlı örgüt üyeliği suçu kasten işlenebilen bir suç olduğu için kişinin suç örgütüne üyelik dolayısıyla suçlanabilmesi için suç örgütünün varlığı, niteliği ve amacından haberdar olması, örgüte özgür iradesiyle bilerek ve isteyerek katılmış olması gerekir.<sup>106</sup> Suç işleme amacı örgüt üyelerinin ortak amacı olmalıdır. Suç örgütünün yöneticisi suç işlemek amacıyla hareket etmekle birlikte örgütün diğer mensuplarının bu amaçtan habersiz olmaları halinde suç işlemek amacıyla kurulan bir örgütün varlığından bahsedilemez. Suç örgütünün yapılanmasını oluşturan kişilerin suç işlemek amacıyla hareket etmeleri oluşumun içinde yer alan fakat bu amaçtan habersiz olan kişilerin suç işlemek amacıyla kurulan örgüte üye sayılmasına yol açmaz.<sup>107</sup>

---

suç işlenmesi gerekmesede, [bireyin] yine de örgütün fiili varlığına veya güçlenmesine maddi veya manevi somut bir katkıda bulunmuş olması gerekir...Yerleşik yargı uygulamasına göre, ... silahlı örgüt üyeliği suçunun oluşabilmesi için örgütle organik bir bağın bulunması ve kural olarak sürekli, çeşitli ve yoğun nitelikte eylem ve faaliyetlerin mevcut olması gerekmektedir. Ancak, böyle bir ‘süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk’ olmamasına rağmen, nitelikleri, işleme yöntemleri, ortaya çıkan zarar ve tehlikenin ağırlığı ve örgütün amaçlarına ... katkıları göz önüne alındığında, ancak bir üye tarafından işlenebilecek fiillerin failleri de örgüt üyesi olarak kabul edilecektir...Manevi unsur: Suçun manevi unsuru doğrudan kasıt ve ‘suç işleme amacı/hedefidir’. Yargıtay 16 CD. E. 2019/521, K. 2019/4679, 05.07.2019; Benzer kararlar için bkz. Yargıtay 16 CD, 14.06.2016, E. 2016/3380, K. 2016/3872; Yargıtay 16. CD, 26.10.2017, E. 2017/1809, K. 2017/5155.

<sup>104</sup> Yargıtay 16. CD, 01.11.2017, E. 2017/1864, K. 2017/5865, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, erişim tarihi: 17.06.2024.

<sup>105</sup> Yargıtay 6. CD, 25.11.2008, E. 2007/17648, K. 2008/22617, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, erişim tarihi: 17.06.2024.

<sup>106</sup> Yargıtay 6. CD, 20.03.2017, E. 2014/9, K. 2017/661, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, erişim tarihi: 17.06.2024.

<sup>107</sup> Buna karşın, kişinin üyesi olduğu örgütün gizli amaçlarını bilmemesi ya da mensubu olduğu yapının yasal zeminde hareket ettiğini sanması veya terör örgütü olduğunu bilmemesi, ya da örgütün amaçladığı fiilleri bilmesine rağmen bunların suç oluşturduğunu bilmemesi gibi farklı senaryolarda suçun maddi unsurlarında hata gündeme gelir ve fail/faillerin ceza sorumluluğu TCK m. 30/4 kapsamında değerlendirilmelidir: “Silahlı terör örgütüne üye olma suçunun doğrudan kastla işlenebildiği gözetilerek, hukuki zeminde faaliyet gösteren ve nihai amacını gizli

Örgüt kurucuları, yöneticileri dışında kalan kişiler olarak tarif edilebilecek örgüt üyeliği, örgütün varlığına ve güçlenmesine nedensel değeri olan maddi- manevi katkı sağlayan kişilerdir.<sup>108</sup> Örgüte sempati duymak, örgütün amaçlarını, değerlerini, ideolojisini benimsemek, örgüte ve ideolojisine ilişkin yayınları okumak, bulundurmamak, paylaşmak örgüt liderine saygı duymak örgüt üyeliği olarak nitelendirilemez.<sup>109</sup> Bizim de katıldığımız düşünce sadece somut fonksiyonel ve yahut işlevsel olan katkının örgüt üyeliği için ölçüt alınması gerektiği yönündedir.<sup>110</sup> Somut olayda örgüt üyeliği suçundan bahsedebilmek

---

tutması nedeniyle açıkça bilinmeyen yapılara dahil olan örgüt mensuplarından bir kısmının, oluşumun bir terör örgütü olduğunu bilmediklerini iddia etmeleri durumunda, TCK'nın 30. maddesinin birinci fıkrasında yer alan hata hükmü uyarınca değerlendirme yapmak gerekecektir", Bkz. YCGK, 26.09.2017, E. 2017/16-956, K. 2017/370, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, erişim tarihi: 17.06.2024.

<sup>108</sup> Evik, s. 684.

<sup>109</sup> "Örgüte üye olanlar, örgütte kurucu ya da yönetici konumunda olmayan, örgütün amacına yönelik nedensel hareketi olan, örgüt disiplinine bağlı, örgüt hiyerarşisi içinde yer alan kişilerdir... Örgüt üyesi, örgüt amacını benimseyen, örgütün hiyerarşik yapısına dahil olan ve bu suretle verilecek görevleri yerine getirmeye hazır olmak üzere kendi iradesini örgüte iradesine terk eden kişidir. Örgüt üyeliği, örgüte katılmayı, bağlanmayı, örgüte hâkim olan hiyerarşik gücün emrine girmeyi ifade etmektedir. Örgüt üyesi örgütle organik bağ kurup faaliyetlerine katılmalıdır. Organik bağ, canlı, geçişken, etkin, faili emir ve talimat almaya açık tutan ve hiyerarşik konumunu tespit eden bağ olup, üyeliğin en önemli unsurudur. Örgüte yardımda veya örgüt adına suç işlemede de örgüt yöneticileri veya diğer mensuplarının emir ya da talimatları vardır. Ancak örgüt üyeliğini belirlemede ayırt edici fark, örgüt üyesinin örgüt hiyerarşisi dahilinde verilen her türlü emir ve talimatı sorgulamaksızın tamamen teslimiyet duygusuyla yerine getirmeye hazır olması ve öylece ifa etmesidir. Örgüte sadece sempati duymak ya da örgütün amaçlarını, değerlerini, ideolojisini benimsemek, buna ilişkin yayınları okumak, bulundurmamak, örgüt liderine saygı duymak gibi eylemler örgüt üyeliği için yeterli değildir. ... Örgüt üyesinin bu suçtan cezalandırılması için örgüt faaliyeti kapsamında ve amacı doğrultusunda bir suç işlemesi gerekmez ise de örgütün varlığına veya güçlendirilmesine nedensel bir bağ taşıyan maddi ya da manevi somut bir katkısının bulunması gerekir. Üyelik mütemadi bir suç olması nedeniyle de eylemlerde bir süre devam eden yoğunluk aranır. Doktrinde farklı görüşler olsa da istikrar kazanmış uygulamaya ... göre tek taraflı irade beyanıyla örgüte üye olmak imkânı bulunmamaktadır. Örgüt yönetiminin açık ya da zımni bir kabulü olmalıdır. Örgüt yöneticilerinin, örgüt faaliyeti kapsamında işledikleri bütün suçlardan asli fail olarak sorumlu tutuldukları (TCK 220/5 m.) bir sistemin, tek taraflı irade beyanı ile kendi içinde gizlilik, disiplin ve mutlak sadakat gibi zorunlu kuralları barındıran, dış dünyaya kapalı bir yapıya üye olunabileceğini de kabul etmesi beklenemez.

<sup>110</sup> Matrone, Cassazione Penale (1996) 77'den aktaran Evik, s. 684.

için kişinin örgütün hiyerarşik yapısı içerisine bilerek ve isteyerek katılması, failin örgütün emir ve hiyerarşisine tabi olduğunu bilmesi gerekir. Bir düşünceye göre; üyelik suçunun oluştuğunun kabul edilmesi için asgari üç kişinin, suç işlemek için bir araya geldiklerini bilmeleri yeterli olmayıp, o kişiler arasındaki örgütsel yapılanmaya dayanan ilişkileri de bilmeleri gereklidir.<sup>111</sup>

İHAM Yalçınkaya vs. Türkiye davasında örgüt üyeliği suçunun unsurları için Türk ulusal mevzuatına ve Yargıtay müstakar içtihadına atıf yaparak bu suçu tanımladığı görülmektedir. Buna göre, örgüt üyeliği; sanığın faaliyetlerinin sürekliliği, çeşitliliği ve yoğunluğuna dayalı olarak silahlı örgütle organik bağının tespit edilmesi ve örgütün hiyerarşik yapısı içinde bilerek ve isteyerek hareket ettiğinin ve örgütün amaçlarını benimsediğinin ortaya konması halinde söz konusu olabilecektir. İHAM'a göre, örgüte katılan bir kişinin, örgütün suç işleyen veya suç işlemeyi amaçlayan bir örgüt olduğunu bilmesi ve bu amacın gerçekleştirilmesi için özel bir niyete sahip olması gerekmektedir. Silahlı terör örgütüne üye olma suçunun oluşması için örgütün faaliyetleriyle bağlantılı olarak ve örgütün amaçlarını gerçekleştirmek için fiilî bir suçun işlenmesi gerekmesede bireyin yine de örgütün fiilî varlığına veya güçlenmesine maddi veya manevi somut bir katkıda bulunmuş olması icap eder.<sup>112</sup>

<sup>111</sup> Evik, 2008, s. 122.

<sup>112</sup> "247. Silahlı terör örgütüne üye olma suçunu düzenleyen yasal çerçeve hem silahlı terör örgütünün unsurlarına hem de böyle bir örgüte üye olma suçuna daha fazla açıklık getiren Yargıtay içtihadıyla tamamlanmaktadır ... Yargıtay, Ceza Kanunu'nun 314 § 2 maddesinde belirtilen suçun amaçları doğrultusunda, "örgütün" soyut bir topluluk değil, hiyerarşik bir yapıya dayanan bir örgüt olduğunu belirtmiştir. Örgütün varlığını tespit ederken, Ceza Kanunu'nun 220. maddesi uyarınca, amaçlanan suçu işlemesini sağlamak için yeterli üyeye, araç ve gerece sahip olup olmadığı değerlendirilmelidir. Özellikle, örgütün amaçlarını gerçekleştirmek için yeterli miktarda silaha veya bu tür silahlara erişim araçlarına sahip olup olmadığı doğrulanmalıdır. 248. Yargıtay ayrıca, silahlı terör örgütü üyeliğinden mahkûmiyetin ancak sanığın faaliyetlerinin sürekliliği, çeşitliliği ve yoğunluğuna dayalı olarak silahlı örgütle organik bağının tespit edilmesi ve örgütün hiyerarşik yapısı içinde bilerek ve isteyerek hareket ettiğinin ve örgütün amaçlarını benimsediğinin ortaya konması halinde söz konusu olabileceğini açıklığa kavuşturmuştur. Ayrıca, suçun manevi unsurunu "doğrudan kasıt ve suç işleme amacı veya hedefi" olarak belirlemiştir. Bu nedenle, bir örgüte katılan bir kişinin, örgütün suç işleyen veya suç işlemeyi amaçlayan bir örgüt olduğunu bilmesi ve bu amacın gerçekleştirilmesi için özel bir niyete sahip olması gerekmektedir. Si-

Belirtmek gerekir ki, kişinin örgüt mensubu olması için suç işlemiş olması veya işlenen suça iştiraki gerekli değildir. Kişinin örgüte salt katılmış olması bu suçun teşekkülü için yeterlidir. Nitekim, öğretide “örgüte üye olanlar” ibaresinden anlaşılması gerekenin örgütü kurma ve yönetme dışında örgütün hiyerarşik yapısına dahil olarak amacın gerçekleşmesine katkıda bulunmak veya katkıda bulunmaya yönelik iradeyi somut ve aktif olarak ortaya koymak olduğu belirtilmiştir.<sup>113</sup>

Terör örgütü kurma, yönetme ve üye olma suçunun faili herhangi bir kimse olabilir. Mevzuatta fail/faillerin niteliği veya statüsü hakkında herhangi özelleştirmeye gidilmediği için özgü suç söz konusu değildir. Suçun faili Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olabileceği gibi yabancı uyruklu da olabilir. TCK m. 314’ün yollamasıyla TCK m. 220 uyarınca, terör örgütü üyeliği suçu çok failli bir suç olup en az üç kişinin bir araya gelmesiyle oluşan bir örgütün varlığı gerekmektedir.

### III. YARGITAY VE AYM UYGULAMASINDA ÖZEL USULİ GÜVENCELER VE SUÇÜSTÜ HALİ: KESİNTİSİZ SUÇLAR

#### A. Genel Olarak

Terör suçlarının kesintisiz suç olduğu gerekçesiyle (yasa ile düzenlenen özel usuli güvencelerine sahip oldukları halde) kimi yargı mensupları hakkında yapılan yakalama işlemi ve sonrasında yaşanan kimi gelişmeler, öğreti ile yerel mahkemeler arasında, yerel mahkemeler ile uluslararası yargı makamları arasında kavramın yorumu ve uygulaması konusunda fikir uyuşmazlıkları ortaya çıkarmıştır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (TCK m. 109) suç işlemek amacıyla örgüt kurma (TCK m. 220) konuttan çıkmamak suretiyle konut dokunulmazlığının ihlali (TCK m. 116) karşılıksız yararlanma (TCK m. 163) uyuşturucu veya uyarıcı maddenin imalî nakledilmesi depolan-

---

lahlı terör örgütüne üye olma suçunun oluşması için örgütün faaliyetleriyle bağlantılı olarak ve örgütün amaçlarını gerçekleştirmek için fiili bir suçun işlenmesi gerekmeseyse bile bireyin yine de örgütün fiili varlığına veya güçlenmesine maddi veya manevi somut bir katkıda bulunmuş olması gerekir”. İlgili kararın Türkçe çevirisi için bkz. HUDOC Genel Ağ Sayfası, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%5B%22001-228393%22%5D>, erişim tarihi: 18.06.2024

<sup>113</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 783.



ması (TCK m. 188) işkence (TCK m. 94) eziyet (TCK m. 96) gibi suçun kanuni tanımındaki fiilî icrası süreklilik arz eden suçlara kesintisiz (mütemadi) suçlar denmektedir.<sup>114</sup>

TCK m. 66 ve CMK m. 12’de bahsedilen kesintisiz suçlarda, ani suçlardan farklı olarak, suçun tamamlanması ve bitmesi farklı zamanlarda gerçekleşebilmektedir<sup>115</sup>. Öğretide kesintisiz suçlar (delictum continuum/continua crimen) “devamlı” veyahut “süreklî suç” terimleri ile de adlandırılmaktadır.<sup>116</sup> Kesintisiz suçlar mülga 765 sayılı TCK’da “mütemadi suç” şeklinde terimleştirilmiştir. “Mütemadi” sözcüğü kelime anlamı olarak; “süregiden”, “devamlı” anlamına gelmektedir.<sup>117</sup>

Kanunun aradığı bütün unsurların gerçekleştiği anda tamamlanan ve sona eren, suçun unsurları bu anda eksiksiz olarak (tam) olarak gerçekleşen yani suçun tamamlanma ile sona erme anı aynı ana denk gelen (kasten öldürme suçu gibi) ani suçlardan (tamamlanmış suç) farklı olarak, kesintisiz suçlarda; suçun unsurları hukuka aykırı olan zararlı veya tehlikeli durum ortaya çıktıktan yani suç tamamlandıktan sonra (failin iradesiyle) bir süre daha devam etmekte (suç alanının genişlemesi), suçun icrası bir müddet uzamakta, suç bu süre içerisinde her an ika edilebilmekte suçun tamamlanmasıyla sona ermesi arasında zaman aralığı söz konusu olmaktadır.<sup>118</sup>

<sup>114</sup> İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 173; Kavlak, s. 322; Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, Ankara, Seçkin, 2023, s. 115; örgüt kurma suçunun ani suç olduğu yönünde bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 8547; Evik, “Silahlı Örgütlenme Suçu”, s. 108.

<sup>115</sup> Koca/Üzülmöz, s. 119.

<sup>116</sup> Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Yetkin, 2022, s. 251; Kayıhan İçel/Fusun Sokullu Akıncı/İzzet Özgenç/Âdem Sözüer/Fatih Selami Mahmutoğlu/Yener Ünver, Suç Teorisi 2. Kitap, İstanbul, Beta Yayınevi, 2002, s. 69.

<sup>117</sup> Bkz. Nişanyan Sözlük, <https://www.nisanyansozluk.com/kelime/m%C3%BCtemadi>, erişim tarihi: 21.06.2024.

<sup>118</sup> Hans Heinrich Jecheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, Berlin, 1996, s. 263 ve Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, München: 2006, s. 330’ dan aktaran Erdal Yerdelen, “Mütemadi (Kesintisiz) Suç”, TAAD, 5 (18) (2014) s.116; Von Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Berlin, 1899, s. 213 ve Von Buri, Einheit und Mehrheit der Verbrechen, Stuttgart, 1879, s. 97 ve Frank Reinhard, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Tübingen, 1931, s. 242 ve Max Ernst Mayer, Der Ail Teil des Deutschen Strafrechts, Heidelberg, 1923, s. 136’ dan aktaran Ayhan Önder, “Mütemadi Suç”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 29 (1-2) (1963) s. 79; Helmut Hau, Die Beendigung der Straftat und ihre rechtlichen Wirkungen, Duncker und Humblot, Berlin, 1974, s. 15



Kesintisiz suçlarda suçun tamamlanması ile bitmesi aşamaları farklı farklı zamanlarda gerçekleşmektedir.<sup>119</sup> Hukuk düzeni faili, meydana getirdiği hukuka aykırı durumu ortadan kaldırmaya icbar ettiği halde fail gerekli hareketi yapmamakta veya yapmayı ihmal ederek (hareketsiz kalarak) kastını sürdürmektedir.<sup>120</sup> Köhler'e göre kesintisiz suçlarda icrai suç ve ardından gelen ihmalî suç kombinasyonu söz konusudur.<sup>121</sup> Örneğin kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunda mağdurun özgürlüğünün kısıtlanmasıyla suç tamamlanmış olmakla birlikte hukuka aykırı durumu fail iradesiyle devam ettirmekte, gücü yettiği halde tipikliği oluşturan hareketlerini kesinti gerçekleşene kadar, yani mağdur özgürlüğüne kavuşuncaya kadar, sürdürmektedir.<sup>122</sup>

Kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği anın ceza ve ceza muhakemesi hukuku bakımından önemli sonuçları bulunmaktadır. Söz gelimi, kesintinin gerçekleştiği anda yürürlükte olan kanunun uygulanması, zamanaşımı süresinin kesintinin gerçekleştiği tarihten itibaren başlaması, "ne bis in idem" ilkesi, lehe kanunun tatbiki, şikâyet süresinin kesintinin gerçekleştiği andan itibaren başlaması ve yetkili mahkemenin kesintinin gerçekleştiği yere göre belirlenmesi böyledir.<sup>123</sup>

Terör örgütü kurma, yönetme ve terör örgütü üyeliği suçlarının bir özelliği de yapısı gereği bu suçların kesintisiz suç olmasıdır.<sup>124</sup> Bu

---

ve Nikolaos Bitzilekis, "Über die strafrechtliche Bedeutung der Abgrenzung von Vollendung und Beendigung der Straftat", ZStW 99, Heft 4 (1987) 723'ten aktaran Musa Kaya, "Kesintisiz (Mütemadi) Suç", Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2023, s. 69.

<sup>119</sup> Yerdelen, s. 114.

<sup>120</sup> Ludwig von Bar, Handbuch Des Deutschen Strafrechts, Berlin, 1909, s. 409'dan aktaran Önder, s. 80.

<sup>121</sup> August Köhler, Deutsches Strafrecht, Berlin, 1917, s. 537'den aktaran Yerdelen, s. 115.

<sup>122</sup> Kesintisiz suçlarda failin iradesinin etkili ve önemli olmadığı düşüncesi için bkz. Uğur Alacakaptan, Suçun Unsurları, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 1970, s. 49.

<sup>123</sup> Koca/Üzülmez, s. 117; Tozman, s. 124.

<sup>124</sup> Evik, 673; Hafizoğulları/Kurşun, s. 37; "[...] Ani suç olarak işlenmesi kural olarak mümkün olmayan silahlı terör örgütüne üye olma suçu, zorunlu mütemadi suçlardandır. Mütemadi suç, suçun tamamlanmasına rağmen failin suç işleme kararının devam etmesi nedeniyle neticenin devam ettiği suç türüdür. Başka bir ifade ile bu suç türünde hem maddi hem de manevi unsur temadi eder. TCK'nın 314/2. mad-

suçları kesintisiz hale getiren asıl özellik örgüt kurucusu ve faillerdeki devamlılık ve süreklilik iradesi ve düşüncesi ile birlikte her an suç işlemeye hazır bir mekanizmanın varlığıdır. Aksi durumda iştirak halinde işlenen suç/suçlar gündeme gelecektir.<sup>125</sup> Bu nedenle suçun kesintisizliğinin örgütün devamına değil, her bir failin yaptığı harekete bağlı olduğu söylenmiştir.<sup>126</sup>

Öğretide örgüt üyesinin örgüte bağlılık bilincinin ve iradesinin devamlılık göstermesi gerektiği, bu nedenle de salt belirli bir süre ya da belirli bir suç veya suçların işlenmesi için örgüt üyesi olmanın mümkün olmadığı kabul edilmektedir.<sup>127</sup> Nitekim Yargıtay bir kararında terör örgütü üyeliğinin kesintisiz suç olması sebebiyle eylemlerde bir süre devam eden yoğunluk aranması gerektiğini belirtmiştir.<sup>128</sup> Kesintisiz suça işaret edilen başka bir kararda, sanıklar arasında gevşek de olsa hiyerarşik bir yapının bulunduğu, yaptıkları iş bölümü gereği isnat edilen suçu işledikleri, sanıkların işlemiş oldukları yağma eyleminden sonra örgütten ayrılmayarak yağma konusu biletlerin pazarlanması ve başka suçlar işlemek amacıyla birlikteliklerinin devam ettiği, birden fazla suç işlemek amacıyla bir araya geldikleri anlaşıldığı, örgüt üyesi olmak için makul sürenin geçmiş olduğu gerekçelerine yer vermiştir.<sup>129</sup>

Kanaatimizce de suç örgütüne belirli süre /geçici olarak üyelik mümkün değildir. Suç örgütüne üye olma suçunun işlenebilmesi için örgüte fiilî bir katılım gerekir. Kişi kendi kişisel amaçları yanında örgütün amaçlarını da bilerek örgütün işlediği/işleyeceği suçları isteyerek örgüte dahil olduğu nazara alındığında geçici/ belli bir süre/

---

desinde düzenlenen silahlı terör örgütüne üye olma suçu, esas itibariyle cezalandırılan hazırlık hareketleri olması itibariyle, netice şartı aranmayan somut bir tehlike suçudur. Suçun yapısı ve mahiyeti gereği kesintisiz devam eden, netice değil ve fakat fiiller, örgütsel faaliyetlerdir. Hatta bir anlamda devam eden durumdur. [...]” Bkz. Yargıtay 16. CD, E. 2020/6231, K. 2021/2523, 05.04.2021, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, erişim tarihi: 21.06.2024.

<sup>125</sup> Tozman, s. 125; Yenidünya/İçer, s. 18; Kavlak, s. 327.

<sup>126</sup> Evik, s. 673.

<sup>127</sup> Kavlak, s. 402; Tozman, s. 215.

<sup>128</sup> Yargıtay 16. CD, 18.07.2017, E. 2016/7162, K. 2017/4786, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, erişim tarihi: 17.06.2024.

<sup>129</sup> Yargıtay 6. CD, 25.02.2019, E. 2008/15466, K. 2009/4055, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, erişim tarihi: 17.06.2024.

sürelî üyeliğin söz konusu olamayacağı aşıkardır. Örgüt ile bağlantısı olmadan icra edilen münferit hareketlerin varlığı suç örgütü üyeliğinin kabulü için yeterli değildir.<sup>130</sup>

Kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği anın tespiti yukarıda izah edilen gerekçelerle önemlidir. Öğretide ve uygulamada kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleşmesi hukukî- fiilî kesinti veya maddî kesinti- şekli kesinti terimleri ile sınıflandırılmaktadır. Hukukî veya fiilî kesinti gerçekleştiği anda suçun bittiği kabul edilir.<sup>131</sup> Hukukî kesinti halleri; iddianamenin düzenlenmesi, tutuklanma kararı, mahkûmiyet hükmü, şikâyetten vazgeçme nedeniyle düşme kararı verilmesi, genel veya özel af kanunlarının yürürlüğe girmesi vs. şeklinde olabilir.<sup>132</sup> Fiilî kesinti ise suç teşkil eden hareketin failin iradi hareketi ya da failin iradesi dışında başka bir sebeple sona ermesi şeklinde gerçekleşir. Terör örgütü üyeliği suçu özelinde; kanunun örgütün varlığı için aradığı unsurlardan bir ya da birkaçının ortadan kalkması, örgüt mensuplarının yakalanması, üyenin örgütle bağını koparması, amaç suçu irtikap etmeye yönelik elverişliliğin ortadan kalkması, üye sayısının üç kişiden aza düşmesi veya örgütün dağılması fiilî kesintiye örnek olarak verilebilir.<sup>133</sup> Hukukî veya fiilî kesinti gerçekleştikten sonra örgüt üyesi

<sup>130</sup> Özgenç, Suç Örgütleri, s. 22.

<sup>131</sup> “[...]11.01.2018 tarihinde üzerinden ele geçirilen 2212 seri nolu tabancaya el konulup fiilî kesinti meydana geldikten sonra 02.05.2018 tarihinde yine üzerinden 1017 seri nolu bir başka tabancanın ele geçirildiğinin anlaşılması karşısında; sanığın eylemlerinin iki ayrı suç oluşturacağı cihetle [...]”, Yargıtay 8. CD, E. 2021/2983, K. 2022/4770 K, 22.03.2022, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, erişim tarihi: 21.06.2024.

<sup>132</sup> “[...]6136 sayılı Yasaya aykırılık suçunun kesintisiz suçlardan olduğu ve hukukî kesintiyi oluşturan iddianamenin düzenlendiği tarihe kadar gerçekleştirilen eylemlerin tek suç, bu tarihten sonra gerçekleştirilen eylemlerin ise ayrı suç oluşturacağı gözetilerek, mükerrer cezalandırılmanın, önlenmesi bakımından sanık hakkında ekspertiz raporunda anılan olaydan dolayı 6136 sayılı Yasaya aykırılık suçundan başka dava açılıp açılmadığı ve açılmış ise iddianame tarihleri saptanıp sonucuna göre hukukî durumunun tayin ve takdiri gerekirken, eksik araştırmayla yazılı biçimde mahkûmiyet hükmü kurulması[...]” bkz. Yargıtay 8. CD, 01.06.2015, E. 2014/26724, K. 2015/18079, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, erişim tarihi: 21.06.2024.

<sup>133</sup> “[...] Bilindiği üzere silahlı terör örgütüne üye olma suçları temadi eden suçlardan olup temadi, fiilî veya hukukî kesinti ile sona ermektedir. Sanık ... 28.03.2011 tarihinde ilk eylemini gerçekleştirmiş ancak bu eylemi fiilî veya hukukî kesintiye uğramadan bu kez 08.12.2011 tarihinde ikinci fiilîni işlemiş bu fiilînden do-

failin suç teşkil eden eylemleri ika etmesi ikinci örgüt üyeliği suçunun oluşması anlamına gelecektir.<sup>134</sup>

## B. Yargıtay Uygulamasında Terör Suçlarında Suçüstü Hali

Bu çalışmanın konusunu oluşturan tartışmalar darbe girişimi sonrasında AYM üyeleri, yüksek yargı üyeleri ve 2802 sayılı Kanun'a tabi yargı mensupları hakkındaki soruşturmalar ve kovuşturmalar nedeniyle ortaya çıkmıştır. Yüksek yargı mensuplarının davaları ilk derece mahkemesi sıfatıyla Yargıtay 9'uncu CD'de görülmüş bu mahkemenin kararlarına karşı yapılan temyiz başvurularına ise YCGK bakmıştır.<sup>135</sup>

---

layı 09.12.2011 tarihinde gözaltına alınmış ve akabinde tutuklanmış, fiili kesinti bu şekilde gerçekleşmiş ve temadi sona ermiştir. Sanığın, temadının sona erdiği 09.12.2011 tarihine kadar gerçekleşen eylemleri tek bir suçu oluşturacaktır. Buna karşın yukarıda açıklandığı üzere sanık her iki fiilinden dolayı ayrı Mahkemelerde yargılanmış, ayrı cezalar almış ve bu cezalar Yargıtay'ca da onanarak kesinleşmiştir. Oysa bu dosyaların soruşturma veya kovuşturma aşamasında birleştirilmesi, delillerin birlikte değerlendirilmesi ve sanığın atılı suçtan bir kez cezalandırılması gerekirken mükerrer olarak cezalandırıldığı görülmüştür. [...] Müttemadi suçlarda suç tarihi, temadının kesildiği tarihtir. Temadi ya failin iradi fiiliyle ya da gayri iradi bir müdahale ile fiilen veya fail hakkında düzenlenen iddianame ile dava açılması ya da mahkûmiyet kararı verilmesi ile hukuken sona erer. Failin bu suç nedeniyle tutuklanmaya evrilen yakalanması, tutuklanması ya da hakkında verilen hapis cezasının infazına başlanması fiili/hukukî kesinti, iddianame ve mahkûmiyet hükmü ise hukukî kesinti oluşturacaktır. Şu hale göre, failin tutuklanmaya evrilen yakalanmasından/tutuklanmasından önce ya da sonra, devlet otoritesinin faile bir ihtarı ve mevcut durumun cemiyet tarafından tasvip olunmadığının ...suç teşkil ettiğinin bildirilmesi anlamına gelen iddianame tarihine kadar sürdürdüğü örgütsel faaliyetlerinin, müttemadi suçların teklifi ve suç işleme kararının devam etmesi nedeniyle tek bir örgüt üyeliği suçu kapsamında değerlendirilmesi gerekir", Bkz. Yargıtay 16. CD, E. 2020/6231, K. 2021/2523, 05.04.2021, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, erişim tarihi: 21.06.2024

<sup>134</sup> "Temadi eden suçlardan olan örgüt üyeliği, hukukî veya fiili kesinti gerçekleşinceye kadar tek suç sayılır. Örgüt üyeliği, yakalanma, örgütün dağılması, örgütten ihraç ya da kendiliğinden örgütten ayrılma gibi sebeplerden sona erer. Yakalanmayan sanık hakkında düzenlenen iddianame temadi eden suç için hukukî kesinti oluşturmaz. Örgüt üyeliğinden mahkûm olduktan sonra tekrar örgütle hiyerarşik bağ kurup süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk gerektiren faaliyetlere katılması halinde yeniden üyelik suçu oluşacaktır", Bkz. Yargıtay 16 CD, E. 2016/7162, K. 2017/4786, 18.07.2017, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, erişim tarihi: 17.06.2024.

<sup>135</sup> 5237 sayılı TCK ve 5271 sayılı CMK 2005 yılında yürürlüğe girince bu gelişmeye paralel olarak 3713 sayılı Kanun'un 765 sayılı mülga TCK'ya atf yapan hükümleri güncellenirken diğer taraftan da (ara rejimlerin, sıkıyönetim dönemlerinin ve olağanüstü hâl uygulamalarının simgesi ve tamamlayıcısı olduğu ifade edi-

Yargıtay 9'uncu CD ve YCGK, yargı mensupları bakımından kendi kanunlarındaki usûli güvencelerin terk edilmesi ve bu kişiler hakkında genel hükümler uyarınca yakalama-gözaltı ve sonrasında tutuklama işlemleri tatbikini hukuka uygun bulmuştur. Söz gelimi, YCGK'nun Hakimler Savcılar Kurulunun (HSK) eski bir üyesi hakkında verdiği kararda terör örgütü üyeliğinin görev suçu değil kişisel suç olduğu, bu suçun niteliği gereği temadi ettiği (zorunlu kesintisiz suç), soruşturma başlamadan önce failin örgütten ayrıldığına dair herhangi bir tespitin bulunmadığı hususları dikkate alındığında, CMK m. 90/1-a gereğince suçu ika ederken rastlanan sanık hakkında suçüstü işlemleri uygulanmasında hukuka aykırılık bulunmadığı yönünde sonuca ulaştığı görülmektedir.<sup>136</sup>

---

len) DGM'ler de kaldırılmıştır. Buna karşın CMK'da düzenlenen özel ağır ceza mahkemeleri faaliyetlerine başlamıştır. Bu mahkemelerin görev alanındaki suçların kovuşturulmasında sanıklar avukatla görüşme, gözaltı ve tutukluluk süreleri bakımından genel hükümlerden farklı kurallara tabi kılınmıştır. Özel ağır ceza mahkemelerin varlığı ve faaliyetlerinin demokrasi, hukuk devleti ve adil yargılanma hakkı ilkelerine ters düştüğü biçiminde eleştiri ve tepkilere rağmen, 2012 yılında kadar bu mekanizma işlemeye devam etmiştir. Yargı hizmetlerinin etkinleştirilmesi amacıyla bazı kanunlarda değişiklikler yapılmasının amaçlandığı 6352 sayılı Kanun'a ilişkin tasarı ve tekliflerin görüşülmesi sırasında verilen önerge ile TMK'nın 10'uncu maddesi başlığı ile birlikte değiştirilerek, CMK 250, 251 ve 252 madde hükümleri ve TMK'nın bazı maddelerinde yer alan hükümler TMK'nın 10'uncu maddesinde toplanmıştır. En nihayetinde, 6526 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile TMK'nın 10'uncu maddesi uyarınca görevlendirilen özel yetkili mahkemeler kaldırılmıştır. Özel yetkili mahkemelerin bu çalışma açısından önemi ise CMK'nın daha sonra mülga olan 251/1 maddesidir. Gerçekten de "Soruşturma 250'nci madde kapsamına giren suçlarda soruşturma, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca bu suçların soruşturma ve kovuşturmasında görevlendirilen Cumhuriyet savcılarınca bizzat yapılır. Bu suçlar görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır. Cumhuriyet savcılar, Cumhuriyet Başsavcılığınca 250'nci madde kapsamındaki suçlarla ilgili davalara bakan ağır ceza mahkemelerinden başka mahkemelerde veya işlerde görevlendirilemez." hükmünü amir olan bu madde kamuoyunda "Ergenekon" olarak bilinen soruşturmalarda sık sık gündeme gelmiş ve kimi yargıç ve savcılar bu düzenleme kapsamında herhangi bir izin veya karara gereksiz gözüktüğüne alınıp tutuklanmıştır.

<sup>136</sup> "Doktrinde kabul edilen ortak görüş ve Yargıtay kararlarında istikrar kazanan uygulama; örgüt üyeliği suçunun mütemadi suçlardan olduğu yönündedir. Bu nedenle, suç işlemek amacıyla kurulmuş olan bir örgüte katılma hâlinde suç, örgütün hiyerarşik yapısına bağlılık devam ettiği sürece işlenmeye devam edilmektedir. Dolayısıyla örgütün hiyerarşik yapısına bağlılığın sona erdiği anda

temadi bitmektedir. Bu bağlamda örgüte üye olma fiilî, örgütün hiyerarşik bünyesine dahil olmakla birlikte tamamlanmakta ise de suç sona ermemekte ve fail, örgüt üyesi olarak kaldığı sürece suç da devam etmektedir... Doktrinde genel kabul gören görüşe göre; mütemadi suçlar suçüstü hâlinde işlenebilen suçlardır. Dahası, Faruk Erem 1978 yılında, Halûk Çolak da 1998 yılında hazırladıkları eserlerinde, İtalyan CMUK'un 237. maddesinde, temadinin sona erdiği ana kadar mütemadi suçun suçüstü sayılacağı hususunun açıkça belirtildiğini ifade etmişlerdir Gerçekten de, 1930 tarihli İtalyan CMUK'un "Suçüstü" başlıklı 237. maddesinin birinci cümlesinde yer alan "Il reato permanente é flagrante fino a che sia cessata la permanenza", ibaresi "Mütemadi suçta suçüstü, temadinin sona ermesine kadardır", anlamına gelmektedir. Nitekim bu yöndeki düzenleme, 1988 tarihli İtalyan CMUK'un "Suçüstü Hâli" başlıklı 382. maddesinin ikinci fıkrasında da "Mütemadi suçta suçüstü hali, temadinin sona ermesine kadar devam eder", anlamına gelecek şekilde "Nel reato permanente lo stato di flagranza dura fino a quando non è cessata la permanenza", ibaresiyle yer almaktadır. Nitekim Türk Hukuk doktrininde de benzer şekilde; mütemadi suçlarda, temadi devam ettikçe suçüstü hâlinin devam ettiği, icra hareketlerinin tamamlanmasının gerekmediği, mütemadi suçu oluşturan icra hareketlerinin bir kısmında, sanığın geniş anlamda yakalanmasının yeterli olduğu, kanuni düzenlemelerde bu konuda bir ayrıma gidilmediği görüşü, Türk Anayasa Hukukunda ve Muhtelif Kanunlarda ve suçüstü hâlinde temadinin sona ereceği görüşü savunulmaktadır. Faile atılı mütemadi suçun niteliği, suçun işlenme şekli ve geniş anlamda yakalama şartlarının her olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi koşuluyla, mütemadi suçlarda genel olarak failin o suça ilişkin devam eden icra hareketlerinin, bu hareketlerin meydana getirdiği hukuka aykırılığın devam ettiğinin, böylelikle o suçun işlenmekte olan bir suç olduğunun ve geniş anlamda yakalama sonucunda somut olayda dar anlamda suçüstü hâlinin var olabileceğinin kabulü gerekmektedir.... Yüksek mahkeme üyeleri dışında görev yapan birinci sınıfa ayrılmış ya da birinci sınıf bazı hâkim ve Cumhuriyet savcılar hakkında Yerel Cumhuriyet Başsavcılıklarınca 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 93 ve 94. maddeleri gereğince genel hükümlere göre yürütülen soruşturma sonucunda düzenlenen iddianamelerle; ağır ceza mahkemesinin görevine giren ve suçüstü halinde işlendiği değerlendirilen silahlı terör örgütüne üye olma, Anayasayı ihlal, cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Büyük Millet Meclisini ve Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs etme suçlarından cezalandırılmaları istemiyle Yerel Mahkemelere açılan davaların hangi mercide görüleceğine ilişkin Yerel Mahkemeler ile ilk derece mahkemesi sıfatıyla Yargıtay arasında ortaya çıkan olumsuz görev uyuşmazlığının çözümlenmesi amacıyla dosyaların gönderildiği Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 10.10.2017 tarihli ve 998-388 sayılı ile benzer uyuşmazlığa ilişkin diğer kararlarında istikrarlı olarak "mütemadi suçlardan olan silahlı terör örgütüne üye olma suçunda, daha önce örgütün kendisini feshetmesi, kişinin örgütten ayrılması gibi bazı özel durumlar hariç olmak üzere kural olarak temadinin yakalanma ile kesileceği, dolayısıyla suçun işlendiği yer ve zaman diliminin buna göre belirlenmesi gerektiği, bu nedenle silahlı terör örgütüne üye olma suçundan şüpheli konumunda bulunan hâkim ve Cumhuriyet savcılarını yakalandıkları anda



«ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâli'nin mevcut olduğu ve 2802 sayılı Kanun'un 94. maddesi gereğince soruşturmanın genel hükümlere göre yapılacağı anlaşılmaktadır” sonucuna ulaşılmıştır. Burada öncelikle ifade etmek gerekir ki; doktrinde suç niteliğine dair veya başkaca bir ayırım yapılmaksızın, mütemadi suçların salt işlenmeye devam eden suçlardan olduğu gerekçesiyle bu suçlarda suçüstü hâlinin bulunduğu dair görüşlerin de mevcut olması bir yana, bu genel kabulün haricinde öncelikle değinilmesi gereken husus; örgüt üyeliğine ilişkin genel açıklamalarda da belirtildiği üzere, örgüt üyeliğinin varlığı için failin delillendirilebilir somut hareketleriyle örgütün hiyerarşik yapısına kendi iradesini sürekli olarak teslim etmesinin yeterliliğidir. Dolayısıyla, kişinin gizli bir yapılanma ve somut tehlike suçu niteliğindeki suç örgütünün üyesi olduğunu her an suç teşkil eden başkaca eylemlerle göstermesine gerek olmadığı gibi, bu yöndeki eylemleri zaten ayrı bir suçu oluşturacak ve bu suçları işlerken yakalanması hâlinde o suçlar yönünden de suçüstü hâli gündeme gelecektir. Diğer yandan, failin suç örgütü üyesi olduğuna dair yetkili makamlarca şüphe oluşturan delil ya da delillere ulaşılması ve failin örgüt üyeliğindeki devamlılığın o anki delillere göre saptanması durumunda, örgütün kendisini feshettiğine ya da failin örgütten ayrıldığına dair başkaca delile ulaşamaması hâlinde, failin örgüt üyeliği hususundaki icra hareketlerine devam ettiğinin, böylelikle bu durumdan bilgisi olan yetkili makamlarca failin CMK'nın 2. maddesinin (j) bendinin birinci alt bendi ve 90. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca bu suçu işlerken rastlandığının, dolayısıyla görünüşteki haklılık unsuru gereğince suçüstü hükümleri doğrultusunda fail hakkında işlem yapılabilceğinin kabulünde hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Burada failin cezai eyleminin muhakkak herkes tarafından görülmesi gerekmekte, yakalama anı itibarıyla örgüt üyeliğinin sürekliliğine dair icra hareketlerinin devam ettiğinin ve failin örgütten ayrılmaya dönük bir eyleminin bulunmadığının yetkili makamlarca bilinmesi yeterlidir. Diğer yandan, Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun 17.07.2016 tarihli ve 244/a sayılı kararında; aralarında sanık ...'un da bulunduğu Yargıtay Üyeleri hakkında genel hükümlere göre başlatılıp yürütülen adli soruşturmanın Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca idari yönden gereği için Yargıtay Başkanlığına bildirilmesi sonucunda; “133 Yargıtay Üyesine isnat edilen ‘cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının ön gördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye teşebbüs’ suçunun vasıf ve mahiyeti, mevcut delil durumu, eylemin halen tamamen sona ermemesi ile bu bağlamda ağır cezalı ve suçüstü gibi ağır bir suç soruşturmasının, tehlikenin boyutu ile haklarında gözaltı kararı çıkarılmış olması gözetildiğinde, bu denli ağır bir suç soruşturmasının varlığı karşısında ve ayrıca aynı örgüt kapsamında bir kısım üyeler hakkında Birinci Başkanlığımızca sürdürülen soruşturmanın kapsamı da dikkate alınarak adları geçen üyelerin göreve devamlarının soruşturmanın selameti ve yargı erkinin nüfuz ve itibarına zarar vereceği gözetilerek Yargıtay Kanununun 18/1, 2, 4 fıkraları ile 46. maddeleri gereğince mevcut yetkilerinin kaldırılmasına” karar verildiği ve içeriği itibarıyla bu kararda sanık hakkında ağır cezalı suçüstü hâli nedeniyle genel hükümlere göre soruşturma yürütülmesinin usûle uygun olduğunun belirtildiği de gözden uzak tutulmamalıdır. Bu düzenlemeler doğrultusunda, uyuşmazlık konusuyla bağlantılı olarak, terör suçları bakımından yürütülecek soruşturma ve kovuşturma



Yine bu kararlarda; CMK'nın 161'inci maddesinin 8'inci fıkrasına atıfla, silahlı terör örgütüne üye olma gibi bazı suçların soruşturulmasının, nitelik ve ağırlıkları dikkate alındığında, bu suçun resmi görevlerle bağlantılı olarak veya resmi görevler sırasında işlenmiş olsa bile, doğrudan cumhuriyet savcılığı tarafından genel hükümlere göre yürütüleceğinin ifade edildiği görülmektedir. Bu tür ağır suçlar söz konusu olduğunda CMK'nın 161'inci maddesinin 8'inci fıkrası hükümleri geçerli olacak ve (2797 sayılı Kanun gibi) belirli kanunlarda öngörülen özel soruşturma usulleri, suçüstü halinin olup olmamasına bakılmaksızın, geçersiz olacaktır<sup>137</sup>.

### C. AYM'nin Suçüstü Haline Dair Yorumu

AYM kendi eski mensupları olan Erdal Tercan ve Alparslan Altan'ın yirmi beş yıllık bireysel başvurular ve diğer yüksek mahke-

---

işlemlerinde suçüstü hükümlerine göre işlem yapılması öngörülmekteydi. Diğer yandan, özel soruşturma ve kovuşturma usulleri öngören düzenlemelerden; yasama dokunulmazlığına ilişkin Anayasa'nın 83. maddesi, hâkim ve Cumhuriyet savcılarının 2802 sayılı Kanun'un 94. maddesi, Hâkimler ve Savcılar Kurulunun seçimle gelen üyelerine ilişkin 6087 sayılı Kanun'un 38. maddesi, 2797 sayılı Kanun'un 46. maddesi ile diğer kamu görevlilerine ilişkin 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 2. maddesinde "ağır cezalı suçüstü hâli" ortak bir kavram olarak kullanılmaktadır. Aynı kavram, suç tarihinden sonra 2797 sayılı Kanun'un 46. maddesine 680 sayılı KHK ile eklenen ve 7072 sayılı Kanun'la aynen kabul edilerek kanunlaşan altıncı fıkrada da yer almaktadır. İç hukuk düzenlemesi niteliğinde olan ve kişisel suçları nedeniyle Yargıtayın yargılayacağı kişilere yönelik bu düzenlemeyle de 15.07.2016 tarihinden sonra haklarında örgütlü suçluluk nedeniyle ağır cezalı suçüstü hükümlerine göre işlem yapılan bu kişiler hakkında yetkili makamlarca uygulanan genel hükümlerin ve dolayısıyla fiilî durumun suçüstü hâliyle uyumlu olduğu öngörülerek bu doğrultuda yapılacak soruşturma ve kovuşturma işlemleri hüküm altına alınmıştır. Açıklanan nedenlerle, genelde mütemadi suçlarda temadinin yakalama ile kesileceğine ve o anda suçüstü hâlinin var olduğuna, özde de olumsuz görev uyuşmazlıklarına konu kararlarda FETÖ/PDY silahlı terör örgütü üyesi oldukları iddiasıyla yakalanan hâkim ve Cumhuriyet savcılığı yönünden suçüstü hâlinin bulunduğu dair Yargıtayca varılan kanaat salt suçüstü hâlinin yargısal, mantıksız ve keyfî yorumuna değil, doktrindeki görüşlere, örgütsel suçluluğun teorisine, dahası ve en önemlisi, yasama organınca istikrarlı ve birbiriyle uyumlu olarak hüküm altına alınan iç hukuk düzenlemelerine dayanmaktadır. Varılan sonuç sonrasında Anayasa Mahkemesi'nce de benimsenmiştir [...]” YCGK, 02.05.2019, E. 2019/9-312, K. 2019/514.

<sup>137</sup> Benzer kararlar için bkz. YCGK'nın; 2017/16-956 E, 2017/370 K; 2022/51 E, 2022/141 K; 2021/301 E, 2022/483 K; 2017/990 E, 2017/389 K; 2019/296 E, 2019/578 K; 2019/286 E, 2020/52 K; 2019/337 E, 2021/55 K. sayılı kararları.

me üyeleri ile 2802 sayılı Kanun kapsamında görev yapan yargı mensuplarının yapmış oldukları bireysel başvurular kapsamında suçüstü halini incelemiş ve bunların tamamında kanunla verilen özel güvencelerin terk edilerek ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hali bulunduğu gerekçesiyle yapılan adli işlemlerde hak ihlali bulunmadığına karar vermiştir.<sup>138</sup> Alparslan Altan İHAM nezdinde iki kez hak ihlali kararı aldığı için birden çok kez bireysel başvuruda bulunmuş, bu başvuruların tamamı kabul edilemez bulunmuştur.<sup>139</sup> AYM benzer gerekçelerle Erdal Tercan başvurusunu da kabul edilemez bulmuştur.<sup>140</sup> AYM'ye göre, ilk derece mahkemesi sıfatıyla mezkûr üyelerin ceza kovuşturmasını yürüten Yargıtayın ulusal hukuka ilişkin yorumunun İHAS'da güvence altına alınan hak ve özgürlükleri ihlal edip etmediğini incelemenin İHAM'ın yetkisinde olduğunu ama İHAM'ın ulusal mahkemelerin yerine geçerek ulusal hukuku ilk elden yorumlamaması gerektiğini belirtmiştir. AYM, İHAM'ın Alparslan Altan başvurularındaki tespitlerinin Sözleşme'nin uygulanmasına değil, ilgili Türk hukukunun yorumlanmasına ilişkin bir değerlendirme mahiyetinde olduğunu, İHAM kararlarının bağlayıcılığını kabul etmekle birlikte, yargı mensuplarının tutuklanmasına ilişkin iç hukuk hükümlerinin yorumlanmasının Türk kamu makamlarına ve nihai olarak mahkemelerine ait bir yetki olduğunu vurgulamıştır.<sup>141</sup>

AYM ulusal hukukun uygulanması ve yorumlanması hakkında ulusal yargı yerlerinin münhasır yetkisine işaret ettikten sonra suçüstü halinin yorumu ve uygulanması hakkındaki tespitlerine geçmiştir. AYM'ye göre, ağır ceza mahkemelerinin yetki alanına giren suçüstü halinin bulunması, görev yaptıkları mahkemenin derece ya da türüne bakılmaksızın, tüm hâkim ve savcılara sağlanan usûli güvencelere

<sup>138</sup> İlk derece mahkemelerinde görev yapan hâkimler yönünden bkz. Âdem Türkel, B. No: 2017/632, 23/1/2019, para. 52-59; Erdem Doğan, B. No: 2017/25955, 7.3.2019 para. 50-57; tetkik hâkimleri yönünden bkz. Selim Öztürk, B. No: 2017/4834, 8.5.2019, para. 52-59; Cumhuriyet savcılarını yönünden bkz. Hasan Hendek, B. No: 2016/69748, 29.5.2019, para. 62-69; Uğur Gürses, B. No: 2016/16201, 3.7.2019, para. 62-65.

<sup>139</sup> Alparslan Altan Başvurusu, B. No: 2016/15586, Karar Tarihi: 11.1.2018, RG. 19.1.2018, S. 30306; Alparslan Altan Başvurusu (2), B. No: 2018/22191, Karar Tarihi: 9.5.2019; Alparslan Altan Başvurusu (3), B. No: 2019/25385, Karar Tarihi: 4.11.2020.

<sup>140</sup> Erdal Tercan Başvurusu, B. No: 2016/15637, Karar Tarihi: 12.4.2018, RG. 22.5.2018, S. 30428, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/15637?Dil=tr>, erişim tarihi: 19.06.2024.

<sup>141</sup> AYM, Alparslan Altan, para. 114.

istisna teşkil eden bir durumdur. Bununla birlikte, kişisel ve görevle ilişkili suçlar arasındaki ayırım da önemlidir. Somut olayda görev suçu değil, kişisel suç söz konusu olduğu için şüpheli veya sanıklar hakkında genel kurallar uygulanacaktır.<sup>142</sup>

AYM, eski üyeleri hakkındaki değerlendirmesini 2802 ve 2977 sayılı kanunlar çerçevesinde görev yapan yargı mensupları yönünden de sürdürmüş, söz gelimi, sonradan İHAM'ın hakkında hak ihlali kararı verdiği, *Yıldırım Turan* başvurusunda, örgüt üyeliği suçu bakımından kişisel ve ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâlinin bulunduğunu değerlendirmiştir. Bu dosyada AYM, ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâline yönelik içtihadını Yargıtay eski üyesi A.B. kararında geliştirdiğini ifade ederek ilgili karara çeşitli atıflar yapmıştır.<sup>143</sup> Anılan kararda ilk olarak tutuklamaya konu örgüt üyeliği suçunun ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren kişisel suç niteliğinde olduğu ifade edilerek, darbe teşebbüsünün millî güvenlik ve kamu düzeni üzerinde oluşturduğu tehlike tüm ağırlığıyla devam ederken başvuruçunun yakalanıp gözaltına alındığı ve sonrasında tutuklandığı belirtilmiştir.<sup>144</sup> AYM'ye göre, darbe teşebbüsünden hemen sonra tutuklanan yüksek mahkeme üyeleri yönünden suçüstü hâlinin bulunduğu kabul edilirken darbe teşebbüsü temel hareket noktası kabul edilmiştir. Darbe girişimi dolayısıyla devletin varlığı ve millî güvenlik üzerinde oluşan tehlike devam ettiği bir sırada darbe girişimi savuşturulurken bu teşebbüsün arkasındaki yapı ile örgütsel nitelikte ilişkisi olduğu değerlendirilen kişiler hakkında suçüstü işlemi uygulanması temelsiz bir yaklaşım değildir.<sup>145</sup> Silahlı terör örgütü üyeliği suçunun kesintisiz niteliği dolayısıyla ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâli söz konusu olduğuna göre, başvuruçuya isnat edilen silahlı terör örgütü üyesi olma suçuna ilişkin suçüstü hâlinin bulunduğu yönünde soruşturma mercilerince yapılan değerlendirmelerin olgusal ve hukukî temelden yoksun ve keyfi olduğunun kabulü mümkün değildir.<sup>146</sup>

<sup>142</sup> AYM, Alparslan Altan, para. 109.

<sup>143</sup> AYM A.B. Başvurusu, B. No: 2016/22702, Karar Tarihi: 31.10.2019, RG 29/1/2020, S. 31023; AYM, Yıldırım Turan, para. 107.

<sup>144</sup> AYM, Yıldırım Turan, para. 107.

<sup>145</sup> AYM, Yıldırım Turan, para. 108.

<sup>146</sup> AYM, Yıldırım Turan, para. 109; AYM, A.B, para. 94.

AYM *Yıldırım Turan* başvurusuna dair kararında; darbe teşebbüsünden hemen sonra silahlı terör örgütü üyeliği suçundan tutuklanan yüksek mahkeme üyeleri dışındaki yargı mensupları yönünden de ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçüstü hâlinin bulunduğu, bu tespite yönelik içtihadını da *Mustafa Özterzi* kararında güncellediğini<sup>147</sup> belirterek, bu kararda yüksek mahkeme üyeleri dışında kalan yargıç ve Cumhuriyet savcılarını yönünden ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâli bulunmasa da kişisel suçlarına ilişkin olarak soruşturma yürütülmesi için ayrıca izin alınmasına gerek olmadığı yönündeki YCGK kararlarına değinmiştir.<sup>148</sup>

Sonuç olarak ve özetle, AYM hem yüksek mahkeme üyeleri hem yüksek mahkeme üyeleri dışında kalan yargıç ve savcılar hem de AYM üyeleri hakkında; silahlı terör örgütüne üye olma suçunun temadi eden kişisel suç olduğunu, fiili kesinti anına kadar suçun işlenmeye devam ettiğini, başvuru/başvurucuların darbe girişiminin arkasındaki olan FETÖ/PDY ile örgütsel ilişkisinin olduğunu değerlendirildiğini ve şikayet konusu yakalama işleminin darbe girişimi nedeniyle ulusal güvenlik ve kamu düzenine yönelik tehdidin sürdüğü bir anda gerçekleştiğini, bu nedenlerle somut olaylarda suçüstü halinin bulunduğu ilişkin yargı yerlerinin yaptıkları değerlendirmelerin, dayandıktan yoksun olmadığını, somut olay(lar)da ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçüstü halinin bulunduğunu, bunun da söz konusu yargı mensuplarının tabi olduğu kanunlarda öngörülen özel usuli güvenceleri uygulanamaz hale getirdiğini belirtmiştir.<sup>149</sup>

#### IV. İHAM UYGULAMASINDA ÖZEL USULİ GÜVENCELER VE SUÇÜSTÜ HALİ

##### A. Genel Olarak

Türk vatandaşı yargı mensupları hakkında suçüstü halinin uygulanmasına dair İHAM'ın tespit ve yorumlarının başlıca üç ihlal kara-

<sup>147</sup> AYM, *Yıldırım Turan*, para. 111; AYM, *Mustafa Özterzi*, B. No: 2016/14597, 31.10.2019, para. 93, 94, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/14597>, erişim tarihi: 11.06.2024.

<sup>148</sup> AYM, *Mustafa Özterzi*, para. 93; AYM, *Yıldırım Turan* para.112.

<sup>149</sup> AYM, *Yıldırım Turan*, para. 107.

rı ile şekillendiği söylenebilir. Bunlar; yukarıda da ifade edildiği gibi, *Alparslan Altan-Türkiye* başvurusu, *Turan ve diğerleri- Türkiye* başvurusu ile *Hakan Baş* başvurusudur. Bu kararları detaylandırmadan önce İHAM'ın Türk yargı mensupları hakkında daha evvelce vermiş olduğu kararlardan (her ne kadar bu başvurular disiplin cezaları ile ilgili olsa da) Ömer Faruk Eminağaoğlu ve Ayşe Sarısu Pehlivan kararlarına kısaca değinmekte fayda vardır.

Eminağaoğlu başvurusunda yargı mensubu olan başvurucu, kamuoyunda "Ergenekon" olarak bilinen soruşturmalar kapsamında kendisine disiplin soruşturması açılması ve ardından verilen disiplin cezası ile ilgili olarak İHAS'ın 6/1, 10 ve 8. maddelerinin ihlali iddiasıyla İHAM'a başvurmuştur. İHAM, davalı hükümet aleyhine vermiş olduğu ihlal kararına gerekçe olarak; o dönemde HSYK adıyla görev yapan kurumun yapısının usuli güvencelerin sağlamaktan uzak olduğu, bir yargıç aleyhine disiplin yargılaması başlatıldığında, adalet sisteminin işleyişine olan kamu güveninin zedelendiği, disiplin yargılamalarıyla karşı karşıya kalan her yargıç ve savcının keyfiliğe karşı güvence altına alınması gerektiği ifade ederek, ilgili kişinin, kendi bakış açısını sunmak ve hakkındaki iddialarını çürütebilmek adına çelişmeli yargılama usulünden faydalanabilmesi gerektiği hususlarına dikkat çekmiştir.<sup>150</sup> Benzer biçimde, Sarısu Pehlivan/Türkiye Davası'nda da İHAM'ın vermiş olduğu ihlal kararında yargıçlara tanınan özel güvencelerin önemine dikkat çekilerek, keyfi tutumlara karşı yargıç bağımsızlığını koruyabilmek amacıyla bu güvencelerin formüle edildiğinin altı çizilmiştir.<sup>151</sup>

Çalışmanın bu kısmında; *Alparslan Altan* ve *Turan ve diğerleri* başvurularına giden süreç, başvuruçuların iddiaları, davalı hükümetin savunması ve son olarak da İHAM'ın değerlendirmesi başlıkları altında konu detaylandırılacaktır.

<sup>150</sup> İHAM, Eminağaoğlu/Türkiye Davası, (Başvuru no. 76521/12), <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22itemid%22:%5B%22001-210715%22%5D%7D>, erişim tarihi: 23.12.2024.

<sup>151</sup> İHAM, Sarısu Pehlivan/Türkiye Davası, (Başvuru No. 63029/19), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-226210%22%5D%7D>, erişim tarihi: 23.12.2024.

## B. Alparslan Altan-Türkiye Başvurusu

### 1. Başvuru Konusu İddialar

AYM eski üyesi olan başvuran, darbe girişimi sonrasında 6216 sayılı Kanun'a aykırı şekilde keyfi olarak tutuklanmasından şikâyetçi olmuş, tutuklanmasını gerektirecek nitelikte, bir suç işlediğine dair makul şüphe oluşturacak herhangi bir delilin bulunmadığını ifade ederek Sözleşme'nin 5'inci maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvuran, 6216 sayılı Kanun'un 16'ncı maddesi uyarınca, AYM üyeleri hakkında ceza soruşturulması açılmasının AYM Genel Kurulunun kararına bağlı olduğunu dile getirerek, ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâli olmamasına, darbe teşebbüsünde yer almakla ilgili bir suçlama bulunmamasına rağmen, durumunun suçüstü hâli olarak değerlendirildiğini, hakkındaki işlemlerin genel hükümlere göre yürütüldüğünü beyan etmiştir. Ayrıca başvuran, işlediği iddia edilen suçun yalnızca meslekî faaliyetlerinin ifası ile bağlantılı olarak işlenmiş olabileceğini yani görev suçu olduğunu belirterek, 6216 sayılı Kanun'un 16 ve 17'nci maddelerinde belirtilen prosedürlerin işletilmediğini savunmuştur.<sup>152</sup>

### 2. Davalı Hükümetin Savunması

Davalı Türk Hükümeti; başvuranın, darbe teşebbüsüyle bağlantılı olarak, "anayasal düzeni yıkmaya veya değiştirmeye teşebbüs etme" ve "silahlı terör örgütü üyesi olma" şüphesi ile tutuklandığını, CMK'nın 100'üncü maddesi temelinde başvuranın tutuklanmasına karar verildiğini, başvuranın tutukluluğunun ulusal hukuka ve İHAS'a uygun olduğunu bildirmiştir. Hükümete göre, 6216 sayılı Kanun'un 16 ve 17'nci maddeleri AYM üyeleri hakkında ceza kovuşturması yürütülmesi için özel bir usul öngörmesine rağmen, ağır ceza mahkemelerinin görevine giren suçüstü hâllerinde soruşturma genel hükümlere göre yürütülebilecek ve önleyici tedbirler alınabilecektir. Başvuranın gözaltına alınıp tutuklanmasına neden olan suç görev suçu olmayıp adi suçlar kategorisindedir. Davalı hükümete göre, başvuran hakkındaki ceza soruşturması genel hükümler çerçevesinde yürütülmüştür. Zira şüpheliye isnat edilen suç olan silahlı terör örgütü üyeliği kesin-

<sup>152</sup> İHAM, Alparslan Altan, para. 90.

tisiz suç niteliğinde olduğundan suçüstü hâli kapsamında değerlendirilmiştir.<sup>153</sup>

### 3. İHAM'ın Değerlendirmesi

Mahkemeye göre özgürlük ve güvenlik hakkını güvence altına alan İHAS'ın 5'inci maddesi, Sözleşme'nin 2, 3 ve 4'üncü maddeleriyle birlikte, bireyin fiziksel güvenliğini koruyan birinci dereceden temel hak olup amacı, kişinin keyfi veya gerekçesiz şekilde özgürlüğünden mahrum bırakılmasının engellenmesidir. İHAM; kişiyi özgürlüğünden mahrum bırakmanın (yakalama ve tutuklama) sadece aynı maddenin (a) ile (f) bentlerinde belirtilen istisnalardan birine dayalı olmasının yeterli olmadığını, aynı zamanda hukuka uygun olmasının icap ettiğini, bunun için ulusal hukukta yer alan kurallara uyulması gerektiğini ifade etmiştir. Öte yandan, ilgili ulusal hukukun salt varlığı yeterli olmayıp bu kuralların İHAS'da zımnen/ açık şekilde yer alan genel ilkelerle, özellikle de yasal kesinlik ilkesiyle uyumlu olması icap etmektedir.<sup>154</sup>

İHAM'a göre yargı mekanizmasının toplum nezdinde özel bir yeri ve rolü bulunmaktadır. Hukukun üstünlüğünü kabul eden bir devletin yargı erkinin kamuoyuna güven vermesi gerekir. Yargıçların görevlerini bağımsız şekilde yerine getirebilmeleri için yargı mensuplarına ulusal hukuk sistemi içinde yargısal koruma sağlanması bu kabilden olup anılan düzenlemelere gereği gibi uyulması esastır.<sup>155</sup>

Mahkeme, yakalama ve tutuklama kararının uygulanma biçimini İHAS hükümlerine göre incelerken; demokratik toplumda devlet organları arasında yargının işgal ettiği önemli yer, güçler ayrılığı ve bağımsız yargı ilkelerini dikkate alarak yargı mensuplarının korunması hususuna özellikle dikkat etmiştir. Somut olaydaki gibi, özgürlükten mahrumiyet söz konusu olduğunda, yasal kesinlik ilkesinin gerekliliklerinin yerine getirilmesi özellikle önemlidir. Bu nedenle, ulusal hukuk uyarınca kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılmasına ilişkin koşulların açık şekilde tanımlanması ve bizzat kanunun uygulamasının **öngörülebilir olması** önem arz etmektedir. Böylece kişinin,

<sup>153</sup> İHAM, Alparslan Altan, para. 94.

<sup>154</sup> İHAM, Alparslan Altan, para. 101.

<sup>155</sup> İHAM, Alparslan Altan, para. 102.



gerekirse hukukî yardım alarak, belirli bir eylemin yol açabileceği sonuçları öngörebilmesini mümkün kılacak ölçüde yeterince açık olması demek olan ve İHAM’da düzenlenen kanunilik standardı karşılanmış olacaktır.<sup>156</sup>

AYM başvuruçunun bireysel başvurusu hakkında kabul edilemezlik kararı verirken soruşturma makamlarının suçüstü hâlinin mevcut olduğuna ilişkin tespitinin olgusal ve yasal dayanağının bulunduğuna işaret etmiş, bu sonuca varırken, Yargıtayın ilgili içtihadına atıfta bulunmuştur. İHAM, AYM’nin CMK’nın 2’nci maddesinde yer alan suçüstü hali (*in flagrante delicto*) kapsamında, herhangi bir fiilî unsur veya devam eden cezai bir eylem belirtisine ihtiyaç duyulmaksızın, başvuruçunun durumunu suçüstü olarak kabul etmesini dikkat çekici bulmuştur. İHAM, ulusal hukukun yorumlanması ve uygulanması konusunda asıl sorumlu olan ulusal mahkemelerin yorumunun keyfi olmadığı veya açıkça makul olduğu sürece sınırlı yetkisi bulunduğu kabul etmekle birlikte yerel mahkemelerin yürürlükteki yasal hükümlere ters düşen istisna hükümlerini içtihatlarına esas almalarının yasal kesinlik ilkesini tehlikeye düşürebileceğini vurgulamıştır.<sup>157</sup>

Suçüstü kavramının genişletilmesi sonucunda, suç örgütüne dâhil olduğundan şüphelenilen yargıçların Türk hukukunca tanınan yargısal korumalardan mahrum bırakılması yürütme organının müdahalelerine karşı onları savunmasız/ güvencesiz veya mevcut güvenceleri etkisiz hale getirecektir. Mahkeme; bahse konu güvence ve yargısal korumaların, yargıçlara, kişisel yararları için değil, görevlerini bağımsız bir şekilde ifa edebilmelerini güvence altına almak amacıyla sağlandığını belirterek, bu durumun yargıçların tamamen ceza soruşturması ve kovuşturmasından muaf oldukları anlamına gelmediği hususunun altını çizmiştir. Söz konusu korumanın amacı, genel olarak yargı sisteminin, özel olarak da yargı mensuplarının, adli görevlerini yerine getirirken yargı dışındaki organların ve hatta denetim görevi ifa eden yargıçların yasal olmayan kısıtlamalarına maruz kalmalarını engellemektir. İHAM; başvuruçunun hakkında suçüstü hali gibi istisnai bir duruma başvurulması yerine, Anayasa’da ve 6216 sayılı Kanun’da yer alan güvencelerin gözetilmesi koşuluyla, 6216 sayılı Kanun’un il-

<sup>156</sup> İHAM, Alparslan Altan, para. 103.

<sup>157</sup> İHAM, Alparslan Altan, para. 111.

gili hükümlerinin somut olayda uygulanabileceği hususunun altını çizmiştir.<sup>158</sup> İHAM; bu usûl yerine, ulusal yargı yerlerince suçüstü kavramının kapsamının genişletilmesi ve uygulanmasının, AYM tarafından da bu işlemin haklı görülmesinin sebebini anlayamadığını ifade etmiştir. AYM'nin işaret ettiği/gönderme yaptığı Yargıtay kararlarına bakıldığında, kesintisiz suçlarla ilgili hususların daha çok mahkemelerinin yargı yetkisinin ve zamanaşımı gibi süre kuralının uygulanabilirliğinin belirlenmesi amacına matuf olduğu görülmektedir. Keza Yargıtayın kesintisiz suçlara ilişkin yerleşik içtihatlarına dayanan suçüstü hali ile ilgili ortaya çıkan hukuksal yorum ve değerlendirmeler başvuru tutuklandıktan çok sonra geliştirilmiştir.<sup>159</sup>

Mahkemeye göre; CMK'nın 2'nci maddesinde yer alan suçüstü tanımının olağan boyutları aşılarak genişletici yorum yapılmış, CMK'nın 100'üncü maddesi anlamında, başvuru için salt suç örgütüne üyeliği şüphesinin varlığı suçüstü işlemi için yeterli sayılmıştır.<sup>160</sup> Suçüstü kavramının bu kadar genişletilerek yorumlanması AYM yargıcı olarak görev yapan ve bu nedenle 6216 sayılı Kanun'un korumasında olan başvurucuyu anılan güvencelerden yoksun bırakmıştır. Türk mevzuatının AYM üyesine mutlak dokunulmazlık sağlamadığı, aksine 6216 sayılı yasanın 16 ve 17'nci maddelerinde öngörülen usullere uygun olarak herhangi bir üye hakkında soruşturma başlatılmasına engel bir durumun olmadığı hususu göz ardı edilmiştir.<sup>161</sup>

Mahkeme, ulusal mahkemelerin suçüstü kavramının kapsamını genişletmelerinin ve mevcut davada iç hukuku uygulamalarının, sadece yasal kesinlik ilkesi bağlamında bir sorun teşkil etmediği aynı zamanda bariz bir şekilde mantıksız olduğu kanaatine varmıştır. Dolayısıyla, başvuranın AYM üyelerine sağlanan usule ilişkin güvencelerden mahrum bırakılmak suretiyle, CMK'nın 100'üncü maddesi uyarınca yakalanması ve tutuklanmasının Sözleşme'nin 5/1 maddesi gereğince kanunda öngörülen bir usul doğrultusunda gerçekleştirilmediğini belirterek ihlal kararı vermiştir.<sup>162</sup>

<sup>158</sup> İHAM, Alparslan Altan, para. 113.

<sup>159</sup> İHAM, Alparslan Altan, para. 109.

<sup>160</sup> İHAM, Alparslan Altan, para. 111.

<sup>161</sup> İHAM, Alparslan Altan, para. 113.

<sup>162</sup> İHAM, Alparslan Altan, para. 115.

## B. Turan ve Diğerleri Türkiye Başvurusu

### 1. Başvuru Konusu İddialar

Başvuran yargı mensupları 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu, 2575 sayılı Danıştay Kanunu ve 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'na tabi olan yargı mensuplarıdır. Başvurucular darbe girişimi sonrasında anılan kanunlarda belirtilen özel usûli güvencelere aykırı olarak haklarında suçüstü işlemi uygulandığı ve bu işlemi takiben yakalandıklarını ve tutuklandıkları ifade ederek İHAS m. 5'te yer alan özgürlük ve güvenlik haklarının ihlal edildiğini savunmuşlardır.

Başvurucular ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hallerinde hazırlık ve ön soruşturmanın genel hukuk hükümlerine göre yürütüleceğini kabul etmekle birlikte tutukluluklarına sebep olarak gösterilen suçüstü haline itiraz etmişlerdir. Başvurucular silahlı terör örgütü üyeliği suçunun kesintisiz suç niteliğinde olmasında tereddüt bulunmadığını ama kendilerine suçüstü yapılmasına gerekçe gösterilen bağlantının oldukça zayıf ve zorlama olduğunu beyan ederek hak ihlali iddialarını gündeme getirdikleri görülmektedir.

### 2. Davalı Hükûmetin Savunması

Hükûmet somut davalarda başvuranların aleyhine yürütülen soruşturmanın ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren TCK'nın 314'üncü maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca silahlı terör örgütüne üyelik şüphesiyle açıldığını, başvuruya konu olan soruşturmanın suçüstü hali kapsamında CMK'nın ilgili hükümlerine göre yürütüldüğünü kaydetmiştir. Hükûmet, Yargıtay ve Danıştay üyelerine ilişkin olan 2797 ve 2575 sayılı kanunların ve AYM üyelerine ilişkin olan 6216 sayılı Kanun'un, kişisel suçlar ile resmi sıfatla işlenen suçlar arasında ayırım yapmadığını, ilgili kanunlarda öngörülen özel usûllerin suçüstü hali durumu hariç her iki durumda da geçerli olduğunu kabul etmiştir.

Davalı hükûmet 2802, 2797 ve 2575 sayılı kanunlarla yargı mensupları ve ayrıca Yargıtay ve Danıştay üyeleri hakkında yürütülen ceza soruşturmalarında belirlenen özel usûle uyulması gerektiği konusunda hemfikir olsa da başvuruya neden olan yakalama ve tutuklama kararlarının darbe girişi sonucunda ortaya çıktığını, silahlı terör örgütü üyeliğinin, kişisel bir suç olduğunu ve resmi görevler ile bağlantılı

olarak veya bu görevler sırasında işlenen bir suç olarak değerlendirilemeyeceğini, yakalanan ve tutuklanan yargı mensupları bakımından suçüstü kararının darbe girişimi savuşturulurken verildiğini ve dolayısıyla ağır ceza mahkemelerinin görevine giren suçüstü halinin mevcut olduğunu bu nedenlerle başvuru haklarında genel hükümlerin uygulanması gerektiğini ifade etmiştir.

Hükûmet ayrıca silahlı terör örgütüne üyelik suçunun kesintisiz suç olduğunu, sulh ceza hâkimliklerinin, başvuranlar hakkında yakalandıkları anda suçüstü halinin mevcudiyetini tespit ettiğini ve dolayısıyla 2797, 2575 ve 2802 sayılı kanunların ilgili hükümlerinin değil genel hüküm olan CMK m. 161/8 uyarınca Cumhuriyet savcılıklarınca yürütülen soruşturmaların ardından CMK'nın 100'üncü maddesi uyarınca tutuklanmalarına karar verildiğini beyan etmiştir. Nitekim CMK m. 161/8 belirli suçların görev sırasında veya görevinden dolayı işlenmiş olması halinde dahi soruşturmalarının doğrudan Cumhuriyet savcılarınca yapılacağı hükmünü amirdir.<sup>163</sup>

### 3. İHAM'ın Değerlendirmesi

Mahkeme başvuruya ilişkin değerlendirmesinin ilk aşamasında yasallık ilkesini incelemiştir. Bu, herhangi bir yakalama ya da tutuklamanın ulusal hukukta yasal bir temelinin bulunması gerektiği anlamını taşır. Ayrıca ulusal hukuka uygunluk ya da yasallık tek başına yeterli değildir. Özgürlükten yoksun kılmaya yönelik müdahale yasaya dayansa bile idarenin keyfi tasarruflarına karşı bireyi koruma amacını gözetmesi gerekir.<sup>164</sup>

Mahkeme ikinci aşamada ise öngörülebilirlik ilkesi açısından başvuruyu değerlendirmiş, iç hukukun kendisinin, özellikle hukukî belirlilik ilkesinin, İHAS ile uyumlu olup olmadığını saptamanın önemine işaret ederek kanunun bizatihi kendisinin öngörülebilirlik ölçütünü taşımasının zaruri olduğunu belirtmiştir.<sup>165</sup>

<sup>163</sup> "(8) (Ek:21/2/2014-6526/15 m.) Türk Ceza Kanunu'nun 302, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 316'ncı maddelerinde düzenlenen suçlar hakkında, görev sırasında veya görevinden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır. 1.11.1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilâtı Kanunu'nun 26'ncı maddesi hükmü saklıdır",

<sup>164</sup> İHAM, Turan ve diğerleri, para. 80.

<sup>165</sup> İHAM, Turan ve diğerleri, para. 81.

Mahkeme öngörülebilirlik ve yasallık ilkelerinin önemini altını çizdikten sonra, hukuk devleti ve hukukun üstünlüğünün söz konusu olabilmesi için yargının teminatı olarak görevlerini ifa eden yargının ve yargıçların toplumdaki özel rolüne dikkat çekmiştir. Yargıçların ifade hürriyeti hakkına ilişkin başvurularda özellikle ortaya konulan bu değerlendirme, yargı mensubunun özgürlük hakkını etkileyen tedbirler bakımından evleviyetle ortaya konulmalıdır.

Yargıçlara kendi şahsi menfaatleri için değil, bağımsız biçimde görevlerini yerine getirmelerini temin etmek için verilen güvenceler hukukun üstünlüğüne saygı gösteren demokratik hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Yargı mensubunun özgürlüğünden mahrum bırakıldığı bir durumda hukukî belirlilik ilkesi çok daha önemli hale gelmektedir.<sup>166</sup> Mahkemeye göre, görevlerini bağımsız bir şekilde yerine getirmelerini güvence altına almak amacıyla yargı mensuplarına hukuksal koruma verilmesi halinde, bu düzenlemelere uygun bir şekilde hareket edilmesi gerekir. Demokratik bir toplumda yargının devlet organları arasındaki önemi, güçler ayrılığı ve yargı bağımsızlığı dikkate alındığında tutuklama kararının nasıl uygulandığı konusuna özellikle dikkat gösterilmelidir.<sup>167</sup>

Mahkeme 2802 sayılı Kanun'a tabi başvuruların tutukluluğuna ilişkin "suçüstü" kavramının uygulanması hakkındaki değerlendirmesini daha evvel ihlal kararı verilen *Baş-Türkiye* başvurusunda da ele alıp ihlal kararı verdiğini, somut başvuruda da suçüstü kavramının ulusal mahkemeler tarafından geniş olarak yorumlanmasının, İHAS hükümlerine aykırı olduğunu ifade etmiştir.<sup>168</sup>

İHAM'ın, başvurulara yönelik yakalama ve tutuklama kararlarında, uyuşmazlık konusu olan suçun kişisel ya da görevle ilişkili niteliği konusunda herhangi bir değerlendirme yapmadığı görülmektedir. Çünkü Mahkemeye göre başvuruculara sağlanan yasal güvencelere uyulmamasının ana belirleyicisi somut olaylarda suçüstü hali bulunduğu iddia edilmesidir. Zira yargı mensupları 2802 sayılı Kanun'un 94'üncü maddesi anlamında ağır ceza mahkemelerinin görevine giren suçüstü hali koşullarının somut olayda ve yakalanma anında mevcut

<sup>166</sup> İHAM, Turan ve diğerleri, para. 90

<sup>167</sup> İHAM, Turan ve diğerleri, para. 82.

<sup>168</sup> Baş, para. 158.

olduğu iddiasıyla ve silahlı terör örgütü üyeliği suçunun kesintisiz suç niteliğinde olması gerekçe gösterilerek yakalanmışlar, başvurucular hakkındaki soruşturma CMK hükümlerine göre yürütülmüştür.<sup>169</sup>

Mahkeme, davalı hükümetin işaret ettiği CMK m. 161/8'in sadece bir suç soruşturmasını yürütmekten sorumlu makamın belirlenmesiyle ilişkili görüldüğünü kaydetmiştir. Bu durumda Mahkeme söz konusu hükmü, başvuranların tutukluluğunun Sözleşme'nin 5'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca hukuka uygun olup olmadığını belirleme açısından dikkate almamıştır.<sup>170</sup>

Başvurucuların daha evvel bireysel başvuruda buldukları AYM'nin, başvurucuların bireysel başvuruları hakkında kabul edilemezlik kararı verirken terör örgütü üyeliği suçunun kesintisiz suç olmasını ana dayanak noktası yapmaktan ziyade darbe girişimine ve darbe teşebbüsü sonrasında yaşanan olaylara dayandırması Mahkemece dikkat çekici bulunmuştur. İHAM'a göre, AYM varsayımsal bir şekilde suçüstü kavramını CMK'nın 2'nci maddesindeki geleneksel tanımının ötesine esnetmiştir. Başvurucuların darbe girişimi ile bağlantılı bir eylem içindeyken ya da suç teşkil eden fiili ifa ettikten hemen sonra izlenerek yakalandıklarına ya da bu başvurucuların az önce suç işlediklerine dair kuvvetli iz ve emarelerle birlikte ele geçirildiklerine dair herhangi bir saptama yapılmayışı İHAM'ın ihlal kararı vermesinin ana gerekçelerinden birisi olmuştur.<sup>171</sup>

## SONUÇ

Terörizmle mücadele ceza adaleti boyutu ile beraber birçok farklı boyutta ele alınması gereken hayati önemi haiz bir konudur. Devletler terör suçları, terörizm, terör örgütleri ve terör örgütü mensuplarıyla kolluk, hukuk, siyaset, ekonomi ve eğitim gibi birçok alanda almış oldukları tedbir ve düzenlemelerle mücadele etmektedirler. Bu mücadelede en önemli hususlardan bir tanesi, mücadelenin hukuk içinde yapılması ve hukuk araçsallaştırılmadan ceza adaleti sisteminin işlenmesidir. Terör suçlarının toplumda oluşturduğu infial duyguları araçsallaştırılarak veya bu suç bahane edilerek yasal güvencelerin ve

<sup>169</sup> İHAM, Turan ve diğerleri, para. 87.

<sup>170</sup> İHAM, Turan ve diğerleri, para. 89.

<sup>171</sup> Turan ve diğerleri, para. 85.

sınırların aşılması, bireylerin hak ve özgürlük alanına sınırsızca müdahale edilmesi hukuk devleti ilkesi içinde kabul edilecek bir tutum değildir. İşte bu nedenle gerek iç hukukta gerek uluslararası alanda, müdahalelere karşı bireylerin hak ve hürriyetlerini koruyacak, bu hak ve hürriyetler ihlal edildiyse tazminini /telafisini sağlayacak, kimi mekanizmalar geliştirilmiş, birçok devlet de bu mekanizmaya uyma, uluslararası yargı mercilerinin kararlarını kendi iç hukukunda tanıma ve uygulama konusunda taahhüt vermiş, bunu da kendi anayasalarına derç etmiştir.

Anayasa'nın 140'ncü maddesine göre, yargıçlar, mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıçlık teminatı esaslarına göre görev ifa ederler. Yine aynı hükme göre, yargıç ve savcılar, görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlarından dolayı soruşturma yapılması ve yargılanmalarına karar verilmesi, meslekten çıkarmayı gerektiren suçluluk veya yetersizlik halleri, mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıçlık teminatı esaslarına göre, kanunla düzenlenir. Anayasanın yargıçlık teminatı ve bağımsızlığı hakkında bahsetmiş olduğu düzenlemeler 2575, 2797, 2802 ve 6216 sayılı kanunlarla hayata geçmiştir. Bu güvenceler kişilere imtiyaz sağlamak için değil yargı mensuplarının görevlerini bağımsız olarak yerine getirmeleri için verilmiştir.

Yukarıda ifade edildiği gibi, yargıç ve savcılar hakkında yapılacak soruşturma ve kovuşturmalar yargı güvencesi ve bağımsızlığı esas alınarak yapılması icap ettiğinden yargı meslek mensuplarının tabi olduğu düzenlemelerde çeşitli güvenceler getirilmiştir. Söz gelimi, AYM üyeleri hakkında genel hükümlere göre soruşturma başlatılmasının 6216 sayılı Kanun gereğince AYM Genel Kurulunun bu yönde alacağı karara bağlı olması bu kabildendir. Gerek 2802 sayılı Kanun'a göre görev yapan yargıç ve savcıların gere yüksek yargı mensuplarının ve AYM üyelerinin ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hali anılan güvencelerin istisnasını teşkil etmektedir. Fakat, İHAM'ın da kararlarında vurguladığı üzere, şüpheli veya sanığın yargı mensubu olması durumunda (yargı bağımsızlığı ve yargıçlık teminatına aykırı bir durum ortaya çıktığından) suçüstü halinin yorumlanması ve uygulanması bakımından çok dikkatli ve titiz bir şekilde hareket edilmesi gerekmektedir.

Ceza ve ceza muhakemesi hukukunda geçerli olan "kuşkudan sanık yararlanır" (in dubio pro reo) ilkesinin karşılığı anayasa huku-



kunda “kuşkulu durumda özgürlükten yana” (in dubio pro libertate) yorum ilkesidir. Dolayısıyla masumiyet karinesi gibi temel hak ve hürriyetler ve hatta çekirdek haklar bakımından kanunlardaki istisna hükümleri dar yorumlamak elzemdir. Anayasanın bu ilkelere verdiği özen ve ehemmiyeti kanun koyucunun ve uygulayıcıların dikkate alması, istisna hükümlerinin dar yorumlanması ve keyfiliğe alan bırakılmaması gerekmektedir.

15 Temmuz darbe girişimi nedeniyle AYM üyeleri ile birlikte birçok yargıç ve savcı hakkında suçüstü işlemi yapılarak gözaltı ve tutuklama işlemi gerçekleştirilmiştir. Yüksek yargı ve AYM üyeleri hakkındaki yargı kararlarında (suçüstü işlemi ve buna bağlı olarak gerçekleştirilen diğer işlemler özelinde) anılan işlemlerin hukuka uygun olduğu, hak ihlali olmadığı yönünde karar verildiği görülmektedir. Bu kararlara yukarıda değinilmiştir fakat AYM’nin vermiş olduğu kabul edilmezlik kararları hakkında burada ilave parantez açılması gerekmektedir. Kendi üyeleri hakkında soruşturma açılmasına karar verebilecek tek yetkili makam AYM Genel Kurulu olmasına rağmen AYM’nin bu hususu kabul edilemezlik kararlarında gündeme hiç getirmedeği görülmektedir. AYM, eski üyelerinin bireysel başvuruları kapsamında suçüstü hali işlemi hakkındaki değerlendirmelerini de yine kendisi yapmayıp sulh ceza hakimliği, cumhuriyet savcılığı ve Yargıtay kararlarına ve fezlekelerine gönderme yapmakla yetinmiş, AYM bu konuda kendisini yetkili görmemiştir. Halbuki AYM bu değerlendirmeleri kendisi yapabilir, kendi eski üyeleri bakımından 6216 sayılı Kanun’un 16 ve 17’nci maddeleri gereğince soruşturma açılmasına karar vererek dosyayı yetkili cumhuriyet savcılığına gönderebilirdi. Her ne kadar AYM, ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü halini mezkûr dosyalara bakmamasının gerekçesi olarak gösterse de suçüstü halinin varlığının tespitini yapma yetkisinin de yine de bizatihi AYM Genel Kuruluna ait yetki olduğunu buradan hatırlatmak gereklidir. İlave olarak, AYM’nin; Alparslan Altan ve Erdal Tercan başvurularında terör suçlarının temadi ettiğini, bu yüzden suçüstü halinin uygulanmasında hukuka aykırı bir durum olmadığını ifade ederken, Yargıtayın konu ile ilgili kararlarına gönderme yaptığı görülmektedir. Halbuki Yargıtayın bahse konu kararlarının AYM üyeleri hakkında olmayıp 2802 ve 2977 sayılı kanunlara tabi yargıç ve savcılar hakkında olduğunu AYM gözden kaçırmış gibi görünmektedir.

İHAM; darbe girişimi hemen sonrasında yargıçların tabi olduğu usuli güvenceler bir tarafa bırakılarak, haklarında suçüstü işlemini uygulanmasının, ölçülü olmadığını, kanunla öngörülebilirlik ilkesine aykırı olduğu gerekçeleriyle İHAS m. 5'i ihlal ettiğini belirlemiştir. İHAM'ın konuya (salt yasallık ilkesinin ötesinde) demokratik hukuk devleti, yargıçlık teminatı, öngörülebilirlik ilkeleri açısından yaklaştığı görülmektedir. Yine, başvurucuların herhangi birisi hakkında darbe girişimi ile bağlantılı bir eylem içindeyken ya da suç teşkil eden fiilî ifa ettikten hemen sonra izlenerek yakalandıklarına ya da bu başvurucuların az önce suç işlediklerine dair kuvvetli iz ve emarelerle birlikte ele geçirildiklerine dair herhangi bir tespitin olmayışı İHAM'ın mezkûr ihlal kararlarını vermesinin ana gerekçelerinden birisi olmuştur.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Alacakaptan Uğur, Suçun Unsurları Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970.
- Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya, Caner, Uygulamalı Ceza Hukuku. Ankara, Adalet, 2016.
- Bayraktar Köksal, Siyasal Suç, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982.
- Brian M. Jenkins, The Study of Terrorism: Definitional Problems, California, The Rand Corporation, 1980.
- Çitlioğlu Ercan, Gri Tehdit Terörizm, Ankara, Destek Yayınları, 2008.
- Demir Cenker Korhan, Ayaklanmalar ve Ayaklanmalara Karşı Koyma: Kavramlar, Stratejiler ve Ülke Tecrübeleri, Ankara, Nobel Yayınları, 2017.
- Dönmezer Sulhi, Kriminoloji, Ankara, 2020.
- Evik Vesile Sonay, Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu, İstanbul, Beta, 2008.
- Evik Vesile Sonay, "Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu", Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan Kitabı, İstanbul, 2013.
- Gören Zafer, Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin, 2020.
- Gözler Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Bursa, Ekin, 2019.
- Harris, D.J./O'Boyle, M./Bates, E.P./Buckley, C.M, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku. Çev. Mehveş Bingöllü ve Ulaş Karan, Ankara, 2013.
- Horgan John, The Psychology of Terrorism, New York, Routledge, 2005.
- İçel Kayıhan/Akıncı Füsun Sokullu/Özgenç İzzet/Sözüer Adem/Mahmutoğlu Fatih Selami/ Ünver Yener, Suç Teorisi 2. Kitap, İstanbul, Beta Yayınevi, 2002.
- Karan Ulaş, Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 3, Ankara, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, 2018.

- Kavlak Cihan, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu, Ankara, Seçkin, 2017.
- Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, Ankara, Seçkin, 2023.
- Laqueur Walter, Terrorism, Boston, Little Brown and Company, 1977.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku; Ankara, Seçkin, 2023.
- Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin, 2023.
- Özek Çetin, "Organize Suç." Nurullah Kunter'e Armağan. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1998.
- Özgenç İzzet, Terörle Mücadele Kanunu, Ankara, Seçkin Yayınları, 2006.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Seçkin, 2023.
- Özgenç İzzet, Suç Örgütleri, Ankara, Seçkin, 2023.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt I, Ankara, Seçkin, 2023.
- Öztürk Bahri/Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Gezer Özge Sırma/Saygılar Yasemin F. Kırıt/Alan Esra/Özaydın Özdem/Tütüncü Erden Efser/ Tok Mehmet Can, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Parlar Ali/Hatipoğlu Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara, 2007.
- Schmid Alex P, "The Response Problem as a Definition Problem", Western Responses to Terrorism. Ed., Alex P Schmid / Ronald D Crelinsten New York, Frank Cass Publishers, 2005.
- Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Yetkin, 2022.
- Soyvural Muhittin, Terörizmin Anatomisi, İstanbul, Başar Ofset, 1997.
- Uluslararası Çalışma Örgütü, Örgütlenme Özgürlüğü, Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi Kararları Derlemesi. Çev. Çağla Ünlütürk Ulutaş, Cenevre, 2018.
- Şen Ersan/Eryıldız, H. Sefa, Suç Örgütleri, Ankara, Seçkin 2024.
- Tanör Bülent, Türkiye'de Kongre İktidarları (1918-1920), İstanbul, 2. Bası, Yapı Kredi Yayınları, 2002.
- Taştan Mehmet, Açıklamalı İçtihatlı Terörle Mücadele Kanunu, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009.
- Tezcan Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Rıfat Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara, Seçkin, 2023.
- Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Sancakdar Oğuz/Önok Rıfat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Ankara: Seçkin, 2024.
- Teziç Erdoğan, Anayasa Hukuku Genel Esaslar, İstanbul, Beta, 2018.
- Tozman Önder, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu, Ankara, Adalet, 2017.
- Turinay Faruk Yasin, Ceza Hukukunda Terör Amaçlı Örgütlenme Suçu, Ankara, Seçkin, 2018.
- Türk Hukuk Lügati, Ankara: Türk Hukuk Kurumu 3. Baskı, 1991.
- Uyar Tulga, Terörle Malî ve Hukukî Mücadele, Ankara, Adalet Yay. 2008.
- Wilkinson, Paul, Terrorism and the Liberal State, New York, New York University Press, 1979.

**104** Silahlı Terör Örgütü Üyeliği Suçu Özelinde Bir Tartışma: Suçüstü Hali Yargı Mensuplarına Tanınan Özel Usuli Güvencelerin İstisnası Olabilir mi?

Yaşar Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt 5, Ankara, 2010.

Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023.

Zafer Hamide, Ceza Hukukunda Terörizm, İstanbul, Beta, 1999.

### **Makaleler**

Alıç Mehmet, "Örgütler", *Eğitim Yönetimi* 1 (I) (1995) s. 1-40.

Başeren Sertaç, "Terörizm, Kavramsal Bir Değerlendirme ve Hukukî Mücadele Yaklaşımları", *Türkiye Sosyal Araştırmalar Dergisi* 1 (1998) s. 155-168.

Bozlak Ayhan, "Çıkar Amaçlı Organize Suçlarla Mücadeleye İlişkin Temel Hukukî Düzenlemeler ve Başlıca İlkeler", *Polis Bilimleri Dergisi* XI (3) (2009) s. 63-64.

Fine Jonathan, "Political and Philological Origins of the Term 'Terrorism' from the Ancient Near East to Our Times", *Middle Eastern Studies* 46 (2) (2010) s. 271-88.

Gökpınar Mahmut, "Sosyal ve Kriminal Boyutlarıyla Organize Suç", *TBB Dergisi* 60 (2005) s. 214-234.

Hafizoğulları Zeki /Kurşun Günel, "Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk", *TBB Dergisi* (71) (2007) s. 25-80.

Kitapçıoğlu Yüksel Tülay, "Silahlı Örgütlenme Suçu (TCK m.314)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 72 (1) (2023) s. 295-342

Osmanoğlu Bilal/Kıdıl Fahrettin, "Türk Ceza Hukukunda Terör Örgütü ve Terör Suçu Kavramları Üzerine Bir İnceleme", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi* Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan 21 (Özel S.) (2019) s. 1141-1177.

Önder Ayhan, "Mütemadi Suç", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 29 (1-2) (1963) s. 75-120.

Sağlam Fazıl, "Anayasa Hukuku Perspektifi ile Ağır Cezayı Gerektiren Suçüstü Hali Kavramı Üzerine Bir Deneme", *Anayasa Hukuku Dergisi* 8 (15) (2019) s. 223-258.

Yayla Atilla, "Terörizm: Kavramsal Bir Çerçeve", *Ankara Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* XLV (1-4) (1990) s. 335-385.

Yenidünya Caner/İçer Zafer, "Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan Özel Sayısı 19 (2) (2013) s. 797-828.

Yerdelen Erdal, "Mütemadi (Kesintisiz) Suç", *TAAD* 5 (18) (2014) s.113- 152.

### **Diğer Kaynaklar**

Çolak Haluk, "Türk Hukukunda Suçüstü Yargılaması", Doktora Tezi İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1998.

Dilmaç Sabri, "Terörizmde Tanım Sorunu ve Yaklaşımlar", Doktora Tezi Ankara: Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, 2011.

Kaya Musa, "Kesintisiz (Mütemadi) Suç", Doktora Tezi. Ankara: Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2023.

## Çevrimiçi Kaynaklar

AYM Kararlar Bilgi Bankası, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>  
ECHR, <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/stats-pending-month-2024-bil>  
erişim tarihi: 21.10.2024.

ECHR, Annual Report, [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/annual\\_report\\_2016\\_eng](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/annual_report_2016_eng), erişim tarihi: 21.10.2024.

ECHR, Statical Reports, <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/stats-pending-month-2024-bil>, erişim tarihi: 21.10.2024.

İHAM Genel Ağ Sayfası, <https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%22}>

İHAM, Eminağaoğlu / Türkiye Davası, (Başvuru no. 76521/12), <https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:%22001-210715%22}>, erişim tarihi: 23.12.2024.

İHAM, Sarısu Pehlivan/Türkiye Davası, (Başvuru No. 63029/19), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:%22001-226210%22}>, erişim tarihi: 23.12.2024.

Medyascope TV Genel Ağ Sayfası, "AYM'nin iptal ettiği "örgüt adına suç işleme" fiili Resmî Gazete'de", <https://medyascope.tv/2024/03/12/aymnin-iptal-ettigi-orgut-adina-suc-isleme-fiili-resmi-gazetede>, erişim tarihi: 22.06.2024.

Nişanyan Sözlük, <https://www.nisanyansozluk.com/kelime/me%C5%9Fhut>, erişim tarihi: 15.05.2024.

TDK Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>

Yargıtay Karar Arama Genel Ağ Sayfası, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>



# TÜRK İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA BİLİRKİŞİ RAPORLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE YARGISAL DENETİMİ

## THE LEGAL NATURE AND JUDICIAL REVIEW OF EXPERT REPORTS IN TURKISH ADMINISTRATIVE PROCEDURE LAW

Cihan YÜZBAŞIOĞLU\*

**Özet:** İdarenin faaliyet alanının çeşitlenerek artmasının bir sonucu olarak bu faaliyetlerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde mahkemelerin hukuk bilgisi yetersiz kalmakta, uyuşmazlık konusu maddi olaya ilişkin teknik ve özel değerlendirme yapılması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Bu ihtiyaç adli yargıda olduğu gibi idari yargılama usulünde de bilirkişilik müessesesi ile giderilmektedir. Yargı mercileri bir yandan çözümü teknik ve özel bilgi gerektiren uyuşmazlıklarda bilirkişi görüşü alınmasını zorunlu tutarken diğer yandan bilirkişi görüşü alınabilecek halleri kapsam yönünden sınırlama, bu sayede yargı yetkisini muhafaza etme yönünde eğilim sergilemektedir. Ayrıca İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda bilirkişilik müessesesinin düzenlenmemesinin ve bu hususta Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na referans yapılmış olmasının bir sonucu olarak gerek tabi olduğu ilkeler ve gerek uygulanan usul bakımından adli yargıda benimsenen kuralların çoğunlukla idari yargılama usulünde de geçerli olduğu söylenebilir. Buna karşılık Danıştay, bilirkişilik müessesesine yönelik adli yargıda geçerli olan kuralları idari yargılama usulünün kendine özgü özellikleriyle yorumlamakta ve zaman zaman farklı uygulamalar benimsemektedir. Yargı mercileri çoğu zaman bilirkişi raporuna uygun şekilde hüküm kurmakta olduğundan, uygulamada bilirkişi raporlarının verilen hüküm üzerinde doğrudan etkisinin bulunduğu yadsınmaz bir gerçektir. Bu durum ise söz konusu raporların da yargı mercileri tarafından denetlenmesini bir zorunluluk haline getirmektedir. İdari yargılama usulünde bilirkişi raporları gerek Danıştay ve gerek Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından organik, biçimsel ve içeriksel yönden denetime tabi tutulmaktadır.

\* Dr. Öğr. Üyesi, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, cyuzbasioglu@gsu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7740-5677, Makalenin Gönderim Tarihi: 21.11.2024, Kabul Tarihi: 23.01.2024



**Anahtar Kelimeler:** Bilirkişi Raporu, Yargısal Denetim, Bağlayıcılık, Teknik ve Özel Bilgi, Yargı Yetkisinin Devri

**Abstract:** As a result of the diversification and increase in the field of activity of the administration, the legal knowledge of the courts became insufficient in the resolution of disputes arising from these activities and the need for technical and special evaluation of the subject to the dispute emerges. This requirement is met by the institution of expert witness in administrative judicial procedure as well as in the ordinary judiciary. While the judicial authorities, on the one hand, require expert opinion in disputes whose resolution needs technical and specialized knowledge, on the other hand, they tend to limit cases where expert opinion is obtained in terms of scope, thus preserving their jurisdiction. In addition, as a result of the fact that the institution of expert witness is not regulated in the Law No. 2577 and a reference is made to the Code of Civil Procedure, it can be said that the rules adopted in the ordinary judiciary in terms of both the principles and the procedure applied are mostly valid in the administrative judicial procedure. However, the Council of State interprets the rules applicable in the ordinary judiciary with the specific characteristics of the administrative procedure and adopts different practices from time to time. In practice it is an undeniable fact that expert reports have a direct effect on the judgement, since the judicial authorities often render judgements in accordance with the expert report. This situation makes it an obligation for the judicial authorities to review also these reports. In administrative judicial procedure, expert reports are subject to organic, formal and contextual review by the Council of State, the Constitutional Court and the European Court of Human Rights.

**Keywords:** Expert Report, Judicial Review, Binding, Technical and Special Knowledge, Delegation of Judicial Power

## GİRİŞ

Medeni ve ceza yargılama hukukunda olduğu gibi idari yargıda da uyuşmazlıkların çözümünde hukuki bilgi dışında teknik ve uzmanlık gerektiren bilgiye ihtiyaç duyulabilmektedir. Bu hallerde, hâkimin ilgili alanda uzman kişinin bilgisine ihtiyacı doğmaktadır. Hâkim, hukuk bilgisi dışında kalan bu teknik bilgi ve uzmanlığı edinererek uyuşmazlığı çözmek adına bilirkişiden görüş almaktadır. İdari faaliyetlerin kapsamının çeşitlenerek artması sonucunda, uyuşmazlıkların çözümünde bilirkişi görüşü alınmasına yönelik ihtiyaç da giderek büyümektedir. Bu sebeple, bilirkişilik müessesesinin idari yargılama hukukunda önemli bir konumunun olduğunu söylemek abartı olmayacaktır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun [İYUK] 31. maddesi, idari yargılama hukukunda bilirkişilik müessesesinin uygulamasının tabi olduğu usul ve esaslar bakımından 6100 sayılı Hu-

kuk Muhakemeleri Kanunu'na [HMK] atıf yapmaktadır. Bu nedenle, idari yargılama hukukunda bilirkişilik uygulamaları bakımından esas olarak HMK'da düzenlenen esas ve usuller uygulanmaktadır. Bunun yanında, bilirkişilerin nitelikleri, eğitimi, seçimi ve denetimine ilişkin usul ve esaslar ile bilirkişilik için oluşturulan kurumsal yapı 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu ile Bilirkişilik Yönetmeliği'nde<sup>1</sup> düzenlenmiştir.

6754 sayılı Kanun'un 2. maddesinde bilirkişinin tanımı, "çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde oy ve görüşünü sözlü veya yazılı olarak vermesi için başvuru alan gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi" şeklinde ifade edilmiştir. Öğretide ise bilirkişi, "tecrübe prensipleri hakkında eksik olan bilgiyi veren ve bu tecrübe prensiplerine dayanarak sabit olan bir olaydan sonuçlar çıkaran veya kendi özel bilgisine dayanarak uyuşmazlık konusu olayları tespit eden kişi";<sup>2</sup> "çözümü hakim tarafından bilinmeyen özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde, mahkemece oy ve görüşüne başvuru alan üçüncü kişi";<sup>3</sup> "uyuşmazlığın halli bakımından önem taşıyan ve doğruluğunun anlaşılabilmesi hukuki bilgi dışında özel ya da teknik bilgi gerektiren çekişmeli bir vakıa iddiasının doğru olup olmadığı için görüş ve değerlendirmesine başvuru alan kişi";<sup>4</sup> "bir davanın dayandırıldığı vakıaların değerlendirilerek sonuçlar çıkarılmasında özel ve teknik bilgiye ihtiyaç duyulması nedeniyle hakim tarafından bilgisine ve görüşüne başvuru alan ve yaptığı araştırmalar sonucu elde ettiği bilgiler ile hakime yardımcı olan uzman kişi";<sup>5</sup> "bir uyuşmazlığın temelini oluşturan olgu ve olayların saptanması, aydınlanması ve değerlendirilmesinde teknik saptamalar yaparak yargıca yardımcı olan kişi"<sup>6</sup> olarak tanımlanmıştır. Danıştay da bilirkişiyi, "davanın çözümünün gerektirdiği özel ve teknik bilgiyi yargıca sağlayan kişi ..." olarak tanımlamıştır.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> Resmî Gazete, T. 03.08.2017, S. 30143.

<sup>2</sup> Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özkes, Medeni Usul Hukuku, 12. bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024, s. 424.

<sup>3</sup> Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 3, 6. baskı, Demir-Demir, İstanbul, 2001, s. 2622.

<sup>4</sup> Murat Atalı, İbrahim Ermenek, Ersin Erdoğan, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 525.

<sup>5</sup> Yahya Deryal, Türk Hukukunda Bilirkişilik, 6. bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 44.

<sup>6</sup> Hasan Köroğlu, Türk Mahkemelerinde Bilirkişilik ve Bilirkişi Kurumları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001, s. 31.

<sup>7</sup> Danıştay 3. Dairesi, T. 25.06.2007, E. 2006/2624, K. 2007/2106, www.kazanci.com.tr (Erişim: 12.10.2024).

HMK'nun 284. maddesi uyarınca bilirkişi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu [TCK] anlamında kamu görevlisidir. Ancak, mahkemece bilirkişi olarak belirlenen kişiler salt bu görevlendirme sebebiyle idare hukuku anlamında kamu görevlisi haline gelmezler.<sup>8</sup> Bilirkişilere karşı veya bilirkişilik faaliyetinin icrası sırasında işlenen suçlar TCK anlamında kamu görevlisine karşı yahut kamu görevlisi tarafından işlenmiş adedilir.<sup>9</sup> Her ne kadar idare hukuku anlamında kamu görevlisi olmadıkları kabul edilse de bilirkişiler hakkında ayrı bir disiplin sorumluluğu rejimi uygulanmaktadır.<sup>10</sup>

Bu çalışmada idari yargılama hukukunda bilirkişi raporlarının tabii olduğu hukuk ile yargısal denetimi incelenecek olup, esasında monografik bir esere konu olabilecek bilirkişilik müessesesi bütün olarak ele alınmamaktadır. Yine bilirkişilerin hakları, yetkileri ve ücretleri gibi konular çalışmanın kapsamı dışında tutulmuş; bu hususlara bilirkişi raporlarının oluşumunu ve içeriğini etkilediği ölçüde yer verilmiştir. Çalışmada esas olarak bilirkişi raporları ile bunların sonuç ve etkileri değerlendirme konusu yapılmıştır. Öte yandan, bilirkişinin ve bilirkişi raporlarının medeni yargılama hukukundaki rolü öğretide çokça tartışılmış; yargı kararlarına konu olmuştur. Gerek İYUK madde 31'in HMK'ya yaptığı atf ve gerek idari yargılama hukukuna kıyas yoluyla ışık tutması adına çalışma içerisinde yer yer medeni yargılama hukuku öğretisi ve içtihadı da değerlendirme konusu yapılacaktır.

<sup>8</sup> Bilirkişinin kamu görevlisi olarak nitelendirilmesine yönelik görüş için bkz. Süha Tanrıver, "Bilirkişinin Sorumluluğu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 56, 2005, s. 147.

<sup>9</sup> Özdemir, s. 433. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 276. maddesine göre, yargı mercileri veya suçtan dolayı kanunen soruşturma yapmak veya yemin altında tanık dinlemek yetkisine sahip bulunan kişi veya kurul tarafından görevlendirilen bilirkişinin gerçeğe aykırı mütalaada bulunması halinde hapis cezasına hükmolunur.

Ayrıca, bilirkişi raporunun kasten gerçeğe aykırı şekilde düzenlendiğinin ceza mahkemesince kabul edilerek kesinleşmesi ihtimalinde, bu durum yargılamanın sebebi teşkil etmektedir. (Çağla Tansuğ, *İdari Yargılama Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 53.)

<sup>10</sup> Hüseyin Melih Çakır, *Bilirkişinin Disiplin Sorumluluğu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

## I. İDARİ YARGILAMA USULÜNDE BİR İSPAT ARACI OLARAK BİLİRKİŞİ RAPORU ALINMASI

Mahkemeler uyuşmazlığı maddi gerçeklere uygun olarak çözmek adına ilgili konunun uzmanı bilirkişilerden görüş alma usulünü benimsemiştir. Öyle ki, teknik bilgi gerektiren hususlarda bilirkişi görüşü nihai hüküm bakımından belirleyici bir rol üstlenmiştir. Bu bakımdan, maddi gerçeğin belirlenmesi adına bilirkişi raporunun usule ve hukuka uygun düzenlenmesi (A) ve bu raporun idari yargı mercilerinin verecekleri kararlarda doğru şekilde etki doğurması (B) büyük önem arz etmektedir.

### A. Bilirkişilik Faaliyetinin Yürütülüş Biçimi

Uyuşmazlığın çözümü esas olarak mahkemenin görevi olduğundan, yalnızca hukuk bilgisi ile çözümlenmesi mümkün olmayan teknik ve özel bilgi gerektiren hususlarda ve ancak konunun uzmanı bilirkişiye başvurulması mümkündür. Bu bakımdan bilirkişilik faaliyeti bilirkişilik yapabilecek kişiler ve bilirkişiye başvurulabilecek konular bakımından sınırlıdır. (1) Öte yandan, bilirkişilik faaliyetinin yürütülüşü de mevzuatta ve içtihadta öngörülen ilkelere tabi tutulmuş; (2) sıkı usul kurallarına bağlanmıştır. (3)

### 1. Bilirkişilik Faaliyetinin Kapsam ve Sınırları

Uyuşmazlığın çözümünde hukuk bilgisinin yeterli olmadığı halde bilirkişi deliline başvurulabileceği öngörülmüş ise de bu faaliyet gerek yürütebilecek kişiler (a) ve gerek başvurulabilecek konular (b) bakımından sınırlamalara tabi tutulmuştur.

#### a. Organik Yönden Sınırlama

İdari yargılama hukukunda bilirkişilik yapabilecek kişilerin kendi içerisinde farklı kategorilerde incelenmesi mümkündür. İlk kategoride, bilirkişilik bölge kurulları tarafından oluşturulan listelerde kayıtlı bilirkişiler yer almaktadır. İkinci kategori ise, bilirkişi görüşü vermekle yükümlü resmi birimler ile kuruluşlar yer almaktadır. Bunun dışında, kanunlarla bilirkişi görüşü vermekle yetkilendirilmiş kişilerden de bilirkişi raporu alınabilir.

6754 sayılı Kanun'un 7. maddesi uyarınca, her bölge adliye mahkemesinin kurulu bulunduğu yerde bir bilirkişilik bölge kurulu bu-

lunur. Bilirkişilik bölge kurulu, bilirkişiliğe kabule ve bilirkişilerin listeye kaydedilmesine karar vermekle; kayıtlı bilirkişilerin temel ve alt uzmanlık alanlarına göre bilirkişilik listelerini oluşturmakla; bilirkişilerin sicil ve listeden çıkarılmasına karar vermekle; bilirkişilerin denetimini yapmak ve performansını ölçmekle görevlidir. Bilirkişiler, bilirkişilik bölge kurulu tarafından hazırlanan listede yer alan kişiler arasından belirlenebilir. Danıştay önünde görülen uyuşmazlıklarda tüm bölge kurullarının bilirkişi listelerinde yer alan kişiler arasından görevlendirme yapılabilir.<sup>11</sup> Bölge kurulunun hazırladığı listede bilgisine başvurulacak uzmanlık dalında bilirkişi bulunmaması durumunda, diğer bölge kurullarının listelerinden; burada da bulunmaması hâlinde, 6754 sayılı Kanun'da yer alan şartları da taşımak kaydıyla listelerin dışından bilirkişi görevlendirilebilir.

Bunun yanında, kanunların görüş bildirmekle yükümlü kıldığı kişiler ile bilirkişilik yapmakla görevli idari birimler ve kuruluşlara bilirkişi olarak başvurulabilir.<sup>12</sup> HMK'nın 268. maddesi uyarınca bilirkişilik yapmakla yetkilendirilmiş kişi ve kuruluşlara bilirkişilik bölge kurulu tarafından hazırlanan listelerde kayıtlı bilirkişilere nazaran öncelikli olarak başvurulur.<sup>13</sup> Ancak kamu görevlilerine, bağlı buldukları kurumlarla ilgili dava ve işlerde, bilirkişi olarak görev verilemez.<sup>14</sup> Bu nedenle, bilirkişi görevlendirilmesi bakımından bunlar

<sup>11</sup> Günday, s. 422.

<sup>12</sup> Söz gelimi, Adli Tıp Kurumu, ticaret borsaları, yükseköğretim kurumları, Emniyet Genel Müdürlüğü merkez ve bölge kriminal polis laboratuvarları, Jandarma Kriminal Daire Başkanlığı ve grafoloji uzmanları, bölge kriminal laboratuvarları ve grafoloji uzmanları, Darphane ve Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu, borsa uzmanları ve odalardan bilirkişi görüşü alınabilir.

<sup>13</sup> Köroğlu, s. 38.

<sup>14</sup> Bu husus özellikle üyeleri Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenen mülga Yüksek Sağlık Şûrası bakımından tartışma yaratmaktaydı. Yüksek Sağlık Şûrası 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca tıbbi müdahaleler sonucu ortaya çıkan sorumluluk konusunda resmi bilirkişilik mercii olarak faaliyet yürütmüştür. 02.07.2018 tarihli ve 703 sayılı KHK'nın 25. maddesiyle Yüksek Sağlık Şûrası bu yetkisini yitirmiştir.

Kamu hastanelerinde yürütülmekte olan sağlık hizmetlerinden doğan zararlar hakkında açılan tam yargı davalarında dosyanın tıbbi uygulama hatası bulunup bulunmadığı yönünden değerlendirilmek üzere Yüksek Sağlık Şûrasına gönderilmekteydi. Bu durum ise, dosyayı inceleyen bilirkişi heyetinin davalı tarafından atanmış olması gibi bir sakıncayı beraberinde getirmekteydi. Bu sebeptendir ki, aşağıda inceleneceği üzere mahkemeler uygulamada Yüksek Sağlık Şûrası tarafından

arasında kademelendirme yapılmış olduğunun söylenmesi yanlış olmayacaktır.<sup>15</sup> Mevzuatta bilirkişilik yapmakla yetkilendirilmiş kişi ve kuruluşlar arasında ise başvuru önceliği bakımından derecelendirme yapılmamaktadır.<sup>16</sup>

Uygulamada ise, Danıştay içtihadında bilirkişilik yapan resmi kuruluşlar arasında bir hiyerarşi oluşturulduğu dikkat çekmektedir. Bahse konu ilişkide, Adli Tıp Kurumu'na diğer bilirkişi heyetlerine yahut bilirkişilik kuruluşlarına nazaran daha ayrıcalıklı bir konum atfedildiği gözlenmektedir.<sup>17</sup> Söz gelimi, Danıştay ağırlıklı içtihadında uyumsuzluk konusu olayda tıbbi uygulama hatasının bulunup bulunmadığının tespitine yönelik olarak bölge kurulunca oluşturulan listeden atanan bilirkişi heyeti<sup>18</sup> yahut Yüksek Sağlık Şurası tarafından verilen görüşlerin bir kez daha değerlendirilmek üzere Adli Tıp Kurumu'na gönderilmesine karar vermektedir.<sup>19</sup> Bazı kararlarında ise Danıştay, *“adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak üzere kurulan Adli Tıp Kurumuna niteliği belirtilen şekilde inceleme yaptırıldıktan sonra karar verilmesi gerekirken”* dosyanın farklı bir bilirkişi heyetine gönderilmesini bozma sebebi

---

değerlendirilen dosyaları, bir defa daha incelenmek üzere Adli Tıp Kurumu'na göndermek gibi bir usul benimsemişti. Yüksek Sağlık Şurası'nın, bilirkişinin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesi yönünden değerlendirildiği Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. Anayasa Mahkemesi, T. 03.06.2010, E. 2009/69, K. 2010/79, www.anayasa.gov.tr (Erişim: 12.10.2024).

<sup>15</sup> Zehreddin Aslan, İrfan Barlass, Nilay Arat, Mutlu Kağıtçıoğlu, Halil Altındağ, Gamze Gümüşkaya, Mehmet Akif Bardakçı, Cihan Yüzbaşıoğlu, Madde Sistematiği ile İdari Yargılama Hukuku, 4. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 390; Ömer Ulukapı, “Bilirkişi Raporu ve Bilirkişi Raporunun Delil Olarak Değeri”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 3-4, 2001, s. 194; Özdemir, s. 194. Aksi yönde Oral Mavioğlu, “Bilirkişiye Başvurma Zorunluğu ve Bilirkişi Raporları Karşısında Yargıcın Durumu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 36, S. 1-4, 1970, s. 387; Gürsel Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, 3. baskı, Ekin Yayıncılık, 2018, s. 429.

<sup>16</sup> Aksi yönde görüş için bkz. Kayıhoğlu, s. 96.

<sup>17</sup> Danıştay 4. Dairesi, T. 07.12.2006, E. 2006/1758, K. 2006/2551; Danıştay 10. Dairesi, T. 10.04.2006, E. 2005/1870, K. 2006/2294, www.legalbank.net (Erişim: 30.09.2024). Aksi yönde karar için bkz. Danıştay 15. Dairesi, T. 27.05.2014, E. 2013/4101, K. 2014/4341, www.kazanci.com.tr (Erişim: 01.10.2024).

<sup>18</sup> Danıştay 15. Dairesi, T. 11.03.2015, E. 2013/4509, K. 2015/1398, www.kazanci.com.tr (Erişim: 11.10.2024).

<sup>19</sup> Danıştay 10. Dairesi, T. 23.10.1995, E. 1994/1725, K. 1995/4827, www.kazanci.com.tr (Erişim: 03.10.2024).

kabul etmiştir.<sup>20</sup> Ayrıca Danıştay, Adli Tıp Kurumu tarafından verilen bilirkişi görüşünde eksiklik yahut hukuka aykırılıklar tespit etmesi durumunda dosyayı yeniden değerlendirmek üzere tekrar Adli Tıp Kurumu'na göndermektedir.<sup>21</sup> Bu yaklaşımın bilirkişilik kurumunun bağımsızlığına ve tarafsızlığına zarar verdiği ileri sürülmüştür.<sup>22</sup>

### **b. İçerik Yönünden Sınırlama**

Bilirkişi, raporunda çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlar dışında açıklama yapamaz; hukuki nitelendirme ve değerlendirmelerde bulunamaz. 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu'nun 3. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz. Hukuk öğrenimi görmüş kişiler, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu ve birinci fıkradaki şartları taşıdığını belgelendirmediği takdirde, bilirkişilik siciline ve listesine kaydedilemez.

Bilirkişi görüşünün istenebileceği haller içerik yönünden iki ayrı sınırlamaya tabi tutulmuştur. İlk olarak, çözümü hukuk bilgisi gerektiren ya da hukuki değerlendirme sonucunda çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz. Zira, hukuk kurallarını bilmek hâkimin yükümlülüğündedir. Bu bakımdan çözümü için hukuk bilgisi yeterli olmayan, hukuki değerlendirmenin yanında teknik veya uzmanlık gerektiren nitelendirme ve değerlendirmelerin yapılmasının ihtiyaç olduğu hallerde bilirkişiye başvurulabilir.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> "...bilirkişilik görevi yapmak üzere kurulan Adli Tıp Kurumu'na niteliği belirlenen şekilde inceleme yaptırıldıktan sonra karar verilmesi gerekirken ...Yüksek Sağlık Şûrası kararına dayalı olarak verilen idare mahkemesi kararında hukuka uygunluk bulunmamaktadır." (Danıştay 10. Dairesi, T. 21.12.1999, E. 2000/198, K. 2000/132, www.kazanci.com.tr (Erişim: 02.10.2024).)

<sup>21</sup> Danıştay 15. Dairesi, T. 27.05.2016, E. 2016/3514, K. 2016/3853, www.kazanci.com.tr (Erişim: 30.09.2024).

<sup>22</sup> Sermet Koç, "Bilirkişilik ve Adli Tıp Kurumu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 50, Ankara, 2004, s. 145.

<sup>23</sup> Öyle ki, öğretide hâkimin mesleğinden bağımsız olarak söz konusu özel ve teknik bilgiye sahip olduğu hallerde dahi bilirkişiye başvurulması gerektiği ileri sürülmektedir. (Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 526; Aslan vd. s. 387.) Aksi yöndeki görüş için bkz. Kayılıoğlu, s. 47.



Bir idari işlemin iptali istemiyle açılan davada, işlemin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları bakımından hukuka uygunluğu değerlendirilecektir. Özellikle idari işlemin yetki ve şekil unsurları hakkında değerlendirme yapılmak üzere dosyanın bilirkişiye gönderilmesi oldukça istisnaidir. Zira, idari işlemin tesis edilmesinde yetki ve usul kuralları hukuk tarafından düzenlenir.<sup>24</sup> İdari işlemin maddi temele dayanabilen sebep, konu ve amaç unsurlarının hukuka uygunluğunun incelenmesinde ise teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren bir değerlendirme gerekebilir. Tam yargı davalarında ise mahkemece tespit edilen maddi olgular çerçevesinde idarenin hizmet kusurunun veya kusursuz sorumluluğunun varlığı, idare hukuku kurallarına göre hâkim tarafından değerlendirilecektir. Ancak, idari işlem veya eylemin varlığı, bu işlem veya eylemin hukuken kabul edilebilir olup olmadığı ve ödenecek tazminat tutarının belirlenmesinde<sup>25</sup> bilirkişi görüşüne ihtiyaç duyulabilmektedir. Manevi tazminat ise hâkimin takdirinde olduğundan, tutarın belirlenmesinde dosya bilirkişiye gönderilmemektedir.<sup>26</sup>

Söz konusu sınırlamanın bir sonucu olarak, hukuk alanında eğitim görmüş kişilerin bilirkişilik yapması kural olarak mümkün değildir.<sup>27</sup> Bu kişiler ancak hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olmaları durumunda, bu alanlarda bilirkişilik yapabilecektir. Hukuk alanında eğitim görmüş kişilerin farklı alandaki uzmanlığını belgelendirmesi zorunludur. Uygulamada ise, mahkemeler özellikle hukuk bilgisi ile teknik ve uzmanlığın birleştiği yahut hukuk bilgisinin ken-

<sup>24</sup> Melikşah Yasin, *İdari Yargılama Hukukunda İspat*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 110-111.

<sup>25</sup> Öğretide Yasin, belge üzerinden inceleme yapılmak suretiyle tazminat tutarının belirlenebildiği hallerde, dosyanın ayrıca bilirkişiye gönderilmesinin usul ekonomisi ilkesine aykırı olduğunu savunmuştur. (Yasin, s. 112.)

<sup>26</sup> Müzeyyen Eroğlu Durkal, "Tam Yargı Davalarında Manevi Tazminat", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 131, 2017, s. 189.

<sup>27</sup> Acun Papakçı, "Hukuki Bilirkişilik", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 1, 2016, s. 450 vd. Buna karşılık, hukuk fakültelelerinde, yüksekokullarda yahut sosyal bilimler enstitülerinin hukuk alanındaki bölümlerinde yapılan öğrenci geçme, sınıf tekrarı, öğrenci alımı ve benzeri sınavların hukuka aykırılığının inceleme konusu yapıldığı uyumsuzluklar, adayların hukuk bilgisinin ölçüldüğü merkezi ve ortak sınavlar ile hukuk alanında göreve alınma, yükselme ve diğer statü değişikliklerine yönelik davalarda, hukukçu bilirkişiden yararlanılması işin doğası gereğidir. (Danıştay 2. Dairesi, T. 06.02.2019, E. 2018/4341, K. 2019/399 aktaran Özdemir, s. 143.)

di içerisinde karmaşık yahut özgün nitelik arz ettiği konularda hukuk eğitimi görmüş kişilerden de bilirkişi görüşü istemeye devam etmektedir.<sup>28</sup> Yargıtay da hukuki konularda bilirkişiye başvurulabileceğine hükmetmektedir.<sup>29</sup> HMK ve 6754 sayılı Kanunla bağdaşmayan bu uygulama, gereksiz masraf yapılmasına ve zaman kaybına yol açtığı, Anayasa'nın 141. maddesinin son fıkrasına ve usul ekonomisi ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle öğretilde eleştirilmektedir.<sup>30</sup> Anayasa Mahkemesi, dosyanın gereksiz yere bilirkişiye gönderilmesi suretiyle yargılama masrafına neden olunmasını mülkiyet hakkına yönelik bir müdahale olarak nitelendirmiştir.<sup>31</sup>

Öğretildeki diğer görüş ise, mahkemenin genel hukuk bilgisi dışında, özel bir hukuki bilgi gerektiren konuda, uzman hukukçulardan yararlanmasının mümkün ve gerekli olduğunu ileri sürmektedir.<sup>32</sup> Ayrıca, bilirkişi raporlarının mahkeme tarafından dikkate alınabilmesi için bir ölçüde hukuki bilgiye sahip olunması; bunun karşılanması için heyet içerisine hukukçu bilirkişi atanması önerilmektedir.<sup>33</sup> Gerçekten de bilirkişi heyetinin tümüyle hukukçu olmayan üyelerden oluşması, bu heyetlerce hazırlanan raporların biçimsel ve içeriksel yönden eksiklikler taşımasına, bunun sonucu olarak da ek rapor veya yeni bilirkişi raporu alınması nedeniyle yargılamanın süre yönünden uzamasına; yeni yargılama masraflarının doğmasına sebep olabilmektedir.

Danıştay bu hususa yönelik aksi yöndeki tutumunu "...görül-  
mekte olan davada bilirkişiye başvurulabilmesi, uyumsuzluğun özel ve teknik bilgi gerektiren bir yönünün bulunmasına bağlıdır. Yorumu ve çözümünü hâkime ait bulunan konularda bilirkişiye başvurulması, bilirkişilik müessesesinin açıklanan amaç ve tanımına uygun düşmeyeceği gibi usul ekonomisi olarak adlandırılan davaların en az giderle ve mümkün olan süratle

<sup>28</sup> Aslan vd., s. 387; Kayılıoğlu, s. 40; Papakçı, s. 440.

<sup>29</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 07.12.2012, E. 2012/11772, K.2012/20195, www.kazanci.com.tr (Erişim: 20.10.2024).

<sup>30</sup> Yasin, s. 110; Turgut Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 7. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 843-844; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 426; Kayılıoğlu, s. 57.

<sup>31</sup> Anayasa Mahkemesi, A.D. Başvurusu, T. 09.01.2019, B.No: 2015/10393, www.anayasa.gov.tr (Erişim: 20.10.2024).

<sup>32</sup> Yahya Deryal, Türk Hukukunda Bilirkişilik, 6. bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 136. Aksi yönde değerlendirmeler için bkz. Papakçı, s. 444 vd.

<sup>33</sup> Kayılıoğlu, s. 62.

sonuçlandırılacağı yolundaki Anayasa hükmüne de aykırılık teşkil eder” ifadeleriyle ortaya koymuştur.<sup>34</sup> Ayrıca Danıştay avukatların<sup>35</sup> yahut emekli hakimlerin<sup>36</sup> bilirkişi olarak görevlendirilmesinin hukuka aykırı olduğuna hükmetmiştir. Buna karşılık, Danıştay’ın hukukçu bilirkişi görevlendirilmesinin mümkün olduğu yönünde kararları da bulunmaktadır.<sup>37</sup>

Bilirkişiye yöneltilen görüş talebinin teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren alanla sınırlı olması, hukuk bilgisi yahut hukuki değerlendirme gerektiren içerikte olmaması gerekir.<sup>38</sup> Delilleri değerlendirme yetkisi münhasıran hâkime verilmiş olduğundan, bilirkişinin yaptığı hukuki değerlendirmelerin hükme esas alınması yargılama faaliyetinin bilirkişiye devri anlamına gelir.<sup>39</sup> Bilirkişilerin hukuki değerlendirme yapma yasağına ilişkin kural 6754 sayılı Kanun’un 3. maddesinde tekrarlanmıştır. Uygulamada mahkemeler bilirkişi görevlendirmesine

<sup>34</sup> Danıştay 10. Dairesi, T. 21.06.2021, E. 2019/12171, K. 2021/3461 aktaran Özdemir, s. 313 “...yargıcın kimi hukuk dallarında uzman olmadığına bakılarak, bu konularda uzman hukukçuların bilirkişi tayin edilebileceği kabul edilemez. Zira; hakimlik mesleğinin gerektirdiği hukuk nosyonu ve araştırma beceri ve alışkanlığı, hâkime, uzmanı olmadığı hukuk dallarında da araştırma yaparak, gerekli hukuk bilgisini edinme olanağını sağlar. Yargıç, uyuşmazlığın çözümü için gerekli (özel) hukuk bilgisini, kendi araştırması ile edinmek ve uyuşmazlığa uygulamak zorundadır. Bu, onun, hukukçu kimliğinin olmazsa olmaz özelliğidir”. (Danıştay 7. Dairesi, T. 30.12.2004, E. 2003/1463, K. 2004/3651, www.kazanci.com.tr (Erişim: 02.10.2024).) Aynı yönde kararlar için bkz. Danıştay 3. Dairesi, T. 25.06.2007, E. 2006/2624, K. 2007/2106, www.kazanci.com.tr (Erişim: 12.10.2024). Bu yöndeki başka bir karar için bkz. Danıştay 3. Dairesi, T. 27.09.2005, E. 2004/2011, K. 2005/2014; Danıştay 7. Dairesi, T. 30.12.2004, E. 2003/1463, K. 2004/3651; Danıştay 7. Dairesi, T. 11.04.1995, E. 1992/8390, K. 1995/1528, www.kazanci.com.tr (Erişim: 11.10.2024).

<sup>35</sup> Danıştay 7. Dairesi, T. 04.05.1999, E. 1998/1023, K. 1999/1887 aktaran Candan, s. 848, dn. 1286.

<sup>36</sup> Danıştay 7. Dairesi, T. 10.04.2001, E. 2000/7439, K. 2001/1237 aktaran Candan, s. 848, dn. 1287.

<sup>37</sup> Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, T. 03.12.2004, E. 2004/107, K. 2004/175, www.kazanci.com.tr (Erişim: 15.11.2024).

<sup>38</sup> Deryal, “Bilirkişilik”, s. 100.

<sup>39</sup> Hikmet Sami Türk, “Bilirkişilik”, *Adalet Dergisi*, Y. 91, S. 5, 2000, s. 7; Çetin Aşçıoğlu, “Yargılama Çalışmalarında Bilirkişi Sorunu ve Nitelendirmede Bilirkişinin Görevi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 1992, S. 8, s. 356 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 426; Özdemir, s. 308; Ulukapı, s. 195; Kayılıoğlu, s. 106; Deryal, “Bilirkişilik”, s. 95; Papakçı, s. 447.

kararlarında, “hizmet kusurunun bulunup bulunmadığı”;<sup>40</sup> “suç oluşturup oluşturmadığı”;<sup>41</sup> “sorumluluğun bulunup bulunmadığı”; “hukuka aykırılık bulunup bulunmadığı”; “yürütülen faaliyetin mevzuata uygun olup olmadığı”<sup>42</sup> gibi hususları bilirkişiye sormaktadır.<sup>43</sup> Hatta Danıştay “bilirkişi raporunda idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığı hususunun açık ve net olarak ortaya konulmadığı” gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.<sup>44</sup>

Hâkimin uyuşmazlığın çözümünde ihtiyaç duyduğu teknik bilginin dava dosyasından anlaşılabilirdiği yahut mahkemece resen araştırma ilkesi kapsamında çeşitli kurum ve kuruluşlara yazılacak müzakerelerle veya diğer ispat araçları ile elde edilebildiği hallerde bilirkişi incelemesi yaptırılmaması gerektiği savunulmakta olup<sup>45</sup> Danıştay içtihadı da bu yöndedir.<sup>46</sup>

Bilirkişilik müessesesine yönelik öğretilerde ileri sürülen bir diğer sınırlama da idarenin uzman kurulları tarafından verilen kararlarının içeriksel denetimidir. Başta bağımsız idari otoriteler olmak üzere, ida-

<sup>40</sup> Danıştay 15. Dairesi, T. 27.04.2017, E. 2016/1577, K. 2017/2093; Danıştay 15. Dairesi, T. 30.05.2016, E. 2013/4469, K. 2016/3889; Danıştay 10. Dairesi, T. 07.04.2016, E. 2015/4254, K. 2016/1847; Danıştay 10. Dairesi, T. 21.03.2016, E. 2015/1604 K.2016/1577, www.kazanci.com.tr (Erişim: 15.11.2024).

<sup>41</sup> Danıştay 13. Dairesi, T. 02.04.2012, E. 2010/1280, K. 2012/563, www.kazanci.com.tr (Erişim: 15.10.2024).

<sup>42</sup> Danıştay 10. Dairesi, T. 03.10.2012, E. 2012/3990, K. 2012/4561; Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, T. 03.04.2008, E. 2005/3419, K. 2008/966, www.kazanci.com.tr (Erişim: 15.10.2024).

<sup>43</sup> “davalının kusuru olup olmadığı; davalı ile birlikte davacının kusurunun olup olmadığı, müterafık kusurun ayrı ayrı değerlendirilmesi; kusur var ise tarafların sorumluluklarına ve kusur oranlarına etkisinin ne olduğu” (Konya 1. İdare Mahkemesi, E. 2015/747 sayılı dosya, 11.12.2018 tarihli dosya teslim tutanağında yer alan naip üye bilirkişi sorusu aktaran Özdemir, s. 313.)

<sup>44</sup> “...mahkemece bu bilirkişi raporu esas alınarak olayda hizmet kusurunun bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verildiği görülmekte ise de söz konusu bilirkişi raporunda idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığı hususunun açık ve net olarak ortaya konulmadığı anlaşılmaktadır”. (Danıştay 10. Dairesi, T. 10.04.2006, E. 2005/1870, K. 2006/2294, www.kazanci.com.tr (Erişim: 05.10.2024).) Bu yönde başka bir karar için bkz. Danıştay 7. Dairesi, T. 04.04.2000, E. 1999/3305, K. 2000/955 aktaran Candan, s. 853, dn. 1296.

<sup>45</sup> Candan, s. 841-842; Kayılıoğlu, s. 47.

<sup>46</sup> Danıştay 4. Dairesi, T. 13.12.2006, E. 2006/2514, K. 2006/2620, www.kazanci.com.tr (Erişim: 22.10.2024); Danıştay 7. Dairesi, T. 18.03.2004, E. 2000/7995, K. 2004/702, Danıştay Kararlar Dergisi, S. 5, s. 195.

re içerisinde teknik ve uzmanlık gerektiren konulardaki faaliyet yürütmekle yetkili uzman birimler bulunmakta olup bunların yaptığı teknik inceleme ve değerlendirmeler doğrultusunda işlem tesis edilebilmektedir. Bu kuruluşların, ilgili alanda uzmanlık sahibi ve çoğu zaman bağımsız nitelikte oldukları gözetildiğinde, yaptıkları teknik değerlendirme doğrultusunda tesis edilen işlemlerin yargısal denetiminde mahkemelerin dosyayı bilirkişiye göndermesine maddi imkân bulunmadığı savunulmaktadır.<sup>47</sup> Öğretide *Yasin* ise, idarenin uzman kurul ve kuruluşlarınca yapılan tespit ve değerlendirmelerin hatalı olabileceğini yahut sübjektif yorumlar içerebileceğini isabetle vurgulayarak, bu işlemlerin de yargısal denetiminde bilirkişiden görüş alınabileceğini savunmuştur.<sup>48</sup> Danıştay da idarenin teknik değerlendirmeler yaparak oluşturduğu işlemler hakkında bilirkişi görüşü alınabileceğini; idari değerlendirmeler ile bilirkişi görüşünün çelişkili olması durumunda mahkemenin her iki değerlendirmeyi karşılaştırıp gerekçeli şekilde kararını vereceğini ortaya koymuştur.<sup>49</sup>

Bilirkişi görüşü istenebilecek hallere içerik yönünden getirilen bir diğer sınırlama ise genel bilgi veya tecrübeyle uyumsuzluğun çözümünün mümkün olduğu hallerdir. Çözümü hukuk bilgisi dışında olan uyumsuzlıklardan yalnızca teknik bilgi ve uzmanlık gerektirenler hakkında bilirkişi görüşü alınması mümkün olup genel bilgi ve tecrübeyle çözümlenebilecek konularda bilirkişiye başvurulamayacaktır.<sup>50</sup> Danıştay bir kararında, *“yanıt kağıtlarının optik okuyucular yardımıyla okunması, iki kez değerlendirilmesi ve optik okuyucuların takdir hatası yapmalarının söz konusu olmaması karşısında değerlendirmenin hatalı olduğu kabul edilemez. ...Belirtilen nedenle sınav kâğıdı üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırmasına”* gerek görmemiştir.<sup>51</sup> Uygulamada ise, başta tazminat

<sup>47</sup> Yıldızhan Yayla, İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu (Birinci Bölüm Tartışmalar), Danıştay Tasnif ve yayın Bürosu Yayınları, No: 33, Ankara, 1982, s. 82.

<sup>48</sup> *Yasin*, s. 122-124.

<sup>49</sup> Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, T. 31.05.1996, E. 1995/155, K. 1996/250, *Danıştay Dergisi*, S. 92, s. 276.

<sup>50</sup> Danıştay 11. Dairesi, T. 17.11.1998, E. 1998/1405, K. 1998/3954, www.legalbank.net (Erişim: 15.10.2024).

<sup>51</sup> Danıştay 8. Dairesi, T. 02.03.1988, E. 1987/447, K. 1988/143, *Danıştay Dergisi*, S. 72-73, s. 493. Aynı yönde başka bir karar için bkz. Danıştay 3. Dairesi, T. 27.09.2005, E. 2004/2011, K. 2005/2014, *Danıştay Dergisi*, S. 111, s. 140; Danıştay 3. Daire-

hesabı olmak üzere, basit hesaplamalar yoluyla çözümlenebilecek hususlarda dosyanın bilirkişiye gönderildiği görülmektedir.<sup>52</sup> Bu durum, HMK'nın 266. maddesinin lafzının yanında usul ekonomisi ilkesiyle de bağdaşmamaktadır.<sup>53</sup>

Görüldüğü gibi, idari yargılama hukukunda hâkimin yalnızca uyuşmazlığın çözümünün teknik ve uzmanlık gerektirdiği konularda bilirkişi görüşü alabilmesi mümkündür. Madde metninin lafzında geçen “*verir*” ibaresinden hareketle, uyuşmazlığın çözümünün teknik bilgi ve uzmanlık gerektirdiği hallerde dosyanın bilirkişiye gönderilmesinin zorunluluk olduğu öğretilde savunulmuştur.<sup>54</sup> Yerleşik içtihadında Danıştay teknik ve uzmanlık gerektiren konularda bilirkişi görüşü almadan hüküm kurulmasını hukuka aykırı bulmaktadır.<sup>55</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, “*dava konusu baz istasyonunun öncelikle meskûn mahalde kurulmasının gerekli olup olmadığı, meskûn mahal dışında kurulması halinde aynı çalışma veriminin alınıp alınamayacağı, meskun mahalde kurulması halinde insan sağlığına bir zarar verip vermeyeceğinin yaptırılacak bilirkişi incelemesi ile tespiti gerekecektir. ...yukarıda belirtilen hususların bilirkişilerce tespiti yapılmadan ...verilen mahke-*

---

si, T. 19.12.2002, E. 2001/3496, K. 2002/4361; Danıştay 7. Dairesi, T. 12.10.2000, E. 1999/723, K. 2000/2750; Danıştay 7. Dairesi, T. 21.10.1999, E. 1999/863, K. 1999/3415; Danıştay 6. Dairesi, T. 21.10.1994, E. 1994/1202, K. 1994/3716; Danıştay 7. Dairesi, T. 27.04.1999, E. 1998/2706, K. 1999/1792, www.kazanci.com.tr (Erişim: 12.10.2024).

<sup>52</sup> Mavioğlu, s. 373.

<sup>53</sup> Kayılıoğlu, s. 49.

<sup>54</sup> Metin Günday, İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022, s. 420; Onur Karahanoğulları, İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 620; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 426; Kayılıoğlu, s. 67; Candan, s. 840; Aslan vd., s. 387.

Buna karşılık, hangi konuların teknik ve uzmanlık gerektirdiğine yönelik tüketici bir listenin yapılması da mümkün değildir. Teknik ve uzmanlık gerektirdiği ve bu sebeple bilirkişiye gönderilmesi gereken karar örnekleri için bkz. Özdemir, ss. 159-165.

<sup>55</sup> Danıştay 10. Dairesi, T. 25.06.2008, E. 2007/2965, K. 2008/4831, *Danıştay Dergisi*, S. 120, s. 310; Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, T. 03.04.2008 E. 2005/3419, K. 2008/966; Danıştay 10. Dairesi, T. 24.09.20013, E. 2003/3210, K. 2003/3771, www.kazanci.com.tr (Erişim: 30.09.2024); Danıştay 2. Dairesi, T. 04.03.1998, E. 1996/29, K. 1998/727 aktaran Deryal, “Bilirkişilik”, s. 268; Danıştay 9. Dairesi, T. 26.06.1986, E. 1985/1696, K. 1986/2340, *Danıştay Dergisi*, S. 64-65, s. 102.



*me kararında*” hukuki isabet görmemiştir.<sup>56</sup> Yine Danıştay, 5233 sayılı Kanun kapsamında, davacının köyünün terör olayları sebebi ile terk edilmiş olduğu yönündeki iddialarının tespiti için bilirkişi incelemesi yapılmasına karar vermiştir.<sup>57</sup> Dava konusunun belli bir meblağa ilişkin olduğu hallerde de Danıştay bedel tespiti yapılmak üzere dosyanın bilirkişiye gönderilmesine hükmetmiştir.<sup>58</sup>

Kamu hastanelerinde meydana gelen tıbbi uygulamalara ilişkin uyuşmazlıklarda, müdahalenin tıbbi standartlarına ve tıp biliminin gereklerine uygun olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin değerlendirilmesi amacıyla dosya bilirkişiye gönderilmektedir.<sup>59</sup> Danıştay’ın bu yönde vermiş olduğu kararları çoğaltmak mümkündür.<sup>60</sup>

<sup>56</sup> *Danıştay Dergisi*, S. 64-65, s. 384; Danıştay 3. Dairesi, T. 27.05.1986, E. 1986/241, K. 1986/1402, İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, T. 03.04.2008 E. 2005/3419, K. 2008/966, www.kazanci.com.tr (Erişim: 03.10.2024). Bu yöndeki başka bir karar için bkz. Danıştay 8. Dairesi, T. 28.03.2018, E. 2012/10507, K. 2018/1749, *Danıştay Dergisi*, S. 148, s. 155; Danıştay 10. Dairesi, T. 24.09.20013, E. 2003/3210, K. 2003/3771, www.kazanci.com.tr (Erişim: 03.10.2024).

<sup>57</sup> Danıştay 15. Dairesi, T.13.04.2017, E. 2016/5102, K. 2017/1809, www.kazanci.com.tr (Erişim: 03.10.2024).

<sup>58</sup> Danıştay 15. Dairesi, T. 20.03.2018, E. 2017/944, K. 2018/2764; Danıştay 15. Dairesi, T. 24.01.2018, E. 2017/1947, K. 2018/384; Danıştay. 14. Dairesi, T. 06.02.2017, E. 2015/793 K. 2017/525; Danıştay 6. Dairesi, T. 21.02.2017, E. 2017/79, K. 2017/1152; Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, T. 15.10.2015, E. 2014/1311, K. 2015/3497; Danıştay 7. Dairesi, T. 21.10.2010, E. 2008/489, K. 2010/4872; Danıştay 10. Dairesi, T. 28.09.2012, E. 2008/1506, K. 2012/4467, www.kazanci.com.tr (Erişim: 03.10.2024).

<sup>59</sup> Danıştay 15. Dairesi, T. 20.04.2017, E. 2015/6915, K. 2017/1900; Danıştay 15. Dairesi, T. 24.03.2016, E. 2015/655, K. 2016/2018, www.kazanci.com.tr (Erişim: 03.10.2024).

<sup>60</sup> “...sezaryen yoluyla yaptırılan doğumunun tıp kurallarına uygun olup olmadığı ve bunun davacının çocuk sahibi olma imkanını kaybetmesine etkisinin tespiti amacıyla bilirkişi incelemesi yaptırılarak bunun sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı olarak verilen Mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır”. (Danıştay 15. Dairesi, T. 03.06.2014, E. 2013/4012, K. 2014/4612, www.kazanci.com.tr (Erişim: 28.09.2024).) “...koruma sahalarının 4081 sayılı Yasaya uygun olarak belirlenip belirlenmediğinin tespitine bağlı olup, koruma sahası olarak belirlenen yerlerin hangi yerleşim yerinin sınırları içinde kaldığının tespiti de teknik bilgiyi gerektirdiğinden bu hususun bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle çözümlenmesi gerekmektedir.” (Danıştay 10. Dairesi, T. 07.05.2009, E. 2008/10333, K. 2009/3695, www.kazanci.com.tr (Erişim: 15.10.2024). Bu yöndeki başka bir karar için bkz. Danıştay 15. Dairesi, T.02.11.2016, E. 2013/1808, K. 2016/5155; Danıştay 13. Dairesi, T.29.03.2010, E.2009/1917, K.2010/2601; Danıştay 13. Dairesi, T. 24.10.2011, E. 2008/2658, K. 2011/4668; Danıştay 4. Dairesi, T.



Benzer şekilde Anayasa Mahkemesi uyuşmazlığın çözümünün teknik bilgi gerektirdiği hallerde bilirkişi incelemesi yaptırılmadan davanın karara bağlanmasını silahların eşitliği ilkesine ve adil yargılanma hakkına aykırı bulmuştur.<sup>61</sup> Bu durumda, uyuşmazlığın çözümünde bilimsel incelemeye, hukuk dışındaki disiplinlere yönelik bilgi ve uzmanlığa ihtiyaç duyulması yahut teknik bilginin gerekli olması durumunda bilirkişi görüşü alınmasının içtihadı bir zorunluluk haline getirilmiş olduğunu söylenebilir.<sup>62</sup>

Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren sorun açıkça belirtilmeden ve inceleme yaptırılacak konunun kapsamı ile sınırları açıkça gösterilmeden bilirkişi görevlendirilemez.<sup>63</sup> HMK'nın 268. maddesi ve devamı hükümlerine uygun olarak bilirkişiye cevaplaması gereken soruların ayrı ayrı sorulması, inceleme konusunun bütün sınırlarıyla açıkça belirlenmesi gerekir.<sup>64</sup> Bilirkişinin yalnızca kendisine sorulan sorular hakkında rapor hazırlaması zorunludur.<sup>65</sup> Buna karşılık uygulamada bilirkişiye yöneltilen sorular açıkça belirtilmeden yahut ucu açık nitelikte, genel sorular sormak suretiyle görevlendirme yapılmakta, bu hallerde ise bilirkişinin esasında görevlendirilmediği konularda görüş açıklaması veya hâkimin yerine geçerek uyuşmazlığın çözümüne yönelik değerlendirmeler yapması söz konusu olabilmektedir.<sup>66</sup>

---

28.01.1999, E. 1998/2808, K. 1999/1029, www.kazanci.com.tr (Erişim: 13.10.2014); Danıştay 9. Dairesi, T. 19.02.1998, E. 1997/3912, K. 1998/669, *Danıştay Dergisi*, S. 97, s. 640; Danıştay 8. Dairesi, T. 23.11.1992, E. 1991/2520, K. 1992/3004, *Danıştay Dergisi*, 87, s. 245; Danıştay 8. Dairesi, T. 20.12.1991, E. 1991/829, 1991/2026, *Danıştay Dergisi*, S. 84-85, 542; Danıştay 8. Dairesi, T. 16.11.1990, E. 1990/474, K. 1990/1326, *Danıştay Dergisi*, S. 82-83, s. 687; Danıştay 10. Dairesi, T. 25.05.1989, E. 1988/2203, K. 1989/1145, *Danıştay Dergisi*, S. 76-77, s. 785; Danıştay 9. Dairesi, T. 26.06.1986, E. 1985/1696, K. 1986/2340, *Danıştay Dergisi*, S. 64-65, s. 384.

<sup>61</sup> Anayasa Mahkemesi, Erkan Akış ve diğerleri, T. 13.04.2016, B.No: 2013/6133, www.anayasa.gov.tr (Erişim: 13.10.2024).

<sup>62</sup> Danıştay 8. Dairesi, T. 28.02.2006, E. 2005/3432, K. 2006/768, www.kazanci.com.tr (Erişim: 02.10.2024).

<sup>63</sup> Kayılıoğlu, s. 107; Aslan vd., s. 391; Deryal, "Bilirkişilik", s. 441.

<sup>64</sup> Danıştay 7. Dairesi, T. 19.12.2006, E. 2005/834, K. 2006/4063 aktaran Candan, s. 853, dn. 1295; Danıştay 3. Dairesi, T. 15.12.1990, E. 1989/3460, K. 1990/3569, *Danıştay Dergisi*, S. 82-83, s. 207.

<sup>65</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 430; Kuru, s. 2731.

<sup>66</sup> Candan, s. 853; Kayılıoğlu, s. 108.

Bilirkişi görüşüne başvurulmuş hallerde Danıştay, bilirkişiye sorulacak konuların ayrı ayrı sorular halinde belirtilmesini; genel nitelikte olmamasını ortaya koymakta, aksi durumda bozma kararı vermektedir.<sup>67</sup> Danıştay, “mahkemece verilen bilirkişi incelemesi yaptırılmasına ilişkin kararda, dava konusu uyuşmazlıkta hangi hususa münhasıran inceleme yaptırılacağı belirlenmediği gibi, naip üye tarafından bilirkişilerin tayini sırasında da hangi konularda inceleme yapılması gerektiğine ilişkin bir soru yöneltilmemesi nedeniyle yapılan” bilirkişi incelemesini hukuka aykırı bulmuştur.<sup>68</sup>

Bilirkişinin de görev sınırını aşmaması, yalnızca kendisine yöneltilen sorularla sınırlı olarak teknik değerlendirmeler yapması, hukuki değerlendirme ve yorumlardan kaçınması gerekmektedir.<sup>69</sup> Uygulamada bilirkişiler “kazanılmış hak”, “haklı beklenti”, “hak ihlali bulunduğu”, “kusurlu bulunduğu”, “işlemin mevzuata uygun olduğu” gibi hususlarda görüş bildirmektedir.<sup>70</sup> Oysaki bilirkişinin dosyada bulunan delil ve belgeleri yalnızca teknik yönden incelemesi, bu delillerin ispat gücü ve hükme esas alınabilirliği yönünden değerlendirmeden kaçınması gerekir.<sup>71</sup> Nitekim Danıştay da bilirkişinin teknik değerlendirme yapmanın ötesine geçerek, raporunda hukuki değerlendirmelere yer vermesini usule aykırı bulmuştur.<sup>72</sup> Benzer şekilde, bilirkişi raporunda teknik değerlendirmelerin ötesine geçen vicdani veya sübjektif değerlendirmeler bulunmasının usule aykırı olduğu kabul edilmektedir.<sup>73</sup> Böyle bir durumda bilirkişi tarafından ortaya konulan hukuki değerlendirmeler hakimi bağlamayacaktır.<sup>74</sup>

<sup>67</sup> Danıştay 15. Dairesi, T. 27.05.2016, E. 2016/3514, K. 2016/3853, www.kazanci.com.tr (Erişim: 12.10.2024).

<sup>68</sup> Danıştay 13. Dairesi, T. 04.07.2007, E. 2006/4307, K. 2007/4278, www.kazanci.com.tr (Erişim: 12.10.2024). Aynı yönde kararlar için bkz. Danıştay 15. Dairesi, T. 24.03.2016, E. 2015/9336, K. 2016/2014; Danıştay 8. Dairesi, T. 08.02.2013, E. 2012/2452, K. 2013/775, www.legalbank.net (Erişim: 12.10.2024).

<sup>69</sup> Yasin, s. 120; Candan, s. 853; Ulukapı, s. 197.

<sup>70</sup> Bu yöndeki karar örnekleri için bkz. Özdemir, s. 470 vd.

<sup>71</sup> Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, T. 16.05.2010, E. 2010/595, K. 2012/194, www.kazanci.com.tr (Erişim: 06.10.2024).

<sup>72</sup> Danıştay 8. Dairesi, T. 20.06.2018, E. 2018/1665, K. 2018/3371, www.kazanci.com.tr (Erişim: 22.10.2024).

<sup>73</sup> Özdemir, s. 475.

<sup>74</sup> Kuru, s. 2789.

## 2. Bilirkişilik Faaliyetinin Tabi Olduğu İlkeler

Bilirkişi görevini bağımsız, tarafsız ve objektif olarak yerine getirir. Bilirkişi, yargılama usulünde hâkimin yardımcısı konumunda olup davanın tarafı değildir.<sup>75</sup> Bunun bir sonucu olarak, bilirkişinin de tıpkı hâkim gibi tarafsız olması, nasıl ki hâkimin yalnızca hukuka uygun karar vermesi gerekmektedirse, bilirkişi görüşü de teknik ve özel gerekliliklere uygun olarak hazırlanmalıdır.<sup>76</sup>

Bunun sağlanmasına yönelik olarak, HMK'nın 272. maddesi uyarınca, hâkimler hakkındaki yasaklılık ve ret sebepleriyle ilgili kurallar, bilirkişiler hakkında da uygulanır. Hâkimler hakkındaki yasaklılık sebeplerinden biri, bilirkişinin şahsında gerçekleşmişse mahkeme, hüküm verilmeye kadar, her zaman bilirkişiyi resen görevden alabileceği gibi, bilirkişi de mahkemeden, görevden alınma talebinde bulunabilir. Yine, ret sebeplerinden birinin bilirkişinin şahsında gerçekleşmesi hâlinde ise taraflar, bilirkişinin reddini talep edebileceği gibi, bilirkişi de çekilebilir.<sup>77</sup> Ret talebi veya bilirkişinin kendisinin çekilmesinin, dosyanın kesinleşmesine kadar, ret sebebinin öğrenilmesinden itibaren en geç bir hafta içinde yapılması şarttır.<sup>78</sup> Bilirkişinin, aynı dava veya işte daha önceden tanık olarak dinlenmiş bulunması, bir ret sebebi teşkil etmemekte ise de Danıştay bilirkişinin, aynı yargılama sırasında daha önceden uzman görüşü beyan etmiş olmasının bilirkişi heyetinde bulunmasına engel teşkil ettiğini ortaya koymuştur.<sup>79</sup>

<sup>75</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 425; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 525; Köroğlu, s. 31; Papakçı, s. 438. Aksi yönde görüş için bkz. Aşçıoğlu, s. 350.

<sup>76</sup> "...hâkimde olması gereken kimi niteliklere, bilirkişinin de sahip olması aranmaktadır. Bilirkişi, tıpkı hâkim gibi, tarafsız olmak zorundadır. ...Bu bakımdan; bağımsız ve tarafsız olan mahkemelerin kararlarının, taraflara ve topluma güven verebilmesi için, uyuşmazlığın çözümünde kullanılan özel veya teknik bilgiyi içeren bilirkişi raporlarının da kanunların öngördüğü usullere göre, hakimlerce seçilmiş, davacı ve davalıyla ilgisi olmayan, tarafsız bilirkişilerce düzenlenmesi gereklidir." (Danıştay 7. Dairesi, T. 09.12.2004, E. 2003/2888, K. 2004/3296, www.legalbank.net (Erişim: 12.10.2024)). Bu yöndeki başka bir karar için bkz. Danıştay 10. Dairesi, T. 11.12.2014, E. 2013/5859, K. 2014/636 aktaran Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 1541.

<sup>77</sup> Ayrıca idari yargı mercileri katılan tarafından yapılan bilirkişinin reddi yönündeki başvuruları usule uygun bularak değerlendirmektedir. (Özdemir, s. 400)

<sup>78</sup> Özdemir, s. 401.

<sup>79</sup> Danıştay 14. Dairesi, T. 24.10.2013, E. 2011/12790, K. 2013/7104, www.legalbank.net (Erişim: 11.10.2024).

Taraflardan birinin ret talebi üzerine veya kendiliğinden bilirkişinin çekilme isteminde bulunması durumunda, davaya bakan mahkeme bu istemin kanuna uygun olup olmadığına karar verir.<sup>80</sup> Bilirkişinin reddi yahut çekilmesi istemine yönelik kararlar ara karar niteliğinde olduğundan bu kararlara karşı başvurulabilecek ayrı bir kanun yolu bulunmamakta olup ancak esas kararlar birlikte temyiz ya da istinaf konusu edilebilirler. Taraflarca bilirkişinin reddi yönünde yapılan “*itirazın bir kararlar sonuca bağlanması gerekirken, bu konuda herhangi bir karar verilmeden bu kişilerden oluşan bilirkişi kurulunca düzenlenen rapora dayanılarak*” davanın karara bağlanması hukuka aykırılık oluşturur.<sup>81</sup>

Bağımsız ve tarafsızlık unsuru bilirkişilik müessesesini, uyuşmazlığın taraflarınca dosyaya eklenen uzman mütalaalarından ayırmaktadır.<sup>82</sup> HMK'nın 293. maddesine göre, taraflar dava konusu olayla ilgili olarak, uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler. Tarafların dava konusu uyuşmazlıkla ilgili olarak temin ettikleri uzman görüşlerinde tıpkı bilirkişi raporlarında olduğu gibi, çözümü hukuk bilgisi dışında kalan ve uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren konularda bilimsel nitelikte açıklama ve kanaatler yer alır. Buna karşılık, uzman görüşü mahkemece resen temin edilmemekte olup taraflarca dosyaya ikame edilir. Bunun sonucu olarak, uzman görüşlerinin tarafsızlık yönü bilirkişi raporlarına nazaran zayıftır. Zira, uzman görüşleri temelde uyuşmazlığın çözümünde hâkime yardımcı olmaktan ziyade davanın kendilerini ikame eden tarafın lehine sonuçlanmasını hedeflemektedir.

<sup>80</sup> Karar kural olarak heyet tarafından verilmekte ise de heyetin bu hususta karar verme yetkisini naip üyeye devretmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir. (Özdemir, s. 405.) Bu yöndeki kararlar için bkz. Danıştay 6. Dairesi, T. 05.11.2018, E. 2013/3571, K. 2018/8812; Danıştay 6. Dairesi, T. 05.11.2018, E. 2017/5782, K. 2018/8822 aktaran Özdemir, s. 409-410.

<sup>81</sup> Danıştay 6. Dairesi, T. 21.01.1985, E. 1984/976, K. 1985/110, www.legalbank.net (Erişim: 10.10.2024). Bu yöndeki başka bir karar için Danıştay 6. Dairesi, T. 05.11.2018, E. 2013/3571, K. 201/8812; Danıştay 5. Dairesi, T. 19.04.2017, E. 2016/17420, K. 2017/10826; Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi, 2. İdari Dava Dairesi, T. 08.11.2018, E. 2018/1232, K. 2018/3571 aktaran Özdemir, s. 396.

<sup>82</sup> Uzman görüşü kavramı öğretide; “tarafların kendisinin belirlediği özel veya teknik konuda aldığı görüş” şeklinde tanımlanmıştır. (Hakan Pekcanitez, “Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi” in Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 397.)

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun [TMK] 1. maddesi uyarınca hâkimin bilimsel görüşlerden yararlanması çerçevesinde uzman görüşleri tarafından serbestçe değerlendirilir.<sup>83</sup> Nitekim hukuk yargılamalarında uzman görüşü, bu görüşü sunan davacı taraf açısından yazılı belgeye bağlı bir beyan niteliğinde kabul edilmektedir.<sup>84</sup> Bunun anlamı ise, uzman görüşünde yer alan maddi vakıaların, dava dilekçesinde ileri sürülen vakıalar gibi bağlayıcı etkisinin bulunmasıdır.<sup>85</sup> Bilirkişi raporu ile uzman görüşün arasındaki çelişkinin giderilmesi amacıyla yeni bir bilirkişi raporu alınması hukuki dinlenilme hakkıyla ilişkilendirilmiştir.<sup>86</sup>

Yargıtay yerleşik içtihadında dosyaya sunulan uzman görüşünün hâkim tarafından dikkate alınmasının bir zorunluluk olduğunu, taraflarca ikame edilen uzman görüşü ile dosyada bulunan bilirkişi raporu arasında çelişki bulunması durumunda yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle bu durumun giderilmesi gerektiğini ortaya koymuştur.<sup>87</sup> İYUK'un 31. maddesinde HMK'ya yapılan atıf doğrultusunda idari yargılama usulünde uzman görüşünün benzer hukuki değerinin bulunduğu kabulü gerekir.<sup>88</sup> Danıştay resen araştırma ilkesi doğrultusunda uzman görüşünün dosyadaki bilgi ve belgelerle birlikte değerlendirileceğini kabul etmektedir.<sup>89</sup> Uzman görüşünün hükme esas alındığı durumlarda, bilirkişi raporu gibi incelenmesi ve bu görüş dayanak alınarak hüküm kurulabilmesi gerekir.<sup>90</sup> Ayrıca uzman görüşü-

<sup>83</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 424.

<sup>84</sup> Cenk Akil, "Medeni Yargılama Hukukunda Mahkeme Tarafından Atanan Bilirkişi-Uzman Tanık Ayrımı", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 2011, S. 2, s. 174; Kayılıoğlu, s. 25.

<sup>85</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 15.03.2022, E. 2022/2237, K. 2022/3385, www.kazanci.com.tr (Erişim: 03.10.2024).

<sup>86</sup> Özdemir, s. 558; Akil, s. 175.

<sup>87</sup> Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, T. 10.11.2016, E. 2015/5127, K. 2016/4635, www.kazanci.com.tr (Erişim: 02.10.2024).

<sup>88</sup> Tekin Akıllıoğlu, "Bilirkişi ve Doğru Yargılama" konulu Onar-Sarıca-Duran Hukuk Devleti Günü (5 Mart 2012) Sempozyum konuşması, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. 15, S. 2, 2012, s. 72; Yasin, s. 112-113. Aksi yöndeki görüş için bkz. Turan Yıldırım, Gül Fiş Üstün, *Açıklamalı Notlu İdari Yargılama Usulü Kanunu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 514.

<sup>89</sup> Danıştay 15. Dairesi, T. 22.06.2017, E. 2015/9988, K. 2017/4146; Danıştay 15. Dairesi, T. 31.10.2017, E. 2017/1276, K. 2017/6103, www.legalbank.net (Erişim: 13.10.2024).

<sup>90</sup> Danıştay 15. Dairesi, T. 20.04.2017, E. 2015/6915, K. 2017/1900, www.legalbank.net (Erişim: 18.10.2024).

şü sunulduktan sonraki bir tarihte dosyanın bilirkişiye gönderilmesi durumunda bilirkişi raporunda söz konusu uzman görüşüne yönelik değerlendirmelere yer verilmesi zorunludur.<sup>91</sup>

Tarafsızlık ve bağımsızlık bakımından tartışılan bir diğer hal kamu görevlilerinin bilirkişilik yapması ihtimaline yöneliktir. Danıştay bir kararında, kamu görevlilerinin görevli buldukları idare aleyhine açılan davalarda bilirkişilik yapmasının hukuka aykırılık oluşturacağını ifade etmiştir.<sup>92</sup> Özellikle merkezden yönetimin tek bir kamu tüzel kişisi olduğu gözetildiğinde, aynı idare içerisinde görev yapmama kuralının idari yargıda esnetilerek uygulanması bir ihtiyaçtır. Danıştay bazı kararlarında, bilirkişi olarak görevlendirilecek kamu görevlisinin dava konusu uyuşmazlığa yol açan idari birim ile aynı hiyerarşi içerisinde bulunmamasını yeterli bulmuşken<sup>93</sup> bilirkişinin davalı idare ile ilişkisinin olması halini geniş yorumladığı kararları da bulunmaktadır. Danıştay, belediye şirketinde görev yapan kişinin belediye aleyhine açılan davada bilirkişilik yapmasının mümkün olmadığına hükmetmiştir.<sup>94</sup>

Yargıtay ise bir kararda, dava sonucunda verilecek kararın sonuçlarından etkilenmesi mümkün olan bir kurumun çalışanı olan kamu görevlilerinin kurum aleyhine açılan davalarda bilirkişilik yapmasının mümkün olmadığına hükmetmiştir.<sup>95</sup> Bu tutumun kabulü, özellikle tıbbi uygulama hatası iddiasıyla Sağlık Bakanlığı aleyhine açılan davalarda Bakanlığa bağlı hastanelerde görevli hekimlerin bilirkişilik yapmalarının önünü tümüyle kapatacaktır.<sup>96</sup> Uygulamada ise adli ve

<sup>91</sup> Özdemir, s. 483.

<sup>92</sup> Danıştay 6. Dairesi, T. 23.06.2022, E. 2022/3162, K. 2022/7418, Danıştay Kararlar Dergisi, S. 11, s. 309. Bu yöndeki başka bir karar için bkz. Danıştay 8. Dairesi, T. 28.09.2017, E. 2017/6043, K. 2017/6765; Danıştay 8. Dairesi, T. 29.11.2004, E. 2004/1110, K. 2004/4576, www.legalbank.net (Erişim: 12.10.2024).

<sup>93</sup> Danıştay 8. Dairesi, T. 05.10.2010, E. 2008/1066, K. 2010/4990; Danıştay 8. Dairesi, T. 22.06.2007, E. 2006/1861, K. 2007/3999, www.legalbank.net (Erişim: 12.10.2024).

<sup>94</sup> Danıştay 6. Dairesi, T. 07.12.2017, E. 2013/3571 aktaran Özdemir, s. 377.

<sup>95</sup> Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, T. 18.11.2017, E. 2016/4766, K. 2018/14140, www.kazanci.com.tr (Erişim: 22.10.2024).

<sup>96</sup> Anayasa Mahkemesi de bir kararında asker kişinin davacı olduğu uyuşmazlıkta bilirkişi raporunun GATA'dan alınmasının tarafsızlığa zarar vereceğini ortaya koymuştur. (Anayasa Mahkemesi, Batuhan Yılmaz, T. 28.06.2018, B.No: 2015/6071, www.anayasa.gov.tr (Erişim: 22.10.2024).)

idari yargı mercileri tıbbi uygulama hatalarına yönelik uyuşmazlıklarda dosyayı eğitim ve araştırma hastanelerinde görev yapan hekimlere göndermektedir.

Yargı mercilerinin kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına yönelik tutumu ise daha esnektir. Danıştay Türk Mimar ve Mühendisler Odaları Birliği tarafından açılan davada, dosyanın bilirkişi incelemesi yapılmak üzere anılan Birliğin üyesine gönderilmesinin usule aykırılık oluşturmayacağına hükmetmiştir.<sup>97</sup>

Bir diğer ilke olarak, bilirkişi görevi bizzat yerine getirmekle yükümlüdür. Görevinin icrasını kısmen yahut tamamen başka bir kimseye devredemez.<sup>98</sup> Bilirkişilik mesleki ve bireysel niteliklerin ön plana çıktığı bir görev olduğundan doğası gereği, icrası kısmen ya da tamamen başka kimselere bırakılacak faaliyetlerden değildir.<sup>99</sup>

Bilirkişi görevi sebebiyle kendisine tevdi edilen bilgi ve belgelerin veya öğrendiği sırların gizliliğini sağlamakla yükümlüdür. HMK'nın 277. maddesi ve 6754 sayılı Kanun'un 3. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca bilirkişi, görevi sebebiyle yahut görevini yerine getirirken öğrendiği sırları saklamakla yükümlüdür. Bu yükümlülük, bilirkişilik görevi sona erdikten sonra da devam eder. Sır saklama yükümlülüğüne aykırı hareket edilmesi Türk Ceza Kanunu'nun 258. maddesi uyarınca suç teşkil etmektedir. Bu yükümlülüğünün bir uzantısı olarak bilirkişilik faaliyetleri kapsamında öğrenilen sır niteliğindeki bilgilerin, bilirkişinin kendisinin yahut üçüncü kişilerin yararına kullanması yasaktır.<sup>100</sup>

Son olarak, bilirkişilik faaliyetlerinden kaynaklanan zararlar nedeniyle doğacak sorumluluk bakımından bilirkişilerin kısmi bir bağışıklığı bulunur. Bilirkişinin sorumluluğu hususunda İYUK'ta ayrı bir düzenleme bulunmamakta olup İYUK'un 31. maddesinde yapılan atıf doğ-

<sup>97</sup> Danıştay 6. Dairesi, T. 30.04.2019, E. 2018/2281 aktaran Özdemir, s. 395.

<sup>98</sup> Danıştay 7. Dairesi, T. 27.04.2000, E. 1999/3224, K. 2000/1363, www.legalbank.net (Erişim: 13.10.2024).

<sup>99</sup> Serkan Çınarlı, "Bilirkişi Raporunun İdare Hukuku Açısından Delil Değeri", XVI Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu- Tıp Hukukunda Bilirkişilik, İzmir Barosu Yayınları, İzmir, 2018, s. 59; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 431; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 531.

<sup>100</sup> Özdemir, s. 438.



rultusunda bilirkişinin sorumluluğunda HMK hükümleri uygulanmaktadır.<sup>101</sup> HMK'nın 285. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, bilirkişinin kasten veya ağır ihmâl suretiyle düzenlemiş olduğu gerçeğe aykırı raporun mahkemece hükme esas alınması sebebiyle ilgililerin zarar görmesi durumunda, Devlet'e karşı tazminat davası açılması mümkündür. Hafif ihmâl oluşturacak haller bilirkişilerin sorumluluğunun kapsamı dışındadır. Öte yandan, sorumluluğun doğabilmesi için, bilirkişi raporunun hükme esas alınmış olması koşulu öngörülmüştür.

HMK'nın 285. maddesi uyarınca, Devlet ödediği tazminatı sorumlu bilirkişiye bir yıl içerisinde rücu eder.<sup>102</sup> HMK'nın 286. maddesine göre rücu, tazminat davasını kararı bağlamış mahkeme önünde dava açılarak gerçekleştirilmektedir. İdari yargıda yürütülen bilirkişilik faaliyetinden doğan sorumluluğa yönelik tazminat davasının hangi mahkeme önünde dava konusu edileceği ayrı bir tartışma konusudur. Şöyle ki, adli yargı içerisinde gerçekleştirilen bilirkişilik faaliyetinden doğan sorumluluğa yönelik tazminat davalarının adli yargıda çözümlenmesi esası benimsenmiştir. Tazminat davası bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay tarafından karara bağlanır. Öğretide bir görüş, İYUK'un 31. maddesinde HMK'ya yapılan atfı lafzen uygulamak suretiyle idari yargıda yürütülen bilirkişilik faaliyetlerinden doğan sorumluluk bakımından tazminat davalarının bölge adliye mahkemesi ya da Yargıtay önünde açılması gerektiğini kabul etmektedir.<sup>103</sup> Kanaatimizce daha isabetli olan ve İYUK madde 31 hükmünde yapılan atıfların idari yargılama usulüne uygun şekilde yorumlanması gerektiğini savunan diğer görüş ise, bu davaların idari yargı içerisinde, yani bölge idare mahkemesi yahut Danıştay önünde tam yargı davası olarak açılması gerektiğini savunmaktadır.<sup>104</sup>

### 3. Bilirkişilik Faaliyetinin Tabi Olduğu Usul

Bilirkişilik faaliyetinin tabi olduğu usule yönelik olarak İYUK'ta açık bir düzenleme bulunmamakta olup HMK hükümleri uygulanır.

<sup>101</sup> Aslan vd., s. 387; Yasin, s. 131.

<sup>102</sup> Devlet'in rücu edip etmeme hususunda takdir yetkisinin bulunmamakta olup, rücu zorunludur. (Candan, s. 860.)

<sup>103</sup> Candan, s. 860; Aslan vd., s. 387.

<sup>104</sup> Yasin, s. 132-133.

(a) Ancak, idari yargının hukukunun kendine has özellikleri bilirkişilik müessesesi bakımından özellikli uygulamaları gerektirmektedir.

(b)

#### a. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Düzenlenen Genel Usul

HMK'nın 266. maddesine göre mahkeme, **çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren** hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir.<sup>105</sup> Tarafların istemi üzerine bilirkişi görüşü alınabileceği gibi gerekli görülmesi durumunda bu hususa resen de karar verebilir.<sup>106</sup> Öğretide davaya katılan kişilerin de bilirkişi incelemesi talebinde bulunabilecekleri ileri sürülmektedir.<sup>107</sup>

Bilirkişi isteminin taraflarca yapılması durumunda, mahkemece bilirkişi raporu alınması zorunlu olmayıp herkesin bilmesi gereken genel nitelikte bilgilerle veya hakimlik mesleği gereği sahip olunan hukuki veya genel bilgilerle çözümlenemeyeceği mahkemece takdir edilen hususlarda bilirkişi görüşüne başvurulabilecektir.<sup>108</sup> Uygulamada mahkemeler salt taraflarca yapılan istemi dayanak göstererek dosyayı bilirkişiye göndermemektedir.<sup>109</sup> Buna karşılık, özel kanunlarda düzenlenen bazı hallerde bilirkişi görüşü alma hususunda mahkemenin takdir yetkisi bulunmamaktadır. Söz gelimi, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 15. maddesi uyarınca, kamulaştırmaya konu olan yerin cins ve niteliğine göre en az üç kişilik bilirkişi kurulunun oluşturulması zorunludur. Bunun yanında, Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik uyarınca belirlenen ecrimisil tutarının dava konusu edildiği hallerde dosyanın bilirkişiye gönderilerek doğrulanması gerektiği Danıştay tarafından kabul edilmektedir.<sup>110</sup>

<sup>105</sup> Danıştay 14. Dairesi, T. 17.09.2013, E. 2011/15433 K. 2013/6044, www.legalbank.net (Erişim: 12.10.2024).

<sup>106</sup> Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, T. 29.03.2017, E. 2016/1327, K. 2017/177; Danıştay 9. Dairesi, T. 11.09.2015, E. 2015/5600, K. 2015/8646, www.kazanci.com.tr (Erişim: 16.10.2024).

<sup>107</sup> Kayılıoğlu, s. 53.

<sup>108</sup> Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 1552; Yıldırım/Üstün, s. 507; Kayılıoğlu, s. 71.

<sup>109</sup> Özdemir, s. 247.

<sup>110</sup> Danıştay 17. Dairesi, T. 03.03.2015, E. 2015/830, K. 2015/311; Danıştay 10. Dairesi, T. 30.05.2017, E. 2016/6309, K. 2017/2784, www.legalbank.net (Erişim: 15.10.2024).

Bilirkişi görüşünün alınmasına, tek hakimle görülen davalar dışında, heyet halinde karar verilir.<sup>111</sup> Verilen bu karar sonrasında, bilirkişi incelemesinin takibi için naip üye belirlenir.<sup>112</sup> İdari yargıda dava açılmadan önce gerçekleştirilen delil tespiti faaliyetleri kapsamında, adli yargı mercileri eliyle de bilirkişi görüşü alınması mümkündür.<sup>113</sup> Ancak, idari dava görülürken adliye mahkemelerince bilirkişi incelemesi yaptırılamaz.<sup>114</sup>

HMK'nın 273. maddesine göre, bilirkişinin görevlendirilmesine ilişkin kararda, bütün sınırlarıyla ve açıkça inceleme konusuna, bilirkişinin cevaplaması gereken sorulara, raporun tamamlanma süresine yer verilmesi zorunludur. Bu görevlendirme kararı taraflara ve bilirkişiye tebliğ edilir. Bilirkişiye tevdi edilecek görevlendirme yazısında, davanın konusunun özeti, uyuşmazlığın hangi yönlerden özel ve teknik bilgi gerektirdiği, bilirkişinin hukuki yorum ve değerlendirme yapmadan belirtilen konu sınırları dahilinde görüş vermesi gerektiği hususlarının ayrı ayrı belirtilmesi gerekmektedir. Diğer yandan, dosyanın bilirkişi veya heyetine teslim edilip edilmeyeceği; bilirkişilik faaliyetlerinin hangi koşullarda ve ne şekilde yapılacağı naip üye tarafından takdir edilmektedir.<sup>115</sup>

Mahkeme, bilirkişi olarak, yalnızca bir kişiyi görevlendirebilir. Ancak, gerekçesi gösterilerek, tek sayıdaki birden fazla kişiden oluşan heyetin görevlendirilmesi mümkündür.<sup>116</sup> Danıştay uyuşmazlık ko-

<sup>111</sup> İstinabe yoluyla bilirkişi görevlendirilemeyeceği kabul edilmektedir. (Danıştay 6. Dairesi, T. 08.05.1991, E. 1990/7429, K. 1991/1027, www.kazanci.com.tr (30.09.2024).)

<sup>112</sup> Kayılioğlu, s. 72.

<sup>113</sup> Danıştay 10. Dairesi, T. 21.03.2016, E. 2015/1604, K. 2016/1577; Danıştay 15. Dairesi, T. 09.11.2015, E. 2012/10142, K. 2015/7258; Danıştay 3. Dairesi, T. 29.01.2008, E. 2007/4285, K. 2008/223, www.legalbank.net (Erişim: 20.10.2024); Danıştay 10. Dairesi, T. 08.02.1990, E. 1988/2340, K. 1990/203 aktaran Deryal, "Bilirkişilik", s. 431; Danıştay. 10. Dairesi, T. 11.05.1970, E. 1965/3483, K. 1966/1189, www.legalbank.net (Erişim: 20.10.2024).

<sup>114</sup> Danıştay 6. Dairesi, T. 09.03.1995, E. 1994/3089, K. 1995/925, *Danıştay Dergisi*, S. 91, s. 603.

<sup>115</sup> Özdemir, s. 306.

<sup>116</sup> "...bilirkişinin bir veya üç olarak seçilmesi usul icabı bulunmasına ..."; (Danıştay 5. Dairesi, T. 12.03.1952, E. 1951/3367, K. 1952/721, *Danıştay Kararlar Dergisi*, S. 54-57, s. 390.) Bu yöndeki kararlar için bkz. Danıştay 2. Dairesi, T. 21.12.2016, E. 2016/7765, K. 2016/6219, *Danıştay Dergisi*, S. 145, s. 343; Danıştay 8. Dairesi, T. 11.12.2015, E. 2014/45244, K. 2015/11945, *Danıştay Dergisi*, S. 141, s. 276.

nusunun birden fazla alanın uzmanlık bilgisini gerektirdiği hallerde heyet görevlendirilmesini, tek bilirkişi raporunun yetersiz olduğunu kabul etmektedir.<sup>117</sup>

Bilgisine başvuru alan bilirkişi, kendisine tevdi olunan görevin uzmanlık alanına girmediğini veya görevi kabulden kaçınmasını haklı kılacak mazeretini bir hafta içinde görevlendirmeyi yapan mahkemeye bildirir. Ayrıca, taraflar da uzmanlık yönünden bilirkişiye itirazda bulunabileceği gibi mahkeme de resen vereceği bir ara kararla bilirkişiyi değiştirebilir.<sup>118</sup> Davadaki gelişmeler ile dosyaya ikame edilen bilgi ve belgeler dikkate alınarak daha sonradan ek bilirkişi görevlendirilebilir.<sup>119</sup>

Bilirkişi görevini mahkemenin sevk ve idaresi altında yürütür. Görev alanı veya sınırları hakkında tereddüde düşerse, bu tereddüdünün giderilmesini mahkemeden isteyebilir; sorulara yönelik belirsizliklerin giderilmesi mahkemenin yükümlülüğündedir.<sup>120</sup> Bilirkişi, incelemesini gerçekleştirirken ihtiyaç duyarsa, mahkemenin de uygun bulması kaydıyla, tarafların bilgisine başvurabilir;<sup>121</sup> bazı kayıt ve belgelerin getirilmesi veya başka bir bilirkişinin iş birliğine ihtiyaç duyuyorsa, bunun sağlanması için, mahkemeye bilgi verebilir veya talepte bulunabilir. Ayrıca, görüşünü açıklayabilmesi için bir şey üzerinde inceleme ya da keşif yapması zorunlu ise mahkeme kararı ile gerekli incelemeyi yapabilir.<sup>122</sup> Ancak bütün bu yetkilerin mahkeme aracılığıyla kullanılabilmesi mümkün olup mahkeme kararı olmaksızın inceleme yapılamaz.<sup>123</sup>

HMK'nın 169. maddesinde bilirkişinin duruşmada hazır bulunarak görüş sunabileceği öngörülmüşse de yazılı yargılama usulünün kural olduğu idari yargıda bilirkişinin duruşmada dinlenmesi müm-

<sup>117</sup> Danıştay 14. Dairesi, T. 24.01.2017, E. 2016/1093, K. 2017/262; Danıştay 13. Dairesi, T. 18.10.2012, E. 2011/2211, K. 2012/2522, [www.legalbank.net](http://www.legalbank.net) (Erişim: 13.10.2024). Bu yöndeki Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, T. 19.04.2013, E. 2012/9510, K. 2013/8405, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Erişim: 13.09.2024).

<sup>118</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 428.

<sup>119</sup> Özdemir, s. 262.

<sup>120</sup> Ulukapı, s. 195.

<sup>121</sup> Özdemir, s. 447.

<sup>122</sup> Danıştay 8. Dairesi, T. 20.12.1991, E. 1991/829, K. 1991/2026, *Danıştay Dergisi*, S. 84-85, s. 542.

<sup>123</sup> Candan, s. 854; Özdemir, s. 442. Uygulamada bu sürecin yönetimi ve denetimi naip üye tarafından sağlanmaktadır (Özdemir, s. 305.).

kün değildir. Öğretide Yıldırım ve Üstün, idari yargıda yazılı yargılama usulü uygulanmakta ise de sözlü açıklamaların yapılabileceğini ileri sürmüştür. Buna göre, yapılan keşif sırasında bilirkişinin oy ve görüşü sözlü olarak alınabilecektir.<sup>124</sup> Kayılioğlu ise, idari yargı mercilerinin kendiliğinden duruşma yapılmasına karar verebileceğini; bu doğrultuda duruşma açılarak bilirkişinin davet edilmesinde bir sakınca bulunmadığını belirtmiştir.<sup>125</sup>

Bilirkişi raporunun hazırlanması için verilecek süre üç ayı geçmez. Bilirkişinin talebi üzerine, kendisini görevlendiren mahkeme gerekçesini göstererek bu süreyi üç ayı geçmemek üzere uzatabilir. İvedi yargılama usullerine tabi davalarda süre kısaltılabilir. Belirlenen süre içinde raporunu vermeyen bilirkişi görevden alınıp, yerine bir başka kimse görevlendirilebilir.

İdari yargıda bilirkişi görüşü yazılı olarak verilmektedir.<sup>126</sup> HMK'nın 279. maddesine göre, bilirkişi raporunda, tarafların ad ve soyadları, bilirkişinin görevlendirildiği hususlar, gözlem ve inceleme konusu yapılan maddi vakıalar, gerekçe ve varılan sonuçlarla, bilirkişiler arasında görüş ayrılığı varsa bunun sebebi,<sup>127</sup> düzenlenme tarihi ve bilirkişinin imzasının bulunması gerekir.<sup>128</sup> Bilirkişi, raporunu varsa kendisine incelenmek üzere teslim edilen şeylerle birlikte mahkemeye verir. Mahkemeye sunulan raporda daha sonradan değişiklik yapılması kural olarak mümkün değildir.<sup>129</sup>

HMK'nın 281. maddesine göre, taraflar bilirkişi raporunun, kendilerine tebliği tarihinden itibaren iki hafta içinde, raporda eksik gördükleri hususların bilirkişiye tamamlattırılmasını; belirsizlik gösteren hususlar

<sup>124</sup> Yıldırım/Üstün, s. 513.

<sup>125</sup> Kayılioğlu, s. 114. Aynı yönde görüş için bkz. Candan, s. 854.

<sup>126</sup> Bilirkişi görüşünün sözlü şekilde verilebileceği, bu görüşün naip üye tarafından tutanak altına alınabilmesine yönelik görüş için bkz. Özdemir, s. 460.

<sup>127</sup> Çoğunluk görüşüne katılmayan bilirkişilerin ayrı rapor düzenlemesinin mümkün olmadığı kabul edilmektedir. (Danıştay 6. Dairesi, T. 20.05.2003, E. 2003/260, K. 2003/3174, www.kazanci.com.tr (Erişim: 01.10.2024))

<sup>128</sup> Bilirkişi raporunda bulunması gereken hususların içeriği Adalet Bakanlığınca hazırlanan Bilirkişilerin Uyacağı Rehber İlkeler ve Bilirkişi Raporlarında Bulunması Gereken Standartlar başlıklı metinde de kapsamlı olarak açıklanmıştır.

<sup>129</sup> Yahya Deryal, "Bilirkişiden Ek Rapor İstenmesi ve Yeni Bilirkişi İncelemesi", XVI Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu- Tıp Hukukunda Bilirkişilik, İzmir Barosu Yayınları, İzmir, 2018, s. 21; Ulukapı, s. 198.

hakkında ise bilirkişinin açıklama yapmasının sağlanmasını veya yeni bilirkişi atanmasını mahkemeden talep edebilirler.<sup>130</sup> Buna karşılık, idari yargıda geçerli olan resen araştırma ilkesinin bir gereği olarak, karar verilmeye kadarki tüm aşamalarda bilirkişi raporuna itiraz edilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir.<sup>131</sup> Davanın taraflarının yanında katılanın da bilirkişi raporuna itiraz edebileceği savunulmaktadır.<sup>132</sup> Bilirkişi raporuna itiraz süresi içerisinde yahut itiraz edilmesi durumunda itiraz süresinin dolması beklenmeden yahut itiraz görüşülmeden hüküm kurulması bozma sebebi kabul edilmektedir.<sup>133</sup>

İtiraz üzerine dosyanın yeniden bilirkişiye gönderilmesi mahkemenin takdirindedir.<sup>134</sup> Bilirkişi raporunda eksiklik veya belirsizlik bulunduğu iddiasıyla yapılan itirazlarda usul ekonomisi ilkesi gereği mahkemenin öncelikli olarak aynı bilirkişi veya bilirkişi heyetinden itiraza konu hususların açıklığa kavuşturulmasına karar verilmesi; bilirkişi veya bilirkişi heyetinin uzmanlığının yahut rapor içeriğinin sorgulandığı hallerde ise dosyanın yeni bir bilirkişiye gönderilmesi gerektiği savunulmaktadır.<sup>135</sup>

Mahkeme de resen bilirkişi raporundaki eksiklik yahut belirsizliğin tamamlanması veya açıklığa kavuşturulmasını sağlamak için, yeni sorular düzenlemek suretiyle ek rapor alabileceği gibi, gerçeğin ortaya çıkması için gerekli görürse, yeni görevlendireceği bilirkişi aracılığıyla inceleme yaptırabilir. 6754 sayılı Kanun aynı konuda sadece bir rapor alınmasını öngörmüşse de Kanun'un 3. maddesinde mahkemenin rapordaki eksiklik veya belirsizliğin giderilmesi için ek rapor isteyebile-

<sup>130</sup> Danıştay 8. Dairesi, T. 25.06.1997, E. 1995/3742, K. 1995/2289, www.kazanci.com.tr (Erişim: 21.10.2024).

<sup>131</sup> Kayılıoğlu, s. 121.

<sup>132</sup> Muhammed Erdal, İdari Yargıda Fer'i Müdahale, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 144.

<sup>133</sup> Danıştay 15. Dairesi, T. 12.10.2017, E. 2013/1184, K. 2017/5499, *Danıştay Dergisi*, S. 147, s. 339. Danıştay 2. Dairesi, T. 05.11.2013, E. 2013/7021, K. 2013/7367; Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, T. 30.09.2009, E. 2008/10, K. 2009/415; Danıştay 3. Dairesi, T. 23.09.2008, E. 2007/3599, K. 2008/2790; Danıştay 7. Dairesi, T. 26.11.1985, E. 1985/1784, K. 1985/2827, www.legalbank.net (Erişim: 17.10.2024); Danıştay 7. Dairesi, T. 26.11.1985, E. 1985/1784, K. 1985/2827, *Danıştay Dergisi*, S. 62-63, s. 314.

<sup>134</sup> Taraflarca itirazda bulunulması durumunda dosyanın bilirkişiye gönderilmesinin zorunlu olduğuna yönelik görüş için bkz. Deryal, "Ek Rapor", s. 33.

<sup>135</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 434; Candan, s. 861; Deryal, "Ek Rapor", s. 41.

ceği düzenlenmiştir. Bu ek rapor önceki rapor ile birlikte değerlendirilmekte olup onun tamamlayıcısı niteliğindedir. Böyle bir ihtimalde, mahkemece ek rapor alınmaksızın bilirkişi raporu göz ardı edilerek davanın karara bağlanması hukuka aykırılık oluşturur.<sup>136</sup>

### **b. Bilirkişilik Faaliyetinin İdari Yargılama Hukukunda Gösterdiği Özellikli Haller**

İdari yargılama usulünde dosyanın bilirkişiye gönderilmesine ve bilirkişilerin belirlenmesine yönelik kararlar ara karar niteliğinde olup yargılamayı nihai olarak sonlandırılmaz.<sup>137</sup> 2577 sayılı Kanun'da istisnai olarak düzenlenmiş olanlar dışındaki<sup>138</sup> ara kararlara karşı başvurulabilecek bir kanun yolu yoktur.

Öte yandan, 2577 sayılı Kanun'daki istisnai haller dışında idari yargıda ara kararların taraflara tebliğ edilmesine yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Bilirkişilik müessesesine yönelik ara kararların taraflara tebliğ edilmemesi durumunda bir yandan mahkemece görevlendirilen bilirkişinin objektifliği, tarafsızlığı yahut uzmanlığı bakımından tarafların itirazda bulunma imkânı zayıflayacak; diğer yandan nihai karara etki edecek olan bilirkişi görüşüne vakıf olunamaması sebebiyle taraflar söz konusu rapora yönelik iddia, savunma ve itirazlarını ileri sürmekten yoksun kalacaktır. Dolayısıyla, bilirkişi görevlendirme kararlarının ve bilirkişilerce hazırlanan raporun taraflara tebliğ edilmesi adil yargılama hakkının gereklerinin sağlanabilmesi adına önem taşır.

Başta bilirkişilik müessesesine yönelik olanlar olmak üzere, ara kararların taraflara tebliğine yönelik olarak Danıştay'ın yerleşik hale gelmiş bir içtihadının bulunduğunu söylemek mümkündür. İlk olarak Danıştay, dosyanın bilirkişiye gönderilmesine yönelik karar ile bilirkişinin belirlenmesine dair kararın taraflara tebliğinin zorunlu olduğunu; tebliğat yapılmadan alınan bilirkişi raporuna dayanılarak hüküm kurulmasının hukuka aykırı olduğunu ifade etmiştir. Danıştay gerekçesinde, "... *re'sen seçilen bilirkişi isimlerinin taraflara, bilirkişilerin seçiminden sonra, fakat bilirkişi incelemesine başlanulmasından önce bildirilmesinin usuli bir zorunlu-*

<sup>136</sup> Danıştay 3. Dairesi, T. 19.11.1990, E. 1990/724, K. 1990/3170, *Danıştay Dergisi*, S. 82-83, s. 207.

<sup>137</sup> Özdemir, s. 258 vd.

<sup>138</sup> Söz gelimi ara karar niteliğinde olan yürütmenin durdurulması istemlerine yönelik kararlara karşı itiraz yolu.



*luk olduğu açıktır*” ifadelerine yer vermiş olduğu kararında; bilirkişilerin görevlendirilmesi kararından sonra taraflara kimlerin bilirkişi olarak görevlendirildiği tebliğ edilmeden elde edilen bilirkişi raporunun hükme esas alınmasında hukuka uyarlık bulunmadığına karar vermiştir.<sup>139</sup> Danıştay taraflara tebliğ edilenden farklı bir bilirkişinin dosyaya görüşünü sunmasının da hukuka aykırılık oluşturacağına hükmetmiştir.<sup>140</sup>

Kararın mefhumu muhalifinden, taraflara tebliğ edilmemiş karara dayanılarak yapılan bilirkişi incelemesi sonucunda düzenlenen raporun hükme esas alınmaması halinde salt bu raporun taraflara tebliğ edilmemiş olması bozmayı gerektirmemelidir. Aksi durum usul ekonomisi ilkesiyle bağdaşmayacaktır. Resen yahut itiraz üzerine bilirkişinin değişmesi halinde de duruma ilişkin ara kararın taraflara tebliğ edilmesi gerektiğine hükmedilmiştir.<sup>141</sup>

İdari yargıda bilirkişi raporu mahkemeye sunulmakta olup bu raporun taraflara tebliğini öngören bir düzenleme bulunmamaktadır. Danıştay bilirkişi raporunun taraflara tebliğ edilmemiş olmasını, bilirkişi raporunu dayanak alarak kurulan mahkeme kararları için tek başına bozma sebebi olarak kabul etmektedir<sup>142</sup>. Hükme esas alınan bilirkişi raporunun taraflara tebliğ edilmemesi ve taraflara bu rapora karşı iddia ve itirazlarını etkin bir şekilde ileri sürme imkânı tanınmaması Anayasa Mahkemesi tarafından silahların eşitliği ilkesine ve adil yargılanma hakkına aykırı bulunmuştur.<sup>143</sup> Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de nihai karara etkisi olan ara kararlar taraflara tebliğ edilmeden hüküm kurulmasının adil yargılanma hakkının ihlaline sebep olacağını ortaya koymuştur.<sup>144</sup>

<sup>139</sup> Danıştay 13. Dairesi, T. 22.02.2010, E. 2009/691, K. 2010/1497, www.legalbank.net (Erişim: 15.10.2024); Danıştay 6. Dairesi, T. 24.06.1993, E. 1992/3026, K. 1993/2650, www.kazanci.com.tr (Erişim: 19.10.2024).

<sup>140</sup> Danıştay 6. Dairesi, T. 26.12.1984, E. 1984/738, K. 1984/3344, www.kazanci.com.tr (Erişim: 20.10.2024).

<sup>141</sup> Danıştay 6. Dairesi, T. 26.12.1984, E. 1984/738, K. 1984/3344, www.legalbank.net (Erişim: 15.10.2024).

<sup>142</sup> Danıştay 5. Dairesi, T. 20.10.2015, E. 2015/4089, K. 2015/8104, www.legalbank.net (Erişim: 14.10.2024).

<sup>143</sup> Anayasa Mahkemesi, İdris Tan Kamer ve Mustafa Aycan, T. 19.11.2020, B.No: 2018/20175, www.anayasa.gov.tr (Erişim: 13.10.2024).

<sup>144</sup> Meral / Türkiye, T. 27.11.2007, B.No: 33446/02, www.hudoc.echr.coe.int (Erişim: 20.10.2024).

Bilirkişi raporunun taraflara tebliğ edilmesi, tam yargı davalarında, İYUK'un 16. maddesinde düzenlenen miktar artırımı müessesesiyle de ilişkilidir. Tam yargı davalarının tarafları çoğu zaman tazminat ödenmesinin koşulu olan, idarenin sorumluluğunun bulunup bulunmadığını, kusurun ağırlığı ile idareye ne ölçüde atfedilebilir olduğu gibi hususları bilirkişi raporu üzerine öğrenebilmektedir. Diğer yandan, davacının gerçek zararı ile ödenecek olan tazminat miktarı da çoğu zaman mahkemece görevlendirilen hesap bilirkişileri tarafından tespit edilmektedir. Davacının gerek açmış olduğu davanın haklılığını ve gerek gerçek zararını öğrenmesi halinde miktar artırımı yapması mümkün olacaktır. Miktar artırımı imkanının etkili ve doğru kullanımını adına bilirkişi raporunun taraflara tebliğ edilmesi zorunlu olup aksi durum hak kayıplarına sebep olabilecektir.<sup>145</sup> Danıştay da bilirkişi raporunun taraflara tebliği ile miktar artırımı hakkının kullanılabilmesi arsındaki yakın ilişkiyi açıkça ortaya koymuştur.<sup>146</sup>

Buna karşılık, idari yargıda dava açılmadan önce delil tespiti faaliyetleri kapsamında adli yargı mercileri eliyle alınan bilirkişi raporları, adli yargı sürecinde kesinleştiğinden, idari yargı mercileri tarafından bu raporların tekrar tebliğ edilmesi gerekmemektedir.<sup>147</sup> Danıştay söz konusu raporların uyuşmazlığın çözümü için gerekli teknik bilgi ve içeriğe sahip olması durumunda hükme esas alınması gerektiğini kabul etmektedir.<sup>148</sup>

Bilirkişi raporunun duruşmalı görülen davalarda duruşmanın yapılmasından önce, duruşmasız görülen davalarda ise karar aşamasına geçilmeden önce taraflara tebliğ edilmesi gerekir.<sup>149</sup> Ayrıca, İYUK madde 31 hükmünün atıf yapmış olduğu HMK'nin 68. maddesinin

<sup>145</sup> Aynı yöndeki görüş için bkz. Özdemir, s. 513.

<sup>146</sup> Danıştay 5. Dairesi, T. 20.10.2015, E. 2015/4089, K. 2015/8104, www.legalbank.net (Erişim: 25.10.2024).

<sup>147</sup> Danıştay 9. Dairesi, T. 06.11.2014, E. 2014/6279, K. 2014/7222, www.kazanci.com.tr (Erişim: 16.10.2024).

<sup>148</sup> Danıştay 10. Dairesi, T. 21.03.2016, E. 2015/1604, K. 2016/1577, www.legalbank.net (Erişim: 18.10.2024). Buna karşılık, söz konusu raporların değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunda mahkemenin takdir yetkisinin bulunduğu kabul edildiği aksi yönde Danıştay kararları da bulunmaktadır. (Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, T. 16.05.2012, E. 2010/595, K. 2012/194, www.kazanci.com.tr (Erişim: 18.10.2024).)

<sup>149</sup> Yıldırım/Üstün, s. 514. Bu yöndeki karar için bkz. Danıştay 7. Dairesi, T. 26.11.1985, E. 1985/1784, K. 1985/2827, *Danıştay Dergisi*, S. 62-63, s. 314.

ikinci fıkrası uyarınca gerek bilirkişi görevlendirmesine yönelik kararlar ve gerek bilirkişi tarafından tesis edilen rapor uyumsuzluğunun taraf- larının yanında katılana da tebliğ edilir.

## B. Bilirkişilik Faaliyetinin İdari Yargılama Hukukunda Yarattığı Etkiler

HMK'nın 282. maddesine göre hâkim, bilirkişinin oy ve görüşünü diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirir. Bilirkişi oy ve görüşü bağlayıcı nitelik taşımamakta olup takdiri delil niteliğinde olduğu kabul edilmektedir.<sup>150</sup>

Hâkim, bilirkişinin oy ve görüşünü diğer delillerle birlikte serbest- çe değerlendirir.<sup>151</sup> Bu husus Danıştay tarafından,

*“...teknik bilgiye sahip bilirkişilerce ortaya konulan tespit ve veriler doğrul- tusunda raporda varılan sonuçtan farklı bir sonuca varılması halinde, söz konusu farklılığın gerekçelendirilmesi suretiyle rapor dışında bir karara va- rılabileceğinin de kabulü gerekmektedir. Esasen bu husus, yargı yetkisinin, hukuka ve vicdani kanaate uygun olarak kullanılmasının doğal sonucudur”* şeklinde açıkça ifade edilmiştir.<sup>152</sup>

Mahkeme kararının bilirkişi raporu yönünde olması zorunlu ol- mayıp gerekçesi ortaya konularak farklı bir kararın verilmesi müm- kündür. Bunun yanında, birden fazla bilirkişi raporu almış olan mah- keme bunlardan hiçbirine uymayan ayrık bir karar verebilir ya da tüm raporların belirli kısımlarını hükme esas alabilir.<sup>153</sup>

Mahkeme, rapordaki eksiklik yahut belirsizliğin giderilmesini sağlamak için, bilirkişiden ek rapor alabileceği gibi gerekli görürse, yeni görevlendireceği bilirkişi aracılığıyla tekrar inceleme yaptırabi- lir.<sup>154</sup> Bu ihtimalde, mahkemenin ikinci bilirkişi raporunu dikkate al- maksızın salt ilk bilirkişi raporunu esas alarak hüküm kuramayacağı kabul edilmektedir.<sup>155</sup>

<sup>150</sup> Atalay/Ermenek/Erdoğan, s. 533; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 434.

<sup>151</sup> Danıştay 10. Dairesi, T. 09.02.2005, E. 2002/3573, K. 2005/367, www.kazanci.com.tr (Erişim: 13.10.2024).

<sup>152</sup> Danıştay 10. Dairesi, T. 11.09.2015, E. 2010/10955, K. 2015/3710, www.kazanci.com.tr (Erişim: 13.10.2024).

<sup>153</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 434.

<sup>154</sup> Danıştay 3. Dairesi, T. 05.06.1991, E. 1989/2916, K. 1991/2026, www.kazanci.com.tr (Erişim: 13.10.2024).

<sup>155</sup> Yıldırım/Üstün, s. 515.

Belirtmek gerekir ki dosyanın bilirkişiye gönderilmesi durumunda, mahkemenin bilirkişi raporunu dikkate alması ve değerlendirmesi zorunludur. Başka bir deyişle, söz konusu rapor hiç yokmuşçasına hüküm kurulması mümkün değildir.<sup>156</sup> Bilirkişinin görüşüne başvurulmuş olmasına rağmen rapor irdelenmeden hüküm kurulması kararın güvenilirliğini sarsar.<sup>157</sup>

Bilirkişi raporlarının içerik itibarıyla dikkate alınması idari yargı hâkimi bakımından zorunlu olsa da mahkemenin gerekçesini ortaya koymak koşuluyla bilirkişi raporunun aksi yönde hüküm kurması mümkündür.<sup>158</sup> Bu durum hâkimin kendisini bilirkişinin yerine koyması anlamına gelmemektedir.<sup>159</sup> Danıştay bir kararında, “Mahkeme-

<sup>156</sup> Aynı yönde görüş için bkz. Candan, s. 861.

<sup>157</sup> Kayılıoğlu, s. 148; Özdemir, s. 542.

<sup>158</sup> Anayasa Mahkemesi, T. 03.06.2021, E. 2021/8, K. 2021/40; Anayasa Mahkemesi, A.D. Başvurusu, T. 09.01.2019, B.No: 2015/10393; Anayasa Mahkemesi Anayasa Mahkemesi, Tam Petrol Ürünleri Alım Satım LTD Şti Başvurusu, T. 10.06.2015, B.No: 2013/2131, www.anayasa.gov.tr (Erişim: 22.10.2024). Bu yöndeki Danıştay kararları için bkz. Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, T. 23.10.1998, E. 1997/66, K. 1998/307, www.kazanci.com.tr (Erişim: 13.10.2024); Danıştay 9. Dairesi, T. 11.02.1998, E. 1997/3926, K. 1998/452, *Danıştay Dergisi*, S. 97, s. 640; Danıştay 6. Dairesi, T. 30.01.1992, E. 1990/1311, K. 1992/393, www.kazanci.com.tr (Erişim: 28.09.2024). Bu yöndeki başka kararlar için bkz. Danıştay 7. Dairesi, T. 11.11.1985, E. 1985/1443, K. 1985/2487, *Danıştay Dergisi*, S. 62-63, s. 317; Danıştay 7. Dairesi, T. 20.11.1984, E. 1984/61, K. 1984/1778, *Danıştay Dergisi*, S. 58-59, s. 228. Hâkimin, bilirkişinin incelediği konu ile ilgili bilgisinin raporun içerik yönünden değerlendirilmesi bakımından yeterli olmadığına, bu ihtimalde ancak dosyanın yeni bir bilirkişiye gönderilmesi ve aksi yönde görüş alınması durumunda hâkimin içerik bakımından aksi yönde karar verebileceğine ilişkin görüş için bkz. Filiz Berberoğlu Yenipınar, İdare ve Vergi Mahkemelerinde Bilirkişilik, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 25; Kayılıoğlu, s. 150. Öğretide Kuru ise böyle bir zorunluluk bulunmadığını ortaya koymuş, hâkimin yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırmadan, bilirkişi raporunun aksine de karar verebileceğini ileri sürmüştür. (Kuru, s. 2780 vd.)

<sup>159</sup> Yasin, s. 127; Kuru, s. 2781. Danıştay 10. Dairesi, T. 09.02.2005, E. 2002/3573, K. 2005/367, www.kazanci.com.tr (Erişim: 13.10.2024); Danıştay 7. Dairesi, T. 20.11.1984, E. 1984/61, K. 1984/1778, *Danıştay Dergisi*, S. 58-59, s. 228. Aksi yöndeki Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 24.12.2008, E. 2008/4-734, K. 2008/766, www.kazanci.com.tr (Erişim: 19.10.2024).

Öğretide Deryal, hâkimin genel kültürü ve matematik bilgisi ile düzeltebileceği düzeyde hesap hataları varsa, bunları düzelterek, diğer açılardan yeterli gördüğü bu raporu hükme esas almasının; ek rapor veya yeniden bilirkişi incelemesi yapma yoluna gitmemesinin mümkün olduğunu ileri sürmüştür. (Deryal, “Ek Rapor”, s. 26)

ce itibar edilmese dahi kararda bilirkişi raporuna yer verilerek neden itibar edilmediğinin ortaya konulması” gerektiğinin belirtilmemesini bozma sebebi kabul etmiştir.<sup>160</sup> Bilirkişi raporunun kısmen aksi yönünde hüküm kurulduğu hallerde de Danıştay’ın yaklaşımı aynıdır.<sup>161</sup> Ancak bilirkişi raporundan aksi yönünde hüküm kurulması durumunda; bunun soyut ifadelerle ortaya konulmaması, gerekçesinin mutlaka açıkça belirtilmesi gerekmektedir.<sup>162</sup> Dolayısıyla verilen kararın keyfilik taşımaması gerekir.<sup>163</sup> Diğer yandan, bilirkişi raporunun, eksik, yetersiz, tutarsız yahut herhangi bir surette hukuka aykırı olduğunun tespit edilmesi durumunda mahkemenin farklı bir bilirkişi raporu talep etme yetkisi bulunmaktadır.<sup>164</sup> Adli yargıda ise hâkimin bilirkişi raporunu içerik yönünden benimsemediği hallerde ancak aksi yönde bilirkişi raporu almak suretiyle rapora aykırı olarak hüküm kurabileceği anlayışı benimsenmiştir.<sup>165</sup> Benzer şekilde, hakimin doğrudan bilirkişi raporundaki azlık görüşüne dayanarak hüküm kurması müm-

<sup>160</sup> Danıştay 6. Dairesi, T. 20.10.2004, E. 2003/1419, K. 2004/5089, www.kazanci.com.tr (Erişim: 01.10.2024); Danıştay 7. Dairesi, T. 19.11.1991, E. 1991/1614, K. 1991/2789, www.legalbank.net (Erişim: 16.10.2024).

<sup>161</sup> Danıştay 4. Dairesi, T. 12.11.1992, E. 1990/4255, K. 1992/4873, www.kazanci.com.tr (Erişim: 13.10.2024).

<sup>162</sup> “...mükellefin defter ve kayıtları üzerinde bilirkişi inceleme sine karar verilerek aynı bilirkişiye iki kez incelettirmek suretiyle alınan raporlara rağmen bu raporların neden kabul edilmediği hususunun değerlendirilip tartışması yapılmadan incelemenin eksik yapıldığı ve soyut iddialara dayandığı kabul edilerek karar verilmesinde isabet görülmemiştir.” (Danıştay 3. Dairesi, T. 05.06.1991, E. 1989/2916, K. 1991/2026, www.kazanci.com.tr (Erişim: 13.10.2024).) Aynı yöndeki başka bir karar için bkz. Danıştay 15. Dairesi, T. 09.11.2015, E. 2013/10027, K. 2015/7244; Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, T. 16.12.2011, E. 2011/1138, K. 2011/1564, www.kazanci.com.tr (Erişim: 13.10.2024); Danıştay 7. Dairesi, T. 21.10.1999, E. 1999/868, K. 1999/3418, *Danıştay Dergisi*, S. 103, s. 713; Danıştay 6. Dairesi, T. 18.02.1998, E. 1997/2233, K. 1998/1152, www.kazanci.com.tr (Erişim: 13.10.2024); Danıştay 4. Dairesi, T. 12.11.1992, E. 1990/4255, K. 1992/4873, *Danıştay Dergisi*, S. 87, s. 248; Danıştay 3. Dairesi, T. 05.06.1991, E. 1989/2916, K. 1991/2026, *Danıştay Dergisi*, S. 84-85, s. 126; Danıştay 7. Dairesi, T. 11.11.1985, E. 1985/443, K. 1985/2487, *Danıştay Dergisi*, S. 62-63, s. 318; Danıştay 7. Dairesi, T. 20.11.1984, E. 1984/61, K. 1984/1778, *Danıştay Dergisi*, S. 58-59, s. 230.

<sup>163</sup> Deryal, “Bilirkişilik”, s. 370.

<sup>164</sup> Danıştay 3. Dairesi, T. 05.06.1991, E. 1989/2916, K. 1991/2026, www.legalbank.net (Erişim: 17.10.2024).

<sup>165</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, T. 10.12.1970, E. 1970/5018, K. 1970/6437, www.kazanci.com.tr (12.10.2024). Konuya ilişkin değerlendirmeler için bkz. Kuru, s. 2770 vd.; Ulukapı, s. 202; Deryal, “Ek Rapor”, s. 27 vd.; Aşçıoğlu, s. 358.

kün olmayacaktır.<sup>166</sup>

Bilirkişi raporu her ne kadar derdest davalar için talep edilse de mahkemeler aynı maddi gerçeğin tespitine yönelik olarak başka bir davada alınmış olan bilirkişi raporunu esas almak suretiyle hüküm kurabilir.<sup>167</sup> Başka bir davada alınmış bilirkişi raporunu kullanmak yahut yeni bir rapor düzenlenmesini talep etmek mahkemenin takdirinde olup önceden bilirkişi raporu alınmış olması, dosyanın bu görüş dikkate alınarak çözümlenmesini zorunlu kılmaz.<sup>168</sup>

Uyuşmazlık konusu maddi olaya yönelik olarak iki ayrı idari dava açılması veya aynı anda hem idari yargıda hem adli yargıda dava açılması<sup>169</sup> yahut uyuşmazlık konusu olayın ceza davasına<sup>170</sup> konu olması durumunda, mahkemenin derdest davada yeni bir bilirkişi raporu isteminde bulunmaksızın diğer davalarda düzenlenen bilirkişi raporunu esas alarak hüküm kurması mümkündür.<sup>171</sup> Keza, Cumhuriyet savcıları tarafından yürütülen ceza soruşturması aşamasında edinilen bilirkişi raporlarının da hükme esas alınmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir.<sup>172</sup> Bunun için, daha önceden elde edilmiş olan bilirkişi raporlarının idari yargı merciinin ihtiyacı olan teknik bilgi ve uzmanlığı içeriyor olması gerekir. Danıştay bir kararında,

<sup>166</sup> Deryal, "Bilirkişilik", s. 379. Buna karşılık öğretilerde Kuru, oy çokluğu ile verilen bilirkişi raporlarında, hâkimin azınlıkta kalan bilirkişinin özel ve teknik bilgisinin daha iyi olduğu kanısına vararak bu yönde hüküm kurabileceğini ileri sürmüştür. (Kuru, s. 2780 vd.)

<sup>167</sup> Yasin, s. 129.

<sup>168</sup> Danıştay 15. Dairesi, T. 21.04.2016, E. 2013/13974, K. 2016/2734; Danıştay 13. Dairesi, T. 23.10.2009, E. 2008/2779, K. 2009/9319, www.legalbank.net (Erişim: 17.10.2024).

<sup>169</sup> Danıştay 15. Dairesi, T. 09.06.2016, E. 2013/10684, K. 2016/4155, www.legalbank.net (Erişim: 17.10.2024); Danıştay 7. Dairesi, T. 30.12.2003, E. 2000/8015, K. 2003/5260

<sup>170</sup> Danıştay 15. Dairesi, T. 17.01.2017, E. 2014/457, K. 2017/259; Danıştay 15. Dairesi, T. 09.11.2015, E. 2014/9648, K. 2015/7202; Danıştay 10. Dairesi, T. 24.09.2007, E. 2005/3719, K. 2007/4317; Danıştay 10. Dairesi, T. 19.09.2007, E. 2004/6540, K. 2007/4237, www.legalbank.net (Erişim: 17.10.2024); Danıştay 10. Dairesi, T. 15.02.2001, E. 1998/5580, K. 2001/581 aktaran Çınarlı, s. 64.

<sup>171</sup> Deryal, "Bilirkişilik", s. 430.

<sup>172</sup> Danıştay 5. Dairesi, T. 13.02.2017, E. 2016/16487, K. 2017/2194; Danıştay 15. Dairesi, T. 24.11.2016, E. 2013/4034, K. 2016/5704, www.legalbank.net (Erişim: 17.10.2024).

“İdare Mahkemesince yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu ...düzenlenen ...bilirkişi raporunda, zararın doğumunda idarenin kusurunun bulunmadığının belirtildiği, dava açılmadan önce adli yargıda davacı tarafından yaptırılan *tespit sonucu düzenlenen bir diğer raporda da meydana gelen zararın idarenin kusurundan doğduğu belirtilmektedir. ...İdare Mahkemesince; ...son rapor esas alınmak suretiyle davanın reddine karar verilmiş ise de zararın varlığı konusundaki raporlar arasındaki açık çelişkinin ayrı bir bilirkişi incelemesi yapılmak veya bu konuda ek rapor alınarak giderilmemiş olması nedeniyle eksik incelemeye dayalı olarak verildiği*” gerekçesiyle idare mahkemesi kararında hukuki isabet bulmamıştır.<sup>173</sup>

Görüldüğü gibi, uyuşmazlığa konu maddi vakıa bakımından daha önceden adli yargıda düzenlenmiş bir bilirkişi raporu bulunması ihtimalinde, mahkemenin doğrudan yahut idari yargıda yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırmak suretiyle bu ilk rapordan aksi yönde hüküm kurması durumunda bu hususu gerekçelendirmesi gerekmektedir.

Bu bağlamda tartışılan bir diğer konu da görevsiz veya yetkisiz mahkeme tarafından önceden alınmış olan bilirkişi görüşünün, dosya kendisine gönderilen mahkemece dikkate alınmasının mümkün olup olmadığıdır. Öğretide usul ekonomisi gereği bu ihtimalde yeniden bilirkişi incelemesi yapılmasına gerek olmadığı kabul edilmektedir.<sup>174</sup>

Bilirkişi raporunda teknik değerlendirmelerin ötesine geçen hukuki tespit, inceleme ve yorumlar mahkeme bakımından bağlayıcı olmayıp bunların dikkate alınmaması esastır. Aksi durum, mahkemenin hukuki hata ihtimalini arttıracıdır.<sup>175</sup> Mahkemelerin de bilirkişi raporunda ortaya konulan hukuki değerlendirmeleri aynen karara gerekçe olarak koyması hukuka aykırılık oluşturmaktadır.<sup>176</sup> Danıştay bir kararında bu hususu bozma sebebi olarak kabul etmiştir.<sup>177</sup> Dolayı-

<sup>173</sup> Danıştay 10. Dairesi, T. 17.03.1993, E. 1991/4210, K. 1993/1126, www.kazanci.com.tr (Erişim: 05.10.2014).

<sup>174</sup> Yıldırım/Üstün, s. 516.

<sup>175</sup> Yasin, s. 120.

<sup>176</sup> Yıldırım/Üstün, s. 517; Candan, s. 861.

<sup>177</sup> Danıştay 8. Dairesi, T. 21.01.2019, E. 2018/3564, K. 2019/269; Danıştay 7. Dairesi, T. 19.10.1995, E. 1994/3479 K. 1995/4013, www.kazanci.com.tr (Erişim: 05.10.2014). Bu yöndeki başka kararlar için bkz. Danıştay 3. Dairesi, T. 23.09.2008, E. 2007/3599, K. 2008/2790, *Danıştay Dergisi*, S. 120, s. 140; Danıştay 7. Dairesi, T. 14.06.2004, E. 2001/4373, K. 2004/1774, www.kazanci.com.tr (Erişim: 24.10.2024);



sıyla, bilirkişi tarafından hazırlanan rapordaki görüşe mahkeme tarafından uyulduğu hallerde dahi, rapordaki ifadelerin tekrarlanmaması, raporun mahkemece değerlendirilerek tartışılması ve nihai hükmün varsa diğer delil ve belgeler ile birlikte gerekçelendirilerek kurulması gerekmektedir.<sup>178</sup>

## II. BİLİRKİŞİ GÖRÜŞLERİNİN YARGISAL DENETİMİ

Hukukumuzda mahkemelerce sıkça başvurulanan bilirkişilik müessesesi organik, biçimsel ve içeriksel yönden oldukça sıkı kurallara tabi tutulmuştur. İlk derece mahkemelerinin kararlarına esas alınan bilirkişi raporları bu kurallara cevap vermekte yetersiz kalabilmekte olup bu durum idari yargı mercileri tarafından hukuka aykırı kabul edilmektedir. **(A)** Öte yandan, hukuka ve usule aykırı olarak düzenlenen bilirkişi raporu esas alınarak hüküm kurulması başta adil yargılanma hakkı olmak üzere anayasal hakların ihlalini de beraberinde getirmektedir. **(B)**

### A. İdari Yargı Mercileri Tarafından Denetimi

Bilirkişi raporuna konu olan hususlar hukuk bilgisi ile çözümlenemeyecek teknik ve uzmanlık gerektiren alanlara ilişkin olsa da idari yargıcın bilirkişi raporunu organik, biçimsel ve içeriksel yönden denetleyebilmesi mümkün olup bu denetim sonucunda raporda öngörülenden farklı yönde hüküm kurabileceği gibi hukuka aykırılık veya eksikliklerin giderilmesi için dosyanın aynı bilirkişiye ya da başka bilirkişiye gönderilmesine karar verebilmektedir. Bu denetim yapılmadan doğrudan bilirkişi raporu esas alınarak hüküm kurulması Danıştay tarafından farklı gerekçelerle bozma sebebi olarak kabul edilmektedir.

### 1. Bilirkişi Raporlarının Organik Yönden Denetimi

Bilirkişi heyetinin uyuşmazlığın çözümü bakımından gerekli teknik ve uzmanlık bilgisini karşılayan üyelerden oluşturulması gerekmektedir. Bilirkişiliği tanımlayan ve karakterize eden temel nitelik,

Danıştay 7. Dairesi T. 24.10.1991, E. 1987/3900, K. 1991/2675, *Danıştay Dergisi*, S. 84-85, s. 472.

<sup>178</sup> Danıştay 10. Dairesi, T. 09.02.2005, E. 2002/3573, K. 2005/367, [www.legalbank.net](http://www.legalbank.net) (Erişim: 11.10.2024). Bu yöndeki görüş için bkz. Yasin, s. 128.

mesleki yeterlilik ve uzmanlıktır.<sup>179</sup> Mahkeme tarafından gereksinim duyulan uzmanlığın spesifik olarak belirlenmesi zorunludur.<sup>180</sup> Bilirkişi heyetinde hangi alanda uzman kişilerin bulunması gerektiği, konunun teknik yönü dikkate alınmak suretiyle belirlenir.<sup>181</sup>

Heyet içerisinde konunun uzmanı kişilerin bulunmaması yahut bu kişilerin sayı olarak azınlıkta kalması durumunda, söz konusu bilirkişi raporuna dayanılarak hüküm kurulması hukuka aykırılık oluşturacaktır.<sup>182</sup> Danıştay bir kararında “...hastanın durumu pediatri bölümü kadar ortopedi ve travmatoloji ile enfeksiyon hastalıkları bölümlerini de ilgilendirmektedir. ... raporu hazırlayanlar arasında ise, enfeksiyon hastalıkları ile ortopedi ve travmatoloji uzmanının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu durum, yukarıda ifade edildiği üzere bilirkişiyeye başvurulmasındaki amaçla bağdaşmamaktadır.” şeklinde ifade edilmiştir.<sup>183</sup>

Başka bir kararında Danıştay dava konusu işlemi “hazırlayan uzmanlar ile birebir aynı sayıda ve aynı uzmanlık alanında olmasa dahi, yargılama usulü kurallarının elverdiği ölçüde, usul ekonomisi de gözetilerek bir denge kurulması, ...bilirkişilerin zorunlu olan ana konu başlıkları bakımından yeterli uzmanlığa sahip olması, bilirkişi raporunun tarafları tatmin edici olması gerekmektedir” demek suretiyle hüküm kurmuştur.<sup>184</sup> Görüldüğü gibi, Danıştay idari işlemi tesis eden makamın uzmanlık bilgisi ve teknik yeterliliği ile bu işleme ilişkin uyumsuzluğun çözümünün gerektirdiği uzmanlık bilgisini sağlamaya elverişli bir bilirkişi heyetinin

<sup>179</sup> Kayılıoğlu, s. 79.

<sup>180</sup> Deryal, “Ek Rapor”, s. 71.

<sup>181</sup> Elektronik mühendisi olan bilirkişinin bilgisayar alanında uzman olarak nitelendirilemeyeceğine yönelik karar için bkz. Danıştay 7. Dairesi, T. 06.05.1999, E. 1998/804, K. 1999/1935, www.legalbank.net (Erişim: 20.09.2024). Taşınmaz bedelinin belirlenmesi için ziraat mühendisinin görevlendirilmesinin hukuka aykırılığına yönelik karar için bkz. Danıştay 3. Dairesi, T. 12.12.1985, E. 1985/672, K. 1985/3307, *Danıştay Dergisi*, S. 62-63, s. 148. Uyuşmazlığın çözümünde elektronik mühendisinin bilirkişi olarak atanması gerekirken makine mühendisinin atanmasının hukuka aykırılık oluşturacağına ilişkin karar için bkz. Danıştay 7. Dairesi, T. 27.09.2001, E. 2000/2262, K. 2001/3030 aktaran Candan, s. 847, dn. 1285.

<sup>182</sup> Danıştay 10. Dairesi, T. 17.03.1993, E. 1991/4210, K. 1993/1126, www.kazanci.com.tr (Erişim: 05.10.2014).

<sup>183</sup> Danıştay 15. Dairesi, T. 16.05.2016, E. 2016/5237, K. 2016/3596, www.kazanci.com.tr (Erişim: 15.10.2024).

<sup>184</sup> Danıştay 14. Dairesi, T. 27.12.2016, E. 2016/5004, K. 2016/7979, www.kazanci.com.tr (Erişim: 15.10.2024).

bulunması gerektiğini ortaya koymuştur. Bununla birlikte, bilirkişinin uzmanlık alanının yanında uzmanlık düzeyinin de yeterli olması gerektiği kabul edilmektedir.<sup>185</sup>

Danıştay özellikle kültür varlıklarının korunması, çevre, imar, şehircilik gibi konularda bilirkişi heyetinin oluşturulma biçimini doğrudan denetlemekte; uyuşmazlık konusu taşınmazın özellikleri ve tescil altına alınma gerekçesi gözetilerek bilirkişi heyetinin somut teknik gereksinimler doğrultusunda oluşturulması gerektiğini kabul etmektedir.<sup>186</sup> Ayrıca bilirkişi heyetinde konuyu farklı perspektiflerden değerlendirecek uzmanların bulunmasının zorunluluk olduğu kabul edilmektedir. Söz gelimi Danıştay taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunmasına ilişkin bir uyuşmazlıkta, bilirkişi heyetinin yalnızca mimar ve mühendislerden oluşmasını; bir sanat tarihçisinin bulunmamasını bozma sebebi kabul etmiştir.<sup>187</sup> Bununla birlikte, uyuşmazlık konusu olayın birden fazla uzmanlık alanını birlikte ilgilendirdiği hallerde, bilirkişi olarak tek bir alanda uzman veya uzmanların görevlendirilmesi Danıştay tarafından hukuka aykırı bulunmuştur.<sup>188</sup>

Ayrıca dava konusu işlemin uzman bir kurul yahut uzmanlık kuruluşu görüşü veya kararı doğrultusunda tesis edildiği hallerde, oluşturulacak bilirkişi heyetinde bulunacak uzman sayısı ve uzmanlık alanının belirlenmesinde, birebir aynı sayıda olmamakla birlikte usul ekonomisi gözetilerek belli bir dengenin sağlanması gerektiği kabul

<sup>185</sup> Danıştay 10. Dairesi, T. 22.12.2006, E. 2004/2015, K. 2006/7347, *Danıştay Dergisi*, S. 115, s. 343; Danıştay 7. Dairesi, T. 30.12.2013, E. 2000/8015, K. 2003/5260, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Erişim: 29.09.2024).

<sup>186</sup> Danıştay 14. Dairesi, T. 24.01.2017, E. 2016/1093, K. 2017/262; Danıştay 14. Dairesi, T. 16.02.2016, E. 2014/8156, K. 2016/930; Danıştay 6. Dairesi, T. 31.03.2015, E. 2014/6671, K. 2015/1861; Danıştay 10. Dairesi, T. 22.11.1999, E. 1998/186, K. 1999/6196, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Erişim: 10.10.2024); Danıştay 8. Dairesi, T. 19.02.2018, E. 2012/5523, K. 2018/846 aktaran Özdemir, s. 174; Danıştay 6. Dairesi, T. 16.01.1989, E. 1988/3005, K. 1989/27, *Danıştay Dergisi*, S. 76-77, S. s. 451.

<sup>187</sup> Danıştay 14. Dairesi, T. 04.04.2017, E. 2016/8448, K. 2017/2025; Danıştay 14. Dairesi, T. 15.02.2012, E. 2011/15596, K. 2012/965, [www.legalbank.net](http://www.legalbank.net) (Erişim: 11.10.2024).

<sup>188</sup> Danıştay 14. Dairesi, T. 30.10.2018, E. 2018/1438, K. 2018/6390 aktaran Özdemir, s. 209; Danıştay 14. Dairesi, T. 21.02.2018, E. 2017/4202, K. 2018/833, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Erişim: 24.10.2024); Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, T. 30.09.2006, E. 2008/10, K. 2009/415, *Danıştay Dergisi*, S. 125, s. 106.

edilmiştir.<sup>189</sup> Aynı şekilde jüri veya heyet tarafından alınan kararlar veya bu kararlar üzerine tesis edilen işlemlerin denetimi için atanacak bilirkişi heyetinin jüri veya heyet ile aynı sayıda, aynı uzmanlık düzeyi ve seviyesinde olması gerektiği kabul edilmektedir.<sup>190</sup> Danıştay kurul ya da heyet halinde alınan kararların incelenmek üzere tek bir bilirkişiyeye gönderilmesini bozma sebebi olarak nitelendirmiştir.<sup>191</sup> Ülke çapında etkisi olan sınavlara karşı açılan davalarda, dosyanın incelenmek üzere en az üç kişiden oluşan bilirkişi heyetine gönderilmesi gerektiğine hükmedilmiştir.<sup>192</sup> Bilirkişi heyetinde yeterli uzmanlık alanının bulunmaması yahut uyuşmazlık konusu ile ilgili olmayan uzmanlık alanından üyelerin bulunması durumunda, bu rapor esas alınarak hüküm kurulması bozma sebebi olarak kabul edilmektedir.<sup>193</sup>

Diğer yandan, bilirkişi raporunda uzmanlık hususunda tereddüde yol açan ifadeler yer verilmesi de Danıştay tarafından başlı başına bozma sebebi olarak kabul edilmiştir. Bir kararında Danıştay, "...düzenlediği raporda, ...'kanımca' sözcüğünün kullanılmış olması" nedeniyle rapora dayanılarak verilen kararda isabet bulmamıştır.<sup>194</sup>

## 2. Bilirkişi Raporlarının Biçimsel Yönden Denetimi

Bilirkişi raporlarının biçimsel yönden de hukuka uygun, kabul edilebilir olması gerekmektedir. Danıştay tarafından da "*bilirkişilerce hazırlanan raporların olayın özel veya teknik bilgi gerektiren yönlerini hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde aydınlatan bilimsel esaslara dayalı gerekçeleri içermesi gerektiği, bu nitelikte olmayan bilirkişi raporlarının hükme esas*

<sup>189</sup> Danıştay 14. Dairesi, T. 27.12.2016, E. 2016/5004, K. 2016/7979, www.legalbank.net (Erişim: 20.10.2024); Danıştay 8. Dairesi, T. 11.12.2015, E. 2014/45244, K. 2015/11945, *Danıştay Dergisi*, S. 141, s. 276; Danıştay 8. Dairesi, T. 28.09.2017, E. 2017/6043, K. 2017/6765, *Danıştay Dergisi*, S. 147, s. 226.

<sup>190</sup> Özdemir, s. 202.

<sup>191</sup> Danıştay 8. Dairesi, T. 11.12.2015, E. 2014/5242, K. 2015/11945, www.kazanci.com.tr (Erişim: 24.10.2024).

<sup>192</sup> Danıştay 8. Dairesi, T. 29.07.2017, E. 2017/6043, K. 2017/6765 aktaran Özdemir, s. 201.

<sup>193</sup> Danıştay 14. Dairesi, T. 26.03.2013, E. 2011/7740, K. 2013/2133; Danıştay 6. Dairesi, T. 30.11.1993, E. 1993/2579, K. 1993/5120, www.kazanci.com.tr (Erişim: 11.10.2024).

<sup>194</sup> Danıştay 7. Dairesi, T. 06.05.1999, E. 1998/804, K. 1999/1935, www.legalbank.net (Erişim: 09.10.2024). Bu yöndeki başka bir karar için bkz. Danıştay 8. Dairesi, T. 03.12.2013, E. 2013/91, K. 2013/9297, www.kazanci.com.tr (Erişim: 16.10.2024).

*alınamayacağı” kabul edilmiştir.<sup>195</sup> Bilirkişi raporunun anılan koşulları taşıyıp taşımadığı, öncelikle davaya bakan mahkeme tarafından değerlendirilmelidir. Söz konusu koşulları taşımayan bilirkişi raporlarına dayanılarak hüküm kurulması hukuka aykırıdır.*

Bu doğrultuda, raporda mahkemenin sorduğu tüm sorular hakkında ayrı ayrı teknik görüş ve değerlendirmelerin yapılmış olması gerekir.<sup>196</sup> Bilirkişi, kendisine sorulan sorulara cevap oluşturacak nitelikte ve görüşüne başvurulmuş hususu tam olarak açıklayıcı bir rapor vermekle yükümlüdür.<sup>197</sup> Bilirkişi raporunun, eksik ve yetersiz;<sup>198</sup> çelişkili ve tutarsız olması;<sup>199</sup> yeterli inceleme ve araştırma yapılmadan düzenlenmiş olması;<sup>200</sup> teknik ve bilimsel verilere dayanmaksızın<sup>201</sup> ya da teknik ve bilimsel veriler ortaya konulmadan düzenlenmiş olması<sup>202</sup> yahut Mahkeme tarafından sorulan soruların tümüne yanıt verilmemesi<sup>203</sup> veya genel geçer nitelikli yanıtlar verilmek suretiyle görüş verilmesi durumunda,<sup>204</sup> söz konusu rapor esas alınarak hüküm kurulması

<sup>195</sup> Danıştay 13. Dairesi, T. 07.09.2015, E. 2015/2612, K. 2015/2994, www.legalbank.net (Erişim: 19.10.2024).

<sup>196</sup> Danıştay 15. Dairesi, T. 11.03.2015, E. 2013/4509, K. 2015/1398, www.kazanci.com.tr (Erişim: 12.10.2024).

<sup>197</sup> Danıştay 10. Dairesi, T. 03.10.2012, E. 2012/3990, K. 2012/4561, www.kazanci.com.tr (Erişim: 15.10.2024).

<sup>198</sup> Danıştay 15. Dairesi, T. 27.05.2016, E. 2016/3514, K. 2016/3853; Danıştay 15. Dairesi, T. 23.01.2014, E. 2012/12332, K. 2014/116; Danıştay 10. Dairesi, T. 11.05.2011, E. 2010/13350, K. 2011/1738, www.kazanci.com.tr (Erişim: 12.10.2024).

<sup>199</sup> Danıştay 11. Dairesi, T. 05.02.2003, E. 2001/1928 K. 2003/636, www.legalbank.net (Erişim: 12.10.2024).

Bu yöndeki başka kararlar için bkz. Danıştay 15. Dairesi, T. 24.03.2016, E. 2015/9336, K. 2016/2014; Danıştay 15. Dairesi, T. 10.03.2016, E. 2015/8936, K. 2016/1604, www.kazanci.com.tr (Erişim: 12.10.2024); Danıştay 6. Dairesi, T. 24.04.1985, E. 1984/1226, K. 1985/756, www.kazanci.com.tr (Erişim: 17.10.2024).

<sup>200</sup> Danıştay 15. Dairesi, T. 11.03.2015, E. 2013/4509, K. 2015/1398; Danıştay 10. Dairesi, T. 11.07.2005, E. 2002/3968, K. 2005/4042, www.kazanci.com.tr (Erişim: 12.10.2024).

<sup>201</sup> Danıştay 6. Dairesi, T. 31.03.2015, E. 2014/6671, K. 2015/1861, www.kazanci.com.tr (Erişim: 04.10.2024).

<sup>202</sup> Danıştay 10. Dairesi, T. 10.04.2006, E. 2005/1870, K. 2006/2294, www.kazanci.com.tr (Erişim: 12.10.2024).

<sup>203</sup> Danıştay 15. Dairesi, T. 15.04.2015, E. 2014/5076, K. 2015/2184; Danıştay 10. Dairesi, T. 10.04.2006, E. 2005/1870, K. 2006/2294, www.kazanci.com.tr (Erişim: 12.10.2024).

<sup>204</sup> Danıştay 15. Dairesi, T. 27.05.2016, E. 2016/3514, K. 2016/3853; Danıştay 10. Dairesi, T. 09.10.1995, E. 1994/1342, K. 1995/4261, www.kazanci.com.tr (Erişim: 12.10.2024).

hukuka aykırılık oluşturmaktadır. Yine uygulamada sıkça rastlandığı üzere bilirkişi raporunda yalnızca dosya içeriğinin tekrar edilmesi,<sup>205</sup> buna karşılık bilirkişinin ayrıca gerekçeli görüş ortaya koymaktan kaçınması hukuka aykırılık olarak nitelendirilmektedir.<sup>206</sup>

Bunun yanında, bilirkişi raporunun taraflarca ileri sürülen iddia ve savunmaları ya da dosya içeriğini karşılayacak içerikte olmaması yetersiz inceleme olarak nitelendirilmiştir.<sup>207</sup> Bilirkişi tarafından yapılacak değerlendirmenin kapsamı taraflarca ileri sürülen iddia ve savunmalarla sınırlı değildir. Taraflarca ileri sürülmemiş gerekçe ve vakıaların resen tespiti suretiyle görüş verilebilmektedir.<sup>208</sup> Benzer şekilde, bilirkişi görüşünün dosyadaki bilgi ve belgeler gözetilmeden yahut dosya içeriği esas alınmadan oluşturulması bozma sebebidir.<sup>209</sup>

Ayrıca, dosyada birden fazla ve çelişkili bilirkişi raporunun bulunduğu hallerde, yeni bir rapor almak suretiyle mevcut çelişki giderilmeden yahut mahkemece yeterli gerekçe ortaya konulmadan bu raporlardan biri esas alınarak hüküm kurulması hukuka aykırılık oluşturur.<sup>210</sup> Çözümü net olmayan veya teknik olarak tespiti mümkün olmayan hususlarda, gerekçesi de belirtilmek suretiyle konunun çözümüne dair ihtimallerin ortaya konulması gerekmektedir.<sup>211</sup> Bu sayede, mahkeme uyumsuzluğun teknik boyutuna bütünüyle hâkim hale gelebilecektir. Söz gelimi, bir hastalığın tedavisinde birden fazla yöntemin mümkün olduğu hallerde, bilirkişinin yalnızca kendi benimsediği tedaviye değil; tıbben kabul görmüş ve standartlara uygun tüm yöntemlere raporunda yer vermesi gerekmektedir. Teknik ve özel bilgi ile uzmanlık

<sup>205</sup> Ankara 2. İdare Mahkemesi, E. 2020/476 sayılı dosyasına ibraz edilen bilirkişi raporu aktaran Özdemir, s. 458-459.

<sup>206</sup> Konya Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari Dava Dairesi, T. 12.01.2022, E. 2021/1533 aktaran Özdemir, s. 459.

<sup>207</sup> Yargıtay 3. Ceza Dairesi, T. 24.02.2005, E. 2004/15646, K. 2005/1705, www.kazanci.com.tr (Erişim: 19.09.2024).

<sup>208</sup> Ulukapı, s. 197.

<sup>209</sup> Danıştay 15. Dairesi, T. 11.03.2015, E. 2013/4509, K. 2015/1398, www.kazanci.com.tr (Erişim: 02.10.2024).

<sup>210</sup> Danıştay 15. Dairesi, T. 10.03.2016, E. 2014/5674, K. 2016/1586; Danıştay 8. Dairesi, T. 20.05.2004, E. 2003/5602, K. 2004/2417; Danıştay 7. Dairesi, T. 31.03.2004, E. 2001/2270, K. 2004/782, www.kazanci.com.tr (Erişim: 14.10.2024); Danıştay 6. Dairesi, T. 13.11.1985, E. 1985/726, K. 1985/1324, *Danıştay Dergisi*, S. 62-63, s. 228.

<sup>211</sup> Yasin, s. 117; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 433.

yönünden kabul edilebilir yöntemlerden hangisinin tercih edileceği hususunda bilirkişinin yerindelik denetimi yapması mümkün olmayacaktır.<sup>212</sup> Danıştay da özellikle konusu sanatsal yarışma olan sınavlarda değerlendirilmenin bilimsel bilgiden ziyade sanatsal beğenilerle yapıldığını, söz konusu değerlendirmelerin bilirkişi incelemesine konu edilemeyeceğini kabul etmiştir.<sup>213</sup>

İdarenin takdir yetkisini kullanarak tesis ettiği işlemlerin yargısal denetiminde de öğretide aksi yönde görüşler bulunmakla birlikte;<sup>214</sup> dosyanın değerlendirilmek üzere bilirkişiye gönderilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir.<sup>215</sup> Bilindiği gibi, her ne kadar yargı mercilerinin yerindelik denetimi yapması İYUK madde 2 hükmüyle doğrudan yasaklanmış ise de takdir yetkisinin hukuka uygun şekilde kullanılıp kullanılmadığı mahkemelerce denetlenebilir.<sup>216</sup> Benzer şekilde, idarenin işlem tesis ederken bu işlemin maddi sebep unsurunu yeterince araştırıp araştırmadığının, nesnel davranıp davranmadığının veya eldeki verilerin sonucun doğması bakımından uygun olup olmadığının incelenebilmesi için mahkemenin dosyayı bilirkişiye göndermesi gerekebilir.<sup>217</sup> Bu ihtimalde, işlemin hukuka uygunluğunu denetleyen mahkemenin dosyayı bilirkişiye göndermesi halinde bilirkişi takdir yetkisinin kullanılmasına yönelik farklı ihtimalleri ya da yorumları değerlendirmeli; buna bağlı olarak kendi görüşünü teknik gerekçelerle mahkemeye sunmalıdır.<sup>218</sup>

<sup>212</sup> Yasin, s. 119; Özdemir, s. 523.

<sup>213</sup> Danıştay 8. Dairesi, T. 13.11.1996, E. 1994/7743, K. 1996/3110, *Danıştay Dergisi*, S. 93, s. 436; Danıştay 8. Dairesi, T. 10.04.1991, E. 1991/2, K. 1991/744, *Danıştay Dergisi*, S. 82-83, s. 666.

<sup>214</sup> Turgut Tan, "Sınav ve Jüri Değerlendirmelerinin Yargısal Denetimi", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Oral Sözlüğe Armağan Özel Sayısı*, C. 51, S. 1-4, 1994, s. 420; A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, *İdare Hukuku*, C. 2, 8. baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 944; Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C. 1, 2. baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2009, s. 956.

<sup>215</sup> Danıştay 10. Dairesi, T. 25.05.1989, E. 1988/2203, K. 1989/1145, *Danıştay Dergisi*, 76-77, s. 787; Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, T. 21.02.1997, E. 1995/209, K. 1997/124, *Danıştay Dergisi*, S. 94, s. 248.

<sup>216</sup> Danıştay 10. Dairesi, T. 23.10.1990, E. 1988/2710, K. 1990/2301, *Danıştay Dergisi*, S. 82-83, s. 895; Danıştay 5. Dairesi, T. 23.10.1986, E. 1985/596, K. 1986/1084, *Danıştay Dergisi*, S. 66-67, s. 256

<sup>217</sup> Karahanoğulları, s. 620.

<sup>218</sup> Bu yöndeki ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Yasin, s. 124-126.



## 2. Bilirkişi Raporlarının İçeriksel Yönden Denetimi

Bilirkişi raporunun içerik yönünden açıkça takdir ve değerlendirme hatası içermesi ve bu durumun resen yahut başvuru üzerine mahkeme tarafından öğrenilmesi durumunda, mahkemenin bu rapora dayanarak hüküm kurması hukuka aykırılık oluşturmaktadır.<sup>219</sup> Böyle bir durumda, bilirkişi raporundaki değerlendirme hatasının açıklığına veya anlaşılabilirliğine bağlı olarak mahkemenin bu durumu tespit ederek aksi yönde hüküm kurması mümkün olduğu gibi, dosyayı yeniden incelenmek üzere farklı bir bilirkişi heyetine göndermesi de mümkündür.

Bir kararda Danıştay, “... davada verilen ...bilirkişi raporunda belirtilen, araç sürücünün %25, davalı idarenin %75 kusurlu olduğu görüşü doğrultusunda hüküm tesis edilmiş ise de ...trafik kazasının meydana gelmesi ile sürücünün almış olduğu alkol miktarı arasında illiyet bağı kurulamayacağı ...görüldüğünden, ... bilirkişi raporunda belirlenen kusur oranına itibar etme olanağı” bulunmadığına hükmetmiştir.<sup>220</sup>

Diğer bir kararda ise, “Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu'nun ... raporunda; ...davacıda da normal vajinal doğum ile ... arasında illiyet bağı olduğunun ortaya konulduğu, ancak ... ortaya çıkan durumun bir komplikasyon olduğu ve bu komplikasyona da zamanında doğru müdahale edildiği belirtilmiştir. ... hastane enfeksiyonunun bir komplikasyon olduğu belirtilmekte ise de ...davalı idarenin sağlık hizmeti sunumundaki kusuru nedeniyle davacıların uğradığı zararı tazminle yükümlü bulunduğu” sonucuna varılmıştır.<sup>221</sup>

Uygulamada hâkimin doğrudan bilirkişi raporuna aykırı karar veremeyeceği, raporunun eksik ya da hatalı görülmesi durumunda tekrar bilirkişi incelemesi yaptırması gerektiği, nihayet son bilirkişi rapor-

<sup>219</sup> Danıştay 15. Dairesi, T. 03.04.2018, E. 2013/8184, K. 2018/3299, www.kazanci.com.tr (Erişim: 12.10.2024).

<sup>220</sup> Danıştay 15. Dairesi, T. 21.04.2016, E. 2013/13974, K. 2016/2734; Danıştay 15. Dairesi, T. 24.03.2016, E. 2015/655, K. 2016/2018; Danıştay 14. Dairesi, T. 20.05.2015, E. 2013/68, K. 2015/4182., www.legalbank.net (Erişim: 16.10.2024).

<sup>221</sup> Danıştay 15. Dairesi, T. 13.03.2014, E. 2013/447, K. 2014/1778 aktaran Çınarlı, s. 67-68. Bu yöndeki başka kararlar için bkz. Danıştay 15. Dairesi, T. 25.02.2014, E. 2013/3906, K. 2014/1180 aktaran Çınarlı, s. 69; Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, T. 23.10.1998, E. 1997/66, K. 1998/307, www.kazanci.com.tr (Erişim: 19.10.2024).

runa göre hüküm kurması gerektiği ifade edilmektedir.<sup>222</sup> Bu durum, hâkimin bağımsız karar verebilmesi ve bilirkişi raporlarının takdiri delil olmasıyla açıkça bağdaşmamaktadır. Bu nedenle, hâkimin bilirkişi raporundan yeterli bilgiyi edinmesi durumunda rapordaki görüşün aksi yönünde hüküm kurabilmelidir.<sup>223</sup> Ancak bu durumun kararda gerekçelendirilmesi zorunludur.<sup>224</sup> Öğretide *Kayıhoğlu* ise bilirkişi raporlarının içeriği bakımından ayırım yapılmasını, salt bilimsel verilere dayandırılan, özel ve teknik bilgi sunulan raporlara (imza incelemesi, maddi bilimsel tespitler içeren) aykırı olarak hâkim tarafından hüküm kurulması mümkün bulunmadığını; bu hallerde hâkimin ancak dosyayı başka bir bilirkişiye göndermek suretiyle, raporun aksi yönünde hüküm kurabileceğini savunmuştur.<sup>225</sup>

Görüldüğü gibi, içerik yönünden hukuka aykırı olduğu açıkça anlaşılan yahut teknik ve uzmanlık yönünden hatalar içerdiği ortaya konulmuş bilirkişi raporu esas alınarak hüküm kurulması hukuka aykırılık oluşturmaktadır.

## B. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Tarafından Denetimi

Her ne kadar takdiri delil niteliğinde olsa da mahkemenin nihai kararını oluşturması bakımından bilirkişi raporları büyük önem taşımaktadır. Öyle ki, öğretisi ve yargı kararlarında karşı çıkılmakta ise de uyuşmazlıklar çoğu zaman bilirkişi raporunda yer alan görüşün tekrarlanması suretiyle çözümlenmektedir. Bu bakımdan, bilirkişi raporlarının usule ve hukuka uygun olarak düzenlenmesi ile mahkemenin maddi gerçeği doğru olarak tespiti ve adil bir yargılama yapması arasında doğrudan bir ilişkinin bulunduğu açıktır. Bu sebeptendir ki, Anayasa Mahkemesi uyuşmazlığın çözümünde esas alınan bilirkişi raporlarının usule ve hukuka uygun olup olmadığı hususunu adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirme konusu yapmış; bilirkişi

<sup>222</sup> Berberoğlu Yenipınar, s. 25.

<sup>223</sup> Candan, s. 861; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 1543; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 434. Bu yöndeki Danıştay kararı için bkz. Danıştay 7. Dairesi, T. 19.11.1991, E. 1991/1614, K. 1991/2789, www.legalbank.net (Erişim: 16.10.2024).

<sup>224</sup> Danıştay 3. Dairesi, T. 05.06.1991, E. 1989/2916, K. 1991/2026, *Danıştay Dergisi*, S. 84-85, s. 123.

<sup>225</sup> Kayıhoğlu, s. 158.

raporlarının kabul edilebilir nitelendirilmesi adına birtakım ilke ve kurallar koymuş, bunlara aykırı raporlara dayanılarak hüküm kurulmasının hak ihlali yaratacağına hükmetmiştir.

Diğer yandan, gerek Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrasında açıkça vurgulanması ve gerek Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik uygulaması doğrultusunda Anayasa Mahkemesi kararlarında çoğu kez Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadına uygun hüküm kurmaktadır. Bu sebeple, bilirkişilik müessesesi ile bilirkişi raporlarının denetimine yönelik AİHM içtihadı ayrı bir önem taşımaktadır.

İlk olarak, AİHM kararlarında, bilirkişi raporunun ihtilaf konusu olayın meydana gelmesinde oynayacağı rol hakkında herhangi bir bilimsel değerlendirme içermemesi; mevcut davada uygulanabilecek veya uygulanması gereken tedavi protokoller incelenmeden, yalnızca bu zamana kadar uygulanan tıbbi işlemlerden söz edilmesi ve hiçbir zaman çağdaş tıp ve meslek kurallarından bahsetmeden ve bu türden bir açıklamayı belirtmeye imkân verebilecek neden veya nedenlerini herhangi bir şekilde açıklamadan, doktorların söz konusu standart ve kurallar ile uygunluk içerisinde hareket ettikleri sonucuna varması hak ihlali olarak nitelendirilmiştir.<sup>226</sup> Yalnızca gerekçeli bir sonuç içeren ve somut olayda ileri sürülen sorulara cevap getiren, detaylı ve bilimsel içerikle desteklenen raporlar kişilerin adalete güven duymalarını sağlayabilir.<sup>227</sup> Bu bakımdan AİHM'in bilirkişi raporlarının içeriğinin sorulan soruları gerekçeli cevaplamaya elverişli olup olmadığına önem atfettiği ortadadır.

Yine, kararlarında AİHM bilirkişinin uyuşmazlığın çözümüne yönelik teknik değerlendirme yapmak bakımından yeterli olup olmadığını değerlendirmektedir. AİHM, hükme esas alınan bilirkişi raporunu hazırlayan bilirkişilerin uyuşmazlık konusu teknik bakımından bilimsel yeterliliğe sahip ya da ilgili branştan olmamasını hak ihlali

<sup>226</sup> Aydoğdu/Türkiye, T. 30.09.2016, B.No: 40448/06. Bu yöndeki başka kararlar için bkz. Altuğ ve Diğerleri/ Türkiye, T. 30.06.2015, B.No: 32086/07; Bajić/Hırvatistan, T. 13.11.2012, B.No: 41108/10; Sara Lind Eggertsdóttir/İzlanda, T. 04.07.2007, B.No: 31930/04, www.hudoc.echr.coe.int (Erişim: 12.10.2024).

<sup>227</sup> Eugenia Lazăr/Romanya, T. 16.05.2010, B. No: 32146/05, www.hudoc.echr.coe.int (Erişim: 12.10.2024).

olarak nitelendirmiştir.<sup>228</sup> Farklı kararlarının gerekçelerinde AİHM, uyumsuzluk konusu alana ilişkin uzmanların bilirkişi heyetinde sayıca azınlıkta olmasını yetersiz bulmuş; akademik kariyere sahip, uzman kişilerin görevlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır.<sup>229</sup> Bilirkişinin bağımsızlık ve tarafsızlık koşullarının sağlanıp sağlanmadığını denetlediği kararlar da bulunmaktadır.<sup>230</sup>

Bir diğer kararında ise AİHM, bilirkişi raporunu değerlendirmekle yükümlü olan mahkemenin, bu raporu doğrudan esas alarak ya da aynen tekrarlayarak karar vermemesini; icap eden hallerde bilirkişi raporunda yer alan içeriğin doğruluğunu, gerçekte bağdaşır olup olmadığını denetlemesi ve sorgulaması gerektiğini ifade etmiştir.<sup>231</sup>

Uyumsuzluğun çözümünde bilirkişi raporunun esas alındığı hallerde, AİHM'in söz konusu raporu organik, biçimsel ve içeriksel yönden değerlendirdiğini; eksik ya da hatalı raporlar esas alınarak hüküm kurulmasını hak ihlali olarak nitelendirdiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Anayasa Mahkemesi de derece mahkemelerinin kararlarının eksik, gerekçesiz, çelişkili ya da uyumsuzluğun çözümü bakımından açık ve anlaşılır olmayan bilirkişi raporlarına dayandırılmasının hak ihlali oluşturacağına hükmetmektedir.<sup>232</sup> Kararlarında Anayasa Mahkemesi bilirkişi raporu alınmasının gerekip gerekmediği hususunda değerlendirme yapmama taysa da karara esas alınan bilirkişi raporunu, bilirkişinin niteliği ve raporun içeriği yönünden denetleyerek karar vermektedir.<sup>233</sup> Burada ifade etmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi

<sup>228</sup> Aydoğdu/Türkiye, T. 30.09.2016, B.No: 40448/06; Tapınc/Türkiye, T. 08.04.2014, B.No: 19378/08, www.hudoc.echr.coe.int (Erişim: 12.10.2024).

<sup>229</sup> Serkan Seyhan, "Karar İncelemesi - Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Aydoğdu/Türkiye Davası (Başvuru No:40448/06) Karar Tarihi: 30.08.2016", *Fasikül Hukuk Dergisi*, C. 8, S. 83, 2016.

<sup>230</sup> Bajić/Hırvatistan, T. 13.11.2012, B.No: 41108/10; Karpisiewicz/Polonya, T. 11.12.2012, B.No: 14730/09; Barabanshchikov /Rusya, T. 08.01.2009, B.No: 36220/02, www.hudoc.echr.coe.int (Erişim: 12.10.2024).

<sup>231</sup> Yardımcı/Türkiye, T. 05.01.2010, B.No: 5266/05, www.hudoc.echr.coe.int (Erişim: 11.10.2024).

<sup>232</sup> Anayasa Mahkemesi, Aydın Gür, B.No: 2015/3640, T. 30.10.2018; Anayasa Mahkemesi, Hilmi Düzgüner, B.No: 2014/9690, T. 11.05.2017, www.anayasa.gov.tr (Erişim: 30.09.2024).

<sup>233</sup> Anayasa Mahkemesi, Sencer Başat ve Diğerleri, T. 18.06.2014, B.No: 2013/7800, 18/6/2014, www.anayasa.gov.tr (Erişim: 23.10.2024).

tıpkı AİHM içtihadında olduğu gibi, hukuka veya usule aykırı bulunduğu bilirkişi raporuna dayanılarak hüküm kurulan halleri yalnızca Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı kapsamında değil; uyuşmazlığın maddi gerçeğe aykırı olarak çözümlenmesi sebebiyle, dava konusu idari işlem veya eylemle müdahale edilen hak yönünden de ihlal sebebi olarak nitelendirmektedir.<sup>234</sup> Bilindiği gibi temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından Devlet'in usul yükümlülüğü bulunmakta olup, temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği hallerde öncelikle söz konusu durumun yarattığı olumsuz sonuçların derece mahkemelerince yapılacak etkin bir yargısal denetimle ortadan kaldırılması gerekir. Söz konusu etkili yargısal denetimin yapılması usul yönünden hak ihlaline sebep olur.<sup>235</sup> Bu noktada, mahkeme tarafından verilen karara dayanak oluşturan bilirkişi raporunun hukuka ve usule aykırı olması, yargısal denetimin maddi gerçeğin tespiti bakımından elverişsiz olmasına yol açmakta; bu durum etkili yargısal denetim yükümlülüğünün ihlaline sebep olur.

Anayasa Mahkemesi bir kararında, bilirkişi raporunda yer alan içerikle dosya kapsamındaki bilgi ve belgelerin örtüşmemesini, çelişkili olmasını ve bu rapor esas alınarak hüküm kurulmasını hak ihlali olarak nitelendirmiştir.<sup>236</sup> Diğer bir kararda ise mahkemenin gerekçesini açıkça ortaya koymak kaydıyla yetersiz bulunduğu bilirkişi raporunun aksi yönde hüküm kurmasının hak ihlali oluşturmadığını ifade etmiştir.<sup>237</sup> Başka bir kararda ise, mahkemenin gerekçesiz veya soyut, teknik bilgiler ile maddi vakıalar arasında ilişkinin kurulmadığı, ye-

<sup>234</sup> Anayasa Mahkemesi, Fındık Kılıçaslan, T. 11.10.2018, B.No: 2015/97, www.anayasa.gov.tr (Erişim: 30.09.2024).

<sup>235</sup> Mc Cann ve Diğerleri/İngiltere, T. 27.09.1995, B.No: 17/1994/464/545, www.hudoc.echr.coe.int (Erişim: 01.10.2024).

<sup>236</sup> Anayasa Mahkemesi, Yasin Çıldır, T. 14.04.2016, B.No: 2013/8147, www.anayasa.gov.tr (Erişim: 10.10.2024).

<sup>237</sup> "...bilirkişinin bilimsel veya teknik uzmanlık gerektiren ve objektif olarak bakıldığında mahkemenin vâkıf olmadığı meselelerde görüş beyan ettiği dikkate alındığında mahkemenin bilirkişi raporunu yetersiz görmesi durumunda bunun gerekçesini ortaya koyması gerekir. Mahkemenin, gerekçesini açıklamadan bilirkişi raporunu hükme esas alınamaz bulması, raporun lehine olduğu kişi açısından yargılama adaletini olumsuz yönde etkileyebileceği gibi ... davalarda taşınmazın gerçek bedelinin veya taşınmazda meydana gelen değer kaybının gerçek miktarının tespit edilmesini de engelleyebilir". (Anayasa Mahkemesi, Saadet Esin, T. 26.10.2017, B.No: 2014/18103, www.anayasa.gov.tr (Erişim: 22.10.2024).)

terli somut bulgu ve tespitlere yer verilmeyen bilirkişi raporu esas alınarak hüküm kurmasının hak ihlali oluşturacağına hükmedilmiştir.<sup>238</sup> Başka bir kararda da “...derece mahkemesinin gerekçeleri, tarafların kanun yoluna başvuru imkanının etkili şekilde kullanabilmesini sağlayacak surette ayrıntılı olarak ortaya konulmalı; ulaşılan sonuçlar yeterli açıklıktaki bilimsel görüş ve raporlar gibi somut, nesnel verilere dayandırılmalıdır” denilerek bilirkişi raporlarının somut, nesnel, bilimsel ve anlaşılabilir olması gerektiğine vurgu yapılmıştır.<sup>239</sup>

İçerik bakımından da Anayasa Mahkemesi, dosyaya sunulan bilirkişi raporlarının mahkemece inceleme konusu yapılmasının, yani dikkate alınmasının zorunlu olduğunu belirtmekle birlikte; gerekçesini ortaya koymak suretiyle mahkemenin bilirkişi raporundan aksi yönde hüküm kurmasının mümkün olduğunu ve hatta gerekli olduğunu ortaya koymuştur.<sup>240</sup>

*“...derece mahkemelerinin hükümlerini dayandırdığı bilirkişi raporlarında ifadeler, bağlamlarından koparılarak incelenmiş; özellikle eldeki başvuruya konu kitabın kurgusal bir roman olduğu, özgün bir tarzının bulunduğu gözetilmemiş, ...yalnızca ifade edilen fikir ve bilgilerin içeriğini değil bunların ifade ediliş biçimlerini de koruma altına aldığı göz önünde bulundurulmamıştır. ...mahkemelerin kararlarını dayandırdıkları raporlardan ilkinin hazırlayan akademisyenlerden olan ve eski Anadolu Türkçesi ve tarihî Türk lehçeleri alanında akademik çalışmaları bulunan Türk dili bilirkişisi ile ceza ve ceza usul hukuku alanında çalışan bir akademisyen olduğu anlaşılan diğer bilirkişinin olay bağlamında Fransız kültürü ve edebiyatı alanında nasıl bir uzmanlığının olduğu dosyadan anlaşılamamıştır.”<sup>241</sup>*

Sözü geçen bu kararında Anayasa Mahkemesi derece mahkemesi tarafından hükme esas alınan bilirkişi raporunu içerik yönünden denetlemiş; raporun içeriksel yönden hata ve eksiklikler taşıdığı gerek-

<sup>238</sup> Anayasa Mahkemesi, Emrah Egeç, T. 11.12.2018, B.No: 2015/9714, www.anayasa.gov.tr (Erişim: 10.10.2024).

<sup>239</sup> Anayasa Mahkemesi, Fındık Kılıçaslan, T. 11.10.2018, B.No: 2015/97, www.anayasa.gov.tr (Erişim: 30.09.2024).

<sup>240</sup> Anayasa Mahkemesi, İrfan Sancı (2), T. 30.03.2022, B.No: 2018/5652, www.anayasa.gov.tr (Erişim: 22.10.2024); Anayasa Mahkemesi, T. 03.06.2021, E. 2021/8, K. 2021/40; Anayasa Mahkemesi, A.D., T. 09.01.2019, B.No: 2015/10393; Anayasa Mahkemesi, Tam Petrol Ürünleri Alım Satım LTD Şti, T. 10.06.2015, B.No: 2013/2131, www.anayasa.gov.tr (Erişim: 22.10.2024);

<sup>241</sup> Anayasa Mahkemesi, İrfan Sancı (2), T. 30.03.2022, B.No: 2018/5652, www.anayasa.gov.tr (Erişim: 22.10.2024).

çesiyle hükme esas alınmasını hukuka aykırı bulmuştur. Ayrıca bu kararda Anayasa Mahkemesi'nin bilirkişi atanan kişilerin uyuşmazlığın çözümü bakımından uzmanlık koşulunu sağlayıp sağlamadığının da değerlendirildiği dikkat çekmektedir.

Başka bir kararda ise Anayasa Mahkemesi içerik yönünden değerlendirdiği hükme esas bilirkişi raporunu hukuka uygun bulmuştur.<sup>242</sup>

*“olayda doktorların ve hastanenin kusurunun bulunmadığı yönünde görüş bildiren bilirkişi raporuna dayanarak davanın reddine karar vermiştir. Hükme esas alınan ikinci raporda, tarafların iddialarının kişi hakkında düzenlenen tıbbi belgelerdeki bulgular ve genel tıp kuralları gözetilerek değerlendirildiği görülmüştür. Buna göre derece mahkemesince yapılan yargılamada ve uzman bilirkişi raporunda yeterli somut bulgu ve tespitlere yer verilerek başvurucuların iddialarının bu yönüyle ayrıntılı bir biçimde tartışıldığı ve karşılandığı söylenebilir”.*

Görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesi bilirkişi raporlarını organik, biçimsel ve içeriksel yönden denetime tabi tutmaktadır. Söz konusu denetim sonucunda hukuka yahut usule aykırı rapor esas alınarak hüküm kurulduğunun tespit edilmesi yalnızca adil yargılanma hakkı bakımından değil; derece mahkemesi önünde yargılama konusu yapılan idari işlem veya eylemin müdahale oluşturduğu hakka yönelik aykırılığın giderilememiş olması sebebiyle, bu hakkın da usul yönünden ihlal edilmiş olduğunu ortaya konulmuştur.

## SONUÇ

Sosyal ve ekonomik hayatın getirdiği ihtiyaçlara paralel olarak idarenin faaliyetlerindeki sayı ve içerik yönünden artışa bağlı olarak, idari uyuşmazlıkların çözümünde bilirkişiye başvurulması adeta bir mecburiyet haline gelmiştir. Nitekim, yargı mercileri de çözümü teknik ve özel bilgi ya da uzmanlık gerektiren konularda bilirkişi görüşü alınmadan hüküm kurulmasının hukuka aykırılık oluşturacağını ortaya koymaktadır. Bu durum ise, uyuşmazlıkların bilirkişi ile hâkimin birlikte yürüttüğü yargılama faaliyeti yoluyla çözümlenebilmesi sonucunu meydana getirmektedir.

<sup>242</sup> Anayasa Mahkemesi, Sultan Bulut ve Diğerleri, T. 20.12.2021, B.No: 2017/37430, www.anayasa.gov.tr (Erişim: 22.10.2024).



Uyuşmazlığın çözümünde üstlendiği etkin konum dikkate alındığında, İYUK'ta bilirkişilik müessesesinin ayrıca düzenlenmemiş olması birtakım hukuki problemleri beraberinde getirmektedir. Şöyle ki, resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu idari yargılama usulünde bilirkişilik müessesesinin işletilmesi bakımından hâkimin daha etkin bir rolü bulunur. Bu husus, özellikle bilirkişi görüşü istenmesinin gerekip gerekmediği, bilirkişinin seçimi, bilirkişilik faaliyetinin yürütülüş biçimi ve nihayet bilirkişi raporlarının yargılama üzerindeki etkisi yönlerinden idari yargı hakiminin adli yargı mercilerine nazaran daha geniş bir serbestlik içerisinde bulunmasını sağlar. Bilirkişilik müessesesi yönünden adli yargıda benimsenen katı usul kuralları idari yargılama hukukunun kendine özgü özellikleri dikkate alınarak esnetilmiş ve hatta ayırık uygulamalar içtihat yoluyla geliştirilmiştir. Bunun yanında, idari uyuşmazlıkların çözümünde tarafların pasif statüsü, bilirkişi raporunun gerek hazırlanması ve gerek devam eden yargılama üzerinde etki doğurması aşamalarında tarafların etkili katılım sağlayamamasına, iddia ve savunmalarını ileri sürememelerine; eksik, yetersiz veya içerik yönünden hatalı bilirkişi raporları esas alınarak hüküm kurulmasına sebep olabilmektedir. Bu durumun, maddi gerçeğin tespitinin yanında adil yargılanma hakkının kullanılması adına önemli bir hukuki sorun teşkil edeceği açıktır. Açıklanan sebeplerle, bilirkişilik müessesesinin İYUK'ta, idari yargıya uyarlanarak yer bulmasının isabetli olacağı kanaatindeyiz.

İdari yargı mercilerinin iş yükünün yoğunluğunun da bir sonucu olarak, mahkemelerin özellikle teknik ve özel bilgi ya da uzmanlık gerektiren uyuşmazlıkların çözümünü fiili olarak bilirkişiye bıraktıkları; çoğunlukla bilirkişi raporunda ortaya konulan görüşü aynen tekrar etmek suretiyle hüküm kurdukları dikkat çekmektedir. Hâkimin teknik ve özel bilgi gerektiren konularda bilirkişi görüşünden yararlanması kaçınılmaz bir gereklilik ise de gerek hakim söz konusu raporlardaki açıklamalara ek hukuki tespit ve değerlendirmede bulunmaktan imtina etmesi ve gerek bilirkişi raporlarında teknik ve özel bilginin yanında hukuki değerlendirmelere de yer verilmesi, yargı yetkisinin fiili olarak bilirkişiye devri gibi Anayasa'ya aykırı bir sonucu beraberinde getirmektedir. Oysaki, bilirkişilik müessesesine başvuru hallerde bilirkişi yalnızca çözümü teknik ve özel bilgi gerektiren unsurlara yönelik değerlendirme yapma yetkisini haiz olmakta, teknik

değerlendirmeleri içeren görüş üzerine nihai karar mahkeme tarafından yapılan hukuki inceleme üzerine verilmektedir. Uygulamada ise bilirkişilik müessesesi adeta uyuşmazlığın esas çözüm mercii şeklinde algılanabilmektedir.

Nihai yargılama mercii olmanın yanında mahkemelerin bilirkişi raporlarının usule ve hukuka uygun olup olmadığı bakımından da denetim yetkisi bulunmaktadır. Öyle ki, bilirkişinin organik yönden doğru belirlenmemesi yahut bilirkişi raporunun biçimsel veya içeriksel yönden eksik ya da kusurlu olması durumunda söz konusu rapor esas alınarak hüküm kurulması Danıştayca bozma sebebi, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından ise hak ihlali olarak nitelendirilmektedir. Dolayısıyla gerek bilirkişinin seçimi ve gerek bilirkişi raporlarının usule ve hukuka uygun olması yargılama faaliyetinin etkili işlemesi bakımından ehemmiyet taşımaktadır.

Bu noktada, bilirkişilik müessesinin idari yargılama usulüne özgü olarak kanunda ayrıca düzenlenmesinin yanında gerek bilirkişinin seçilmesi, gerekse bilirkişi raporlarının biçim ve içerik yönünden taşınması gereken nitelik ve koşulları somutlaştıran ölçütlerin belirlenmesi, bu ölçütler hakkında, bilirkişilik yapan kişi ve kuruluşların bilgilendirilmesi ve yargı mercilerinin sıkı bir denetim uygulaması büyük önem taşımaktadır. Bu sayede, bilirkişi raporunun usule ve hukuka uygunluğu, Nihai Hükümün De Hukuka Uygun Olmasını Sağlayabilecektir.

## KAYNAKÇA

### Kitaplar

- Akyılmaz Bahtiyar, Sezginer Murat, Kaya Cemil, Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.
- Aslan Zehreddin, Barlass İrfan, Arat Nilay, Kağıtçıoğlu Mutlu, Altındağ Halil, Gümüşkaya Gamze, Bardakçı Mehmet Akif, Yüzbaşıoğlu Cihan, Madde Sistematiği ile İdari Yargılama Hukuku, 4. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Atalı Murat, Ermenek İbrahim, Erdoğan Ersin, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Berberoğlu Yenipınar Filiz, İdare ve Vergi Mahkemelerinde Bilirkişilik, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.
- Candan Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 7. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- Çakır Hüseyin Melih, 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu Kapsamında Bilirkişinin Disiplin Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

- Deryal Yahya, *Türk Hukukunda Bilirkişilik*, 6. bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017. ("Bilirkişilik")
- Erdal Muhammed, *İdari Yargıda Fer'i Müdahale*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- Gözler Kemal, *İdare Hukuku*, C. 1, 2. baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2009.
- Gözübüyük, A. Şeref, Tan Turgut, *İdare Hukuku*, C. 2, 8. baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.
- Günday Metin, *İdari Yargılama Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022.
- Kaplan Gürsel, *İdari Yargılama Hukuku*, 3. baskı, Ekin Yayıncılık, 2018.
- Karahanogulları Onur, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.
- Koroğlu Hasan, *Türk Mahkemelerinde Bilirkişilik ve Bilirkişi Kurumları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001.
- Kuru Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. 3, 6. baskı, Demir-Demir, İstanbul, 2001.
- Özdemir Selman, *Bilirkişi İncelemesi*, Adalet Yayınları, Ankara, 2020.
- Pekcanitez Hakan, Atalay Oğuz, Özkes Muhammet, *Medeni Usul Hukuku*, 12. bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024.
- Tansuğ Çağla, *İdari Yargılama Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Yasin Melikşah, *İdari Yargılama Hukukunda İspat*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- Yıldırım Turan, Fiş Üstün Gül, *Açıklamalı Notlu İdari Yargılama Usulü Kanunu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

## Makaleler

- Akıllıoğlu Tekin, "Bilirkişi ve Doğru Yargılama" konulu Onar-Sarıca-Duran Hukuk Devleti Günü (5 Mart 2012) Sempozyum konuşması in *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. 15 S. 2, 2012, ss. 169 - 221.
- Akil Cenk, "Medeni Yargılama Hukukunda Mahkeme Tarafından Atanan Bilirkişi-Uzman Tanık Ayrımı", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 2011, S. 2, ss. 171-183.
- Aşçıoğlu Çetin, "Yargılama Çalışmalarında Bilirkişi Sorunu ve Nitelendirmede Bilirkişinin Görevi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 1992, S. 8, ss. 349-371.
- Çınarlı Serkan, "Bilirkişi Raporunun İdare Hukuku Açısından Delil Değeri", XVI *Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu- Tıp Hukukunda Bilirkişilik*, İzmir Barosu Yayınları, İzmir, 2018, ss. 55-74.
- Deryal Yahya, "Bilirkişiden Ek Rapor İstenmesi ve Yeni Bilirkişi İncelemesi", XVI *Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu- Tıp Hukukunda Bilirkişilik*, İzmir Barosu Yayınları, İzmir, 2018, ss. 21-43. ("Ek Rapor")
- Eroğlu Durkal Müzeyyen, "Tam Yargı Davalarında Manevi Tazminat", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 131, 2017, ss. 179-210.
- Koç Sermet, "Bilirkişilik ve Adli Tıp Kurumu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 50, Ankara, 2004, ss. 144-151.

- Mavioğlu Oral, "Bilirkişiyeye Başvurma Zorunluğu ve Bilirkişi Raporları Karşısında Yargıcın Durumu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 36, S. 1-4, 1970, ss. 371-387.
- Papakçı Acun, "Hukuki Bilirkişilik", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 1, 2016, ss. 433-456.
- Pekcanitez Hakan, "Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi" in *Prof. Dr. Saim Üstündağ'ya Armağan*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, ss. 397-418.
- Seyhan Serkan, "Karar İncelemesi - Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Aydoğdu/Türkiye Davası (Başvuru No:40448/06) Karar Tarihi: 30.08.2016", *Fasikül Hukuk Dergisi*, C. 8, S. 83, 2016, ss.54-63.
- Tan Turgut, "Sınav ve Jüri Değerlendirmelerinin Yargısal Denetimi", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Oral Sender'e Armağan Özel Sayısı*, C. 51, S. 1-4, 1994, ss. 409-423.
- Tanrıver Süha, "Bilirkişinin Sorumluluğu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 56, 2005, ss.133-166.
- Türk Hikmet Sami, "Bilirkişilik", *Adalet Dergisi*, Y. 91, S. 5, 2000, ss. 1-5.
- Ulukapı Ömer, "Bilirkişi Raporu ve Bilirkişi Raporunun Delil Olarak Değeri", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 3-4, 2001, ss. 191-207.

## **Diğer Eserler**

- Kaylıoğlu Deniz, *İdari Yargılama Hukukunda Bilirkişilik, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 2019.
- Yayla Yıldızhan, *İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu (Birinci Bölüm Tartışmalar)*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No: 33, Ankara, 1982.

# CEZA KOVUŞTURMASININ DİSİPLİN SORUŞTURMASINA ETKİSİ

## THE EFFECT OF CRIMINAL PROSECUTION ON DISCIPLINARY INVESTIGATION

Gamze OFLAZ KÖKSAL\*

**Özet:** Kamu hizmetinin iç düzenine ilişkin disiplin suç ve cezalarının düzenlendiği rejim disiplin hukukunu ifade etmektedir. Kamu görevlilerine uygulanan disiplin suç ve cezalarının amacı, kamu hizmetinin sürekliliğinin sağlanması ve kamu görevlilerinin görevle olan bağlarının kuvvetlendirilerek kamu hizmetlerinin iyi bir düzeyde işleminin sağlanmasıdır. Disiplin hukuku büyük ölçüde ceza hukukundan etkilendiği için, ceza hukukundaki ilkelerin birçoğu disiplin hukukunda da geçerlidir.

Disiplin hukuku ve ceza hukukunun birbirinden bağımsızlığı genel kabul görmektedir. Bununla beraber bu bağımsızlık mutlak düzeyde değildir. Zira, disiplin suçu niteliğindeki bir eylem aynı zamanda ceza hukukuna göre suç teşkil edebilir. Bu durumda kişi hakkında hem disiplin soruşturması hem de ceza kovuşturması yürütülmesi gerekecektir. Disiplin soruşturması açılması için ceza kovuşturmasına başlanmış olması şart mıdır? Ceza kovuşturmasında verilecek kararın disiplin soruşturmasında beklenmesi gerekir mi? Ceza kovuşturmasında verilecek karar, disiplin soruşturmasında verilecek kararı etkiler mi? Çalışmamızda bu iki rejimin birbirine olan olası etkilerini değerlendirdik.

**Anahtar Kelimeler:** Disiplin Hukuku, Ceza Kovuşturması, Kamu Görevlileri

**Abstract:** Disciplinary law refers to the regime that regulates disciplinary offenses and penalties related to the internal regulation of public service. The purpose of the disciplinary offenses and penalties applied to public officials is to ensure the continuity of public service and to maintain a good level of operation of public services by strengthening the bonds of public officials with their duties. Be-

\* Avukat, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, avgamzeoflazz@gmail.com, ORCID No: 0000-0002-4048-6688, Makalenin Gönderim Tarihi: 09.08.2024, Kabul Tarihi: 13.11.2024

cause disciplinary law is influenced mainly by criminal law, many of the principles of criminal law are also valid in disciplinary law.

It is generally acknowledged that disciplinary law and criminal law are independent of each other. Nonetheless, this independence is not at an absolute level. This is because an action that qualifies as a disciplinary offense can also constitute a crime according to criminal law. In this case, both disciplinary investigation and criminal prosecution will need to be conducted against the person. Is it necessary to initiate criminal prosecution for a disciplinary investigation to be launched? Should the decision to be made by the criminal prosecution be awaited in the disciplinary investigation? Does the decision to be given in the criminal prosecution affect the decision to be given in the disciplinary investigation? In our study, we evaluated the possible effects of these two regimes on each other.

**Keywords:** Disciplinary Law, Criminal Prosecution, Public Officials

## GİRİŞ

Kamu hizmetinin sürekliliğinin sağlanması amacıyla kamu hizmeti gören idare personeli yani kamu görevlilerinin uymakla yükümlü olduğu kurallar ve bu kurallara uyulmaması halinde karşılaşılabilecek yaptırımların oluşturduğu rejime disiplin hukuku adı verilmektedir. Disiplin hukuku, kamu görevlilerinin uyması gerekli düzen kuralları ile bunlara uyulmaması halinde karşılaşılabilecek disiplin cezalarını içerir. Disiplin cezaları ancak idare tarafından usule uygun olarak yapılacak disiplin soruşturması neticesinde verilebilir.

Disiplin hukuku büyük ölçüde ceza hukukundan etkilenmiştir. Ceza Hukuku alanında geçerli olan evrensel ilkelerin büyük bir kısmı disiplin hukukunda da uygulanmaktadır. Bazı durumlarda, disiplin cezasını gerektiren eylem veya davranış, ceza hukuku bağlamında da bir suç oluşturabilir. Bu tip durumlarda, kamu görevlisi hakkında disiplin soruşturması ile birlikte özel kanunlarla belirlenen kurallara uygun olarak ceza kovuşturması da yürütülecektir. İşte böyle bir durumda, ceza kovuşturması ile ceza kovuşturmasında verilen kararların, disiplin soruşturmasına etkisinin ne olacağı sorunu gündeme gelmektedir.

Kural olarak, ceza hukuku ile disiplin hukukunun birbirinden bağımsız olduğu kabul edilmekle birlikte, uygulamada her zaman böyle olması mümkün değildir. Bu çalışmada ceza kovuşturmasının disiplin soruşturmasına olan etkisi farklı boyutlardan ele alınarak incelenmiştir.

tir. Çalışma kapsamında, disiplin hukukuna tabi olan personelin tamamı, çalışma içi bütünlüğü, yeknesaklığı ve terim karmaşası olmasını sağlayabilmek amacıyla, memurlar ve diğer kamu görevlilerini de içerisine alacak şekilde, “kamu görevlileri” terimi ile ele alınmıştır.

Bu amaçla birinci bölümde disiplin hukuku ile ilgili açıklamalarda bulunarak, disiplin hukuku kavramlarından, disiplin hukukunda geçerli ilkelerden ve disiplin soruşturması usulünden söz edilmiştir. Ceza kovuşturması ile disiplin soruşturmasının bağımsızlığının mümkün olup olmadığı hususunun değerlendirildiği ikinci bölümde ise “ne bis in idem” kuralı bağlamında bir değerlendirme yapılmıştır, bekletici mesele sorununa değinildikten sonra son olarak ceza kovuşturması sonucu verilen kararların disiplin soruşturmasına olan etkisi bakımından değerlendirme yapılarak konu bu plan dahilinde sunulmaya çalışılmıştır.

## I. DISİPLİN HUKUKU

Disiplin hukuku, hiyerarşi yetkisinin bulunduğu ya da bulunmadığı bir topluluğa bağlılıktan kaynaklanan, iç düzenin korunması amacı ve itaat yükümlülüğüne bağlı olarak ortaya çıkan disiplin normlarını ve yaptırımlarını içeren rejimdir.<sup>1</sup> Tanımdan da anlaşılacağı üzere, disiplin yaptırımının mevcudiyeti için yaptırımı uygulayacak merci ile yaptırıma maruz kalan kişi arasında her zaman ve mutlaka hiyerarşi ilişkisi bulunması zorunlu değildir. Örnek verilecek olursa, hekim veya avukat gibi serbest meslek mensupları da disiplin yaptırımına tabi tutulabilir.<sup>2</sup> Bu kapsamda disiplin hukuku geniş bir hukuki çerçeveye sahip olup, çalışmamızın konusu yalnızca kamu görevlilerinin disiplin sorumluluğuna ilişkin olacaktır.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Hakan Hakeri, Ceza Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 26. Baskı, 2022, s.45.; Ender Ethem Atay, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s.756.

<sup>2</sup> Oğuz Sancakdar/Elif Altınok Çalışkan/Gizem Dursun Özdemir/Pınar Yağcı/Serkan Seyhan/Egemen Karaca, Disiplin Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2.baskı, 2022, s.27.

<sup>3</sup> Çalışma kapsamı dışındaki hususlarda incelenebilecek bazı kaynaklar, Bahattin Duman, Yükseköğretim Ceza ve Disiplin Soruşturması, Seçkin Yayınevi, Ankara, 3.baskı, 2012.; Erol Dündar, “Emniyet Mensuplarına İlişkin Disiplin Cezaları ve Yargı Denetimi”, *Danıştay Dergisi*, 1986, C: 16, S:62-63, ss.15-50; Erol Dündar, Milli Eğitim Teşkilatı Mensuplarına İlişkin Disiplin Cezaları ve Yargı Denetimi, Milli Eğitim Bakanlığı, Ankara, 1987. ; M.Haşim Mısır, Avukatlık Disiplin Huku-



Bu kapsamda, kamu hizmetinin sürekliliğinin sağlanması için kamu görevlilerinin eylem ve davranışları için öngörülen kurallar bütünü ve bu kurallara aykırılık halinde uygulanacak yaptırımların oluşturduğu rejime disiplin hukuku adı verilmektedir.<sup>4</sup>

### A. Disiplin Hukuku Kavramları

Disiplin sözcüğü dilimize Fransızcadan (discipline) geçen bir terim olup<sup>5</sup> yönetimin düzenli, verimli yürütülebilmesi için uyulması gereken kurallar bütünüdür.<sup>6</sup>

Disiplin suçu ise kamu görevlilerinin çalıştıkları kurumun iç düzenini bozan davranışları, statülerine ilişkin kurallara uymamaları, görevleriyle alakalı kusurlu eylemleri olarak tanımlanabilir.<sup>7</sup> Kamu görevlilerinin olumlu ve olumsuz yükümler yükleyen kurallara uymamaları durumunda uygulanacak idari yaptırımların (disiplin cezaları) sebep unsuru olarak da tanımlanabilirler.<sup>8</sup> Bu bağlamda disiplin suçlarının yalnızca kamu görevlileri tarafından işlenebilen özgü suçlardan olduğu belirtilmelidir.<sup>9</sup> 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda<sup>10</sup> açıkça sayılmış olan disiplin suçları bulunmakla birlikte, bazı kamu görevlilerine özgü kuralları düzenleyen farklı kanunlarda da disiplin suçlarının ayrıca düzenlendiğine rastlanmaktadır.

---

ku, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2008.; Eylem Baş, "Hâkimlerin ve Savcılarının Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları", *Ankara Barosu Dergisi*, 2016, S: 3, ss.267 - 359.

<sup>4</sup> Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 7. baskı, 2019, s.525.

<sup>5</sup> Çağlayan, s.524.

<sup>6</sup> Çağlayan, s.525; Selman Sacit Boz, "Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, C: 25, S:2, s.17.

<sup>7</sup> Kemal Gözler/Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 21. baskı, 2019, s.595, Metin Günday, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, Ankara, 10. baskı, 2011, s.627, Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 10. baskı, 2022, s. 723, Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt I*, Turhan Kitabevi, Ankara, 9. baskı, 2013, s. 878-879, Çağlayan, s.525.

<sup>8</sup> Boz, s. 19.

<sup>9</sup> Onur Karahanoğulları, "Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri", *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, 1999, C:8, S:3, s.58.

<sup>10</sup> 23.07.1965 tarih ve 12056 sayılı Resmî Gazete.

Disiplin cezası, kısaca disiplin suçları için öngörülen idari yaptırım olarak tanımlanabilir.<sup>11</sup> 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda disiplin cezası tanımı yapılmamış olmakla beraber, disiplin cezalarının neler olduğu sayılmıştır. Disiplin cezalarını belirten 124. maddeden hareketle, disiplin cezası, kamu hizmetlerinin işlenmesini sağlamak amacıyla, kamu görevlisine kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve yönetmelikler aracılığıyla yüklenen yükümleri yerine getirmemek, zorunlu olduğu belirtilen hususları dikkate almamak, yasak olduğu belirtilen eylemleri gerçekleştirmek neticesinde, eylemin nitelik ve derecesine göre uygulanan idari yaptırımdır denilebilir.<sup>12</sup> Danıştay da bir kararında disiplin cezasını, “..disiplin cezaları, kamu görevlilerinin mevzuata, çalışma düzenine, hizmetin gereklerine aykırı eylemlerine karşı düzenlenen idari yaptırımlardır.” şeklinde tanımlamıştır.<sup>13</sup> Danıştay yakın tarihli bir başka kararında sübjektif ve bireysel etkileri bulunan disiplin cezalarının, aynı zamanda kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesi ve kamu düzeninin sağlanması açısından objektif ve kamusal öneme de sahip olduklarını belirtmiştir.<sup>14</sup>

Disiplin cezası biçiminde uygulanan idari yaptırımların amacı, kamu görevlisi ile görevi arasında bağ kurmak, kamu hizmetlerinin iyi düzeyde işlenmesini sağlamaktır.<sup>15</sup> Nitekim bir Anayasa Mahkemesi kararında disiplin cezalarının amacı şu şekilde ifade edilmiştir: “*kamu veya özel teşkilat düzenini devam ettirmek, onun verimli, süratli ve yararlı bir biçimde çalışmasını sağlamak, onur ve saygınlığını korumak*” ve “*kamu görevi yürüten bireyler açısından disiplin cezalarının amacı kamu görevlisini görevine bağlamak, kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesini ve bu suretle kurumların huzurunu temin etmek*” olarak belirtilebilir.<sup>16</sup> Yine disiplin cezası biçiminde uygulanan yaptırımların amaçları olarak, kurum düzenini sağlama, kamu görevlisinin mesleğinde korunmasını sağlama, kamu görevlisinin aynı disiplin suçunu bir daha işlenmesini engelle-

<sup>11</sup> Günday, s.627., Çağlayan, s.525., Gözübüyük/Tan, s.878-879, Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.723.

<sup>12</sup> Boz, s. 20.

<sup>13</sup> Danıştay 12. Daire, E: 2003/3174, K: 2006/6690, T: 26.12.2006.

<sup>14</sup> Danıştay 8. Daire, E: 2022/4558, K: 2023/6980, T: 08.12.2023.

<sup>15</sup> İbrahim Pınar, Disiplin Suç ve Cezaları ve Sicil Hukuku, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2008, s.1.

<sup>16</sup> Anayasa Mahkemesi, Başvuru Numarası: 2020/16903, T: 09.01.2024.

mek suretiyle eğitimini sağlama, kamu hizmetine ilişkin yükümlülüklerinde gerekli özen yükümlülüğünü yerine getirmeyen ilgili kamu görevlisinin hizmetten tasfiyesini sağlama, benzer disiplin suçlarının işlenmesini önlemek suretiyle korkutma/caydırma amaçları da belirtilebilir.<sup>17</sup>

Disiplin cezaları ile bu cezaları gerektirecek disiplin suçları hukukumuzda 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda düzenlenmektedir. Belirtmek gerekir ki 657 sayılı Kanun'un 125. maddesi bütün kamu görevlileri için uygulanabilecek genel hüküm özelliğinde olan bir maddedir.<sup>18</sup> Özel kanunlarda bazı özel kamu görevlileri için düzenlenen başka disiplin suç ve cezaları da bulunmaktadır. Öncelikle, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu 125. maddeye göre disiplin cezalarının neler olduğundan bahsedelim:

*Uyarma*, kamu görevlisine davranış ile görevlerinde dikkatli olması gerektiğinin yazılı olarak bildirilmesidir. Uyarma cezasını gerektiren disiplin suçları ise izinsiz veya mazeretsiz olarak göreve geç gelmek, erken ayrılmak, görev yerini terk, çalıştığı Kurumun belirlediği kılık-kıyafet kurallarına uymamak, Devlet memurluğuna yakışmayan eylem ve tavırlarda bulunmak, görev veya iş sahiplerine karşı ilgisiz davranışlarda bulunmak, verilen emirlerin yapılmasında, araç ve gereçlerin kullanımında düzensiz-kayıtsız davranmak olarak özetlenebilir.

*ınama*, kamu görevlisine davranış ile görevlerinde kusurlu olduğunun yazılı olarak bildirilmesidir. Kınama cezasını gerektiren disiplin suçları ise eş ve çocuklarının gelir getirici sürekli faaliyetlerini bildirmemek, görev sırasında amirine karşı saygısız davranış, kamu hizmeti dışında Devlet memurunun güven ve itibarını zedeleyecek davranışlarda bulunmak, Devlete ait araç, gereç, resmi belge ve benzeri şeyleri kaybetmek- özel işlerinde kullanmak, mesai arkadaşlarına veya iş sahiplerine sözle ya da fiili olarak sataşmak, amirin verdiği emirlere itiraz, basına yetkisiz olduğu halde demeç vermek, kurumun huzur ve sükununu bozmak, verilen emirlerin yapılmasında, araç ve gereçlerin kullanımında kusurlu davranmak olarak özetlenebilir.

<sup>17</sup> Daha fazla bilgi için bkz. Sancakdar/Altınok Çalışkan/Dursun Özdemir vd., s.30 vd.

<sup>18</sup> Kemal Gözler, İdare Hukuku Cilt II, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 3. baskı, 2019, s.789.

*Aylıktan kesme*, kamu görevlisinin brüt maaşından 1/30-1/8 arasında kesinti yapılmasıdır. Bu cezayı gerektiren disiplin suçları ise mazeretsiz olarak bir veya iki gün işe gelmemek, Devlete ait araç, gereç, resmi belge ve benzeri şeyleri çıkar sağlamak için kullanmak, göreviyle ilgili hususlarda yalan veya yanlış beyanda bulunmak, görev sırasında amire karşı söz ile saygısızlıkta bulunmak, kamu hizmeti içinde Devlet memurunun güven ve itibarını zedeleyecek davranışlarda bulunmak, verilen emirlerin yapılmasında, araç ve gereçlerin kullanımında kasıtlı olarak aykırı hareket etmek olarak özetlenebilir.

*Kademe ilerlemesinin durdurulması*, eylemin ağırlığına göre kamu görevlisinin kademe ilerlemesinin 1- 3 sene durdurulmasıdır. Bu cezayı gerektiren disiplin suçları ise: Görev yerinde alkol almak veya görev sırasında alkollü olmak, mazeretsiz ve kesintisiz olarak 3- 9 gün işe gelmemek, ne şekilde olursa olsun görev ile alakalı olarak çıkar sağlamak, gerçek dışı belge düzenlemek, ticari faaliyette bulunmak veya kazanç getirici olup yasaklanmış faaliyetlerde bulunmak, belirlenmiş süre ve hallerde mal bildiriminde bulunmamak, açıklanması yasaklanmış bilgiler hakkında açıklamada bulunmak, bir siyasi parti yarar ya da zararına faaliyetlerde bulunmak, görevi yerine getirirken dil, ırk, inanç, din, mezhep, siyasi düşünce veya cinsiyet gibi sebeplerle ayrımcılıkta bulunmak, verilen görevleri kasten yapmamak, amirine, maiyetindekilere hakaret-tehditte bulunmak ya da küçük düşürücü hareketler yapmak olarak özetlenebilir.

*Devlet memurluğundan çıkarma*, kamu görevlisinin tekrar alınmaması üzere Devlet memurluğundan çıkarılmasıdır. Bu cezayı gerektiren disiplin suçları, mazeretsiz olarak bir yılda yirmi gün işe gelmemek, amirine veya diğer mesai arkadaşlarına fiilen tecavüzde bulunmak, gizli bilgileri yetkisiz olarak açıklamak, yurt dışında Devletin veya Devlet memurluğunun itibarına zarar verecek hal ve hareketlerde bulunmak, siyasi partiye üye olmak, memurlukla bağdaşmayacak derecede yüz kızartıcı hareketlerde bulunmak, terör örgütleriyle fiil birliği içinde olmak, örgütlere yardım etmek, kamu imkanlarını bu örgütler için kullanmak, siyasi-ideolojik fiillerden arananları görev yerinde gizlemek, yasaklı yayınları dağıtmak, basmak, görev yerinde asmak olarak özetlenebilir.

657 sayılı Kanun'da düzenlenenler dışında farklı kanunlarda da disiplin cezaları düzenlenebilmektedir. Bu duruma örnek olarak 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu<sup>19</sup> 53. maddesinde, uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması cezaları özel olarak düzenlenmiş ve ayrıca; *birden fazla ücretten kesme*, üniversite öğretim mesleğinden çıkarma ve *kamu görevinden çıkarma* cezaları da bulunmaktadır.

6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu<sup>20</sup> 11. maddesinde de uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezaları ve ayrıca; *hizmete kısmi süreli devam, hizmet yerini terk etmeme, oda hapsi ve silahlı kuvvetlerden ayırma* cezalarının da düzenlendiğini görüyoruz.

7068 sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükümünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun'un<sup>21</sup> 7. maddesi ile uyarma, kınama, aylıktan kesme ve devlet memurluğundan çıkarma cezaları ve ayrıca; *kısa süreli durdurma, uzun süreli durdurma ve meslekten çıkarma* cezaları da bulunmaktadır.

Yine 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu<sup>22</sup> 62. maddesinde de uyarma, kınama kademe ilerlemesinin durdurulması, aylıktan kesme cezaları özel olarak düzenlenmiş ve ayrıca *derece yükselmesini durdurma, yer değiştirme ve meslekten çıkarma* cezaları da bulunmaktadır.<sup>23</sup>

## B. Disiplin Hukuku İlkeleri

Disiplin hukuku kapsamında uygulanacak disiplin yaptırımları, yaptırımın uygulandığı kamu görevlisi bakımından hak ihlallerine sebep olabilecek olumsuz sonuçlar içerdiği için, birtakım hukuksal güvenceleri içeren ilkelerin kabulü, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.<sup>24</sup> Nitekim yukarıda bahsedilen devlet memurluğundan çıkarma yaptırımı gerek kamu görevlisi gerekse bakmakla yükümlü olduğu

<sup>19</sup> 06.11.1981 tarih ve 17506 sayılı Resmî Gazete.

<sup>20</sup> 16.02.2013 tarih ve 28561 sayılı Resmî Gazete.

<sup>21</sup> 08.03.2018 tarih ve 30354 (Mükerrer) sayılı Resmî Gazete.

<sup>22</sup> 26.02.1983 tarih ve 17971 sayılı Resmî Gazete.

<sup>23</sup> Özel kanunlardaki disiplin suç ve cezaları hk. daha ayrıntılı bilgi için bkz. Pınar, s.325 vd.

<sup>24</sup> Sancakdar/Altınok Çalışkan/Dursun Özdemir vd., s.28.

kişiler bakımından çok ağır olumsuz sonuçlar yaratabilecektir.<sup>25</sup> Bu çalışma kapsamında yalnızca ceza hukuku ile ilgili ilkeler değerlendirme konusu yapılmıştır, nitekim disiplin yaptırımlarının cezalandırıcı yönü göz önüne alındığında ceza hukukuna ilişkin ilkelerin disiplin hukukunda da uygulanması kaçınılmazdır.<sup>26</sup> Bununla beraber bu ilkelerin idare hukuku ile uyumlaştırılarak uygulanması gerekir.<sup>27</sup>

### 1. Kanunilik İlkesi

Anayasanın 38. maddesi 1 ve 3. fıkrasında açıkça düzenlenmiş olması dolayısıyla<sup>28</sup>, Ceza Hukukunda kabul gören kanunilik ilkesi disiplin hukukunda da uygulanmaktadır. Hiç kimsenin kanunlarda suç olarak belirtilmeyen bir eylemden dolayı cezalandırılmamasını ifade eden bu ilke<sup>29</sup> kişilere özgür hareket etme sınırlarını önceden bilmesi ve sosyal yaşamda davranışlarına bu sınırlara göre yön çizmesi olanağı vermektedir.<sup>30</sup> Bu bağlamda kanunilik ilkesi, suç ve cezaların henüz eylem gerçekleştirilmeden önce açıklık, belirlilik, kesinlik ve kıyas yasası esasları uyarınca kanunla belirlenmesini ifade eder.<sup>31</sup> Fakat ceza hukukunda hem suç hem de ceza bakımından kabul gören kanunilik ilkesinin disiplin hukukundaki görünümü aynı biçimde değildir.

Bu bağlamda, disiplin “cezaları” açısından kanunilik ilkesinin geçerli olduğu kabul edilmektedir. Buna göre, 657 sayılı Devlet Me-

<sup>25</sup> Sancakdar/Altınok Çalışkan/Dursun Özdemir vd., s.29.

<sup>26</sup> Mustafa Karabulut, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s.128-129.; Disiplin hukuku ilkeleri hk. daha ayrıntılı bilgi için bkz. Cemil Kaya, “Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasında Hakim Olan Temel İlkeler”, *Amme İdaresi Dergisi*, 2005, C:38, S:2, ss.61-87.; Boz, s.15-41.

<sup>27</sup> Atay, s.757.

<sup>28</sup> 1982 Anayasası “Madde 38/1 - Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. Madde 38/3 - Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur”.

<sup>29</sup> Bahtiyar Akyılmaz, “Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002, C:6, S:2, s.246.

<sup>30</sup> Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayıncılık, İstanbul, 7. baskı, 2016, s. 95.

<sup>31</sup> Metin Bulut, “Kamu Görevlileri Disiplin Hukukunda Kanunilik İlkesini Yeniden Düşünmek”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2018, C: 6, S: 12, ss.227-278.

murları Kanunu'nda düzenlenen disiplin cezalarından başka bir ceza verilemez. Disiplin "suçları" açısından ise kanunilik ilkesinin geçerli olduğunu söylemek zordur. Zira 657 sayılı Kanun 125. madde 4. fıkrada, "yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara da aynı neviden disiplin cezaları verilir" şeklindeki ifade ile disiplin suçları bakımından kıyasın mümkün olduğunu ve kanunilik ilkesinin geçerli olmadığını görmekteyiz.<sup>32</sup> Fakat gerek Anayasa Mahkemesi'nin gerekse Danıştay'ın aksi yönde kararları bulunmaktadır, disiplin suçlarının da yönetmelik ve benzeri idari işlemlerle değil, ancak kanunla düzenlenebileceği, disiplin suçlarında da kanunilik ilkesinin geçerli olduğu, Anayasa Mahkemesi<sup>33</sup> ve Danıştay<sup>34</sup> tarafından kabul görmektedir.

Doktrinde bu hususun tartışmalı olduğu belirtilmelidir. Disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin geçerli olması gerektiğini savunan bir kısım yazarlar bu görüşü destekleyici farklı gerekçeler sunmuşlardır. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın kararları da göz önüne alındığında disiplin suç ve cezaları bakımından kanunilik ilkesinin geçerli olduğu ve bu ilkeye aykırı düzenlemelerin anayasaya aykırılık içerdiği,<sup>35</sup> disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin öncelikle pozitif düzenleme gereği zorunlu olduğu,<sup>36</sup> Anayasa'nın 38 ve 128. maddeleri<sup>37</sup> gereği

<sup>32</sup> Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.728.

<sup>33</sup> Anayasa Mahkemesi E: 2014/100, K: 2015/6, T: 14.01.2015, Aktaran; Çağlayan, s. 533.; Anayasa Mahkemesi, E: 2002/54, K: 2022/99, T: 08.09.2022.

<sup>34</sup> "Davacıya verilen üniversite öğretim mesleğinden çıkarma ve cezası bu cezayı gerektiren fiil 2547 sayılı Yasa'da düzenlenmediği gibi, 657 sayılı Yasa'da da böyle bir ceza ve fiile yer verilmemiştir. Bu durumda, üniversite öğretim mesleğinden çıkarma cezası ve bu cezayı gerektiren disiplin suçunun yasal dayanağının bulunmadığı anlaşıldığından davaya konu edilen düzenlemede ve bu düzenlemeye dayanılarak tesis edilen işlemde hukuka uyarlık görülmemiştir". Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu E: 2007/1815, K: 2012/1218, T: 20.09.2012.

<sup>35</sup> Uğur Ersoy, "Disiplin Hukukunda Kanunilik İlkesinin Uygulanabilirliği", Türk Ceza Hukuku Derneği Ord. Prof. Sulhi Dönmezer Armağanı Cilt II, 2008, Ankara, s.774.

<sup>36</sup> Anayasa'nın 38.maddesi ve bu maddeye uygun olarak düzenlenen 657 Sayılı Kanun'un 124-145.maddeleri gereği kanunilik ilkesi disiplin suç ve cezaları bakımından uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Duman, s.17 ve devamı.; aynı yönde Bahattin Aras, "Disiplin Soruşturmaları Bakımından Hukuki Güvenlik ve Belirli-lik İlkeleri", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C: 16, S: 1, s.263-264.

<sup>37</sup> 1982 Anayasası "Madde 128/2- Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. (Ek cümle: 7/5/2010-5982/12 m.) Ancak, malî ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır."



ve kamu görevlisinin hangi davranışının disiplin cezası gerektirdiğini önceden bilebilecek durumda olmasını gerektiren kamu görevlisinin güvenliği bakımından da zorunlu olduğu,<sup>38</sup> Ceza hukukuna ilişkin temel ilkeler hukukun genel ilkeleri arasında kabul edildiği, ceza hukukunda hak ve özgürlükleri koruma altına alan temel ilke suç ve cezada kanunilik ilkesi olduğu ve disiplin cezalarında olduğu gibi disiplin suçlarında da kanunilik ilkesinin kabul edilmesi gerektiği<sup>39</sup> belirtilen gerekçelerden bazılarıdır. Katıldığımız bir diğer gerekçe, kanunilik ilkesinin uygulanmasının hem Anayasa 38 ve 128. maddeleri gereği hem de devlet memurluğundan çıkarma cezasının Anayasa 72. maddesinde düzenlenen kamu hizmetine girme hakkıyla doğrudan ilgili olduğu ve bunun sonucu olarak bir temel hak ve hürriyetin sınırlanması sonucunu doğurması nedeniyle de Anayasa 13. maddesi ile bağlantılı olduğu ve kanunla düzenleme gerektirdiğidir.<sup>40</sup> Yine 657 sayılı Kanun'un disiplin suçuna ilişkin hükümlerinin memur güvenliğini ihlal derecesinde idareye takdir yetkisi tanıdığı ve bunun en sakıncalı sonucunun da kıyas yoluyla devlet memurluğundan çıkarma cezasının verilebilecek olması olduğu, kamu görevlisinin hangi halde memurluğunun sona erebileceğini bilememesinin sürekli baskı altında olması sonucunu doğuracağı<sup>41</sup> da belirtilen gerekçelerden biridir. Bu yönde bir başka görüş de benzer eylemlere disiplin cezası verme yetkisinin idareye tanınmasının, kamu görevlilerinin sahip olması gereken hukuk güvencesine zarar vereceğini ve çalışma barışının zedelenmesine de neden olacağını belirtmekte ve esnek kurallar öngörülmesinin yasama organının tüm eylemleri öngörmesindeki zorluklarla izah edilemeyeceğini eklemektedir.<sup>42</sup>

<sup>38</sup> Kaya, s.65.

<sup>39</sup> Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 728.

<sup>40</sup> Atıla Erkal, İdare Hukukunda Kıyas, Savaş Yayınevi, Ankara, 2022, s.110. Erkal ayrıca, kurum düzenini bozan her eylemin önceden belirlenmesinin mümkün olmayabileceğini fakat idareye bu konuda bir takdir yetkisi tanınmak isteniyorsa da bunun ancak uyarma ve kınama gibi hafif cezalar ile sınırlandırılmasını gerektiğini ifade etmiştir. Erkal, s.112.; Atay da kamu hizmetine girme hakkının sınırlanması anlamına gelecek disiplin cezalarına ilişkin suçların kanunla düzenlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Atay, dipnot137, s.757.

<sup>41</sup> Turan Yıldırım/Melikşah Yasin/Nur Karan/Eyüp Özdemir/Gül Üstün/Özge Okay Tekinsoy, İdare Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 3.baskı, 2012, s.422-424.

<sup>42</sup> Bulut, s.246-247. Bulut ayrıca, disiplin suçlarında kanunilik ilkesinin uygulanması sonucunda disiplin amirleri ve kurulları tarafından aynı eylemlere farklı uygulamaların ortaya çıkabileceğini de belirtmektedir.

Kanunilik ilkesinin geçerli olması gerektiği ve fakat yasal düzenlemeler ve disiplin hukuku ile ceza hukuku arasındaki farkın bu ilkenin uygulanmasına engel olduğu yönünde de görüşler vardır. Bu kapsamda bir kısım yazarlara göre, disiplin suçları bakımından kanun içerisinde yer alan ifadelerin belirsizliği de bu ilkeyi zedelemektedir. Nitekim “devlet memuru vakarına yakışmayan tutum ve davranışlarda bulunmak”, “verilen emirlere itiraz etmek” idareye geniş takdir yetkisi tanıyarak içinde belirsizlik barındırdığı gibi, 125/4’te yer alan kıyas imkanı da kanunilik ilkesini zedelemektedir.<sup>43</sup> Bir başka görüşe göre ise, disiplin hukukunda kanunilik ilkesi geçerli olmakla birlikte, bu ilkenin uygulanmasında disiplin hukukuna özgü bir durum olan suç kalıplarının esnek olması gibi durumlar dikkate alınmalıdır.<sup>44</sup>

Disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin geçerli olamayacağı yönündeki bir görüşe göre, idarenin personeli üzerinde genel bir disiplin yetkisi olduğundan ötürü kanunla veya düzenleyici işlemle düzenlenmiş olmasa dahi, kamu görevlisinin göreviyle ilgili kusurlu bir eyleminin idarece disiplin suçu kabul edilerek disiplin cezası verilmesi mümkündür. Bunun çeşitli sebepleri vardır, öncelikle disiplin suçu oluşturacak eylemlerin eksiksiz olarak tespiti mümkün değildir, bir diğer sebep disiplin suçlarında kanunilik ilkesi geçerli olursa, kanunda öngörülmeyen fakat kurumun iç düzenini bozan eylemlerin cezalandırılması mümkün olmayacaktır.<sup>45</sup> Bu kapsamda bir diğer görüş ise, idari kurum içerisindeki düzeni bozacak davranışların önceden ayrıntılı olarak düzenlenmesine gerek de olanak da olmadığını belirtmektedir.<sup>46</sup>

Kanunilik ilkesinin uygulanmasını sağlayıcı bir çözüm sunan bir başka görüşe göre ise, disiplin suçlarında kanunilik ilkesinin uygulanmamasının esasen disiplin cezalarında da kanunilik ilkesine uyul-

<sup>43</sup> Karahanoğulları, s.62.; Pınar, s.5.

<sup>44</sup> Turhan Tufan Yüce, “Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açıdan Tahlili”, *Danıştay Dergisi*, 1994, C:24, S:88, s.9.

<sup>45</sup> Gözler, s.785.; Aynı yönde, disiplin suçlarında kanunilik ilkesinin ceza hukukundaki kesinlikte uygulanamayacağı fakat en azından yargısal denetime tabi, adil ve objektif bir biçimde uygulanması gerektiğine ilişkin, Çolpan Mücahit Küçük, “Kanunilik İlkesinin Memur Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2021, C:6, S:2, s.152.

<sup>46</sup> Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 3. baskı, 2014, s.529.

madığı anlamına geleceği ve bütün disiplin suç ve cezalarını içerecek genel bir kanun çıkartılarak hem kanunilik ilkesinin hem de yeknesaklığın sağlanabileceği belirtilmektedir.<sup>47</sup>

## 2. Lehe Hüküm Uygulanır İlkesi

Ceza Hukukunda kabul edilen ve aleyhe hükmün geçmişe yürümemesi yasağını da içerisinde barındıran bu ilkeye göre eylemin gerçekleştirildiği tarihten sonra yürürlüğe giren kanun ile eylem suç olmaktan çıkarılmış veya suça ilişkin ceza hafifletilmiş ise, bu kanun uygulanmalıdır.<sup>48</sup> Kamu görevlisinin lehine olan hüküm, şüphesiz önceki kanun (eylemin işlendiği andaki) hükmü olabileceği gibi, sonraki kanun (eylem işlendikten sonra yürürlüğe giren) hükmü de olabilir.<sup>49</sup> Lehe hükmün uygulanacağına ilişkin bu ilkenin uygun düştüğü ölçüde disiplin suç ve cezalarında da uygulanması gerekir.<sup>50</sup> Danıştay da bir kararında bunu açıkça ifade etmiştir: *“Bir ceza kanunu müessesesi olan lehe olan kanun hükmünün uygulanması ilkesinin memur disiplin hukukunun niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanabileceği hususu göz önüne alındığında, artık davacının disiplin hukuku anlamında konusu suç olan bir fiilinin varlığından söz edilemez”*.<sup>51</sup>

## 3. Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi ve Masumiyet Karinesi

Bir kişi hakkında cezayı gerektiren suçu hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde işlediğine dair kesin kanaat oluşmadığı sürece ceza verilemeyeceğini ifade eden ilkedir.<sup>52</sup> Bu ilke Ceza Hukukunda geçerli olduğu gibi, disiplin hukukunda da geçerlidir. Buna göre disiplin cezasını gerektiren eylemin kamu görevlisi tarafından gerçekleştirildiğine tam bir kanaat getirilmediği müddetçe disiplin cezası verile-

<sup>47</sup> Mustafa Özen, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 6. baskı, 2023, s.88-89.

<sup>48</sup> Özen, s.99.

<sup>49</sup> Kaya, s.70.

<sup>50</sup> Çağlayan, s.537.; Kaya, s.70.; Karabulut, s.129.

<sup>51</sup> Danıştay 12. Daire, E: 2008/5948, K: 2011/2591, T: 25.05.2011.

<sup>52</sup> Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 3. baskı, 2015, s.66; Mustafa Özen, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 4. baskı, 2021, s.163.

meyecektir.<sup>53</sup> Buna göre, kamu görevlisinin disiplin cezası yaptırımına maruz bırakılabilmesi için disiplin suçunun hiçbir şüpheye yer vermeyecek biçimde ortaya konması, eylemin tüm unsurlarıyla gerçekleşip gerçekleşmediğinin ispatlanması gerekir.<sup>54</sup> Bu ilke, masumiyet karinesi ile de bağlantılıdır. Kişi hakkında kesinleşmiş bir yargı kararı olmaksızın kişinin suçlu olarak kabul edilmemesini garanti altına alan bu ilke, ceza hukukunda olduğu gibi disiplin hukukunda da geçerli kabul edilmektedir.<sup>55</sup>

#### 4. Savunma Hakkı

Savunma hakkı Anayasa'nın 36. maddesinde<sup>56</sup> ve disiplin hukuku bağlamında Anayasa'nın 129. maddesinde açıkça düzenlenmiştir: *"Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez"*. Ayrıca 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu 130. maddesinde de savunma alınmadan disiplin cezası verilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu kapsamda idare kamu görevlisinin savunmasını aldıktan sonra disiplin soruşturmasının genişletilmesi halinde, idarece kamu görevlisine yeniden savunma hakkı tanınması gerekmektedir.<sup>57</sup> Savunma hakkı temellerini, hukuk devleti ilkesine uygun bir zeminde adil yargılanma hakkından almaktadır.<sup>58</sup>

Savunma hakkının disiplin hukuku bağlamında yargı mercileri önünde kullanılan bir hak değil, idari merciler önünde kullanılan bir hak olması dolayısıyla teknik anlamda bir savunma hakkı olmadığı

<sup>53</sup> Kaya, s.72.

<sup>54</sup> Yıldırım/Yasin/Karan vd., s.397.

<sup>55</sup> Eser Us Doğan/Özge Yücel Dericiler, "Kamu Görevlisi Disiplin Hukukunda Masumiyet Karinesi ve Şüpheden Sanık Yararlanır (In Dubio Pro Reo) İlkelerinin Uygulanması", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, C:5, S:1, s.1105.

<sup>56</sup> 1982 Anayasası "Madde 36 – Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

<sup>57</sup> Sencer Abdullah Akkoyunlu, "Disiplin Soruşturmasında Memurun Savunma Hakkını Kullanımında İdarenin Uyması Gereken Esaslar", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, C: 28, S: 48, s.25.

<sup>58</sup> Engin Saygın, "Devlet Memurları Kanunu ile 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunundaki Disiplin Hukukuna İlişkin Süreler", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2024, S: 58, s.148.

doktrinde ileri sürülmüş ise de<sup>59</sup> bu husus tartışmaya açıktır. Zira anayasa sistematığı içerisinde disiplin soruşturmalarında savunma hakkının mevcudiyeti yargı bölümünde değil, yürütme ve idare bölümünde düzenlenmiştir. Yine savunma hakkının yalnızca yargı mercileri önünde kabul edilmesi idarenin hukuki denetiminde hak kayıplarına ve mağduriyetlere yol açabilecektir.<sup>60</sup> Disiplin cezalarının kamu görevlisi nezdinde çok ağır sonuçlara yol açabilecek yaptırımlar içermesi sebebiyle, disiplin hukukunda savunmanın teknik olarak savunma hakkı olmadığına ilişkin görüşe katılmak mümkün görünmemektedir.

Savunma hakkının yalnızca kişinin suçlama hakkında kendini ifade edebilmesi değil, aynı zamanda suçlamalar hakkında yeterli belge ve bilgiye sahip olması ve önceden bilgilendirilmesi hususlarını kapsadığı belirtilmelidir.<sup>61</sup> Danıştay savunma alınmadan verilen disiplin cezalarının hukuka aykırı olduğunu kabul ettiği gibi<sup>62</sup>, savunma talep edilirken kamu görevlisine, disiplin suçunu oluşturan hangi eyleminden ötürü hakkında disiplin soruşturması açıldığının da bildirilmesinin zorunlu olduğunu kabul etmiştir.<sup>63</sup> Nitekim savunma hakkının kullanılabilmesi için en önemli hususlardan biri, savunması istenen kişiye suçlandığı konu ve hakkındaki isnadın içeriğinin açıkça bildirilmesidir.<sup>64</sup> Bu kapsamda savunması istenen kamu görevlisine isnat edilen disiplin eyleminin zamanı, yeri ve oluş şeklinin anlaşılır şekilde belirtilmesi gerekmektedir.<sup>65</sup> Zira kişi ne ile suçlandığını bilmeden kendini savunamayacaktır.<sup>66</sup> Yine savunma hakkının bir anlam ifade

<sup>59</sup> Zeki Hafızoğulları, "Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı", *Ankara Barosu Dergisi*, 1994, S:1, s.25.

<sup>60</sup> Sancakdar/Altınok Çalışkan/Dursun Özdemir vd., s.44.

<sup>61</sup> Karabulut, s.39.; Saygın, s.149; Nitekim Fransız Danıştay'ı da bu hususu savunma hakkı ile bağdaştırmaktadır. Jean-Jacques Bosquet, "La Procedure Non-Contentieuse En Droit Administratif Français", İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler, 17-18 Ocak 1998, Ankara, s.101'den aktaran, Yücel Oğurlu, İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, Seçkin Yayınevi, 2. baskı, 2001, s.241.

<sup>62</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E: 2007/1846, K:2011/6, T: 17.02.2011.

<sup>63</sup> Danıştay 12.Daire, E: 2015/1023, K: 2015/5293, T: 15.10.2015.; Aynı yönde "yasal süre içerisinde isnat olunan fiiller bildirilerek sanığın savunmasının alınması gerekliliği disiplin hukukunun temel ilkelerinden olduğu gibi hukuki güvenlik ilkesinin de gereğidir". Danıştay 12. Daire, E: 2012/13342, K: 2016/2175, T: 13.04.2016.

<sup>64</sup> Akyılmaz, s.256.; Oğurlu, s.243.; Akoyunlu, s.25.

<sup>65</sup> Sancakdar/Altınok Çalışkan/Dursun Özdemir vd., s.45.

<sup>66</sup> Gözler, s.803.

edebilmesi için, bu hak, mutlak surette, karar verecek olan makam önünde kullanılmalıdır.<sup>67</sup>

Bu kapsamda son olarak savunma hakkının etkili bir biçimde kullanılabilmesi için uyulması gereken esaslar disiplin soruşturması açılması, kamu görevlisine isnatta bulunulması, kamu görevlisinin savunmasını yapması amacıyla başvuracağı bilgi ve belgelere ve ispat araçlarına ilişkin isteklerinin karşılanması, kamu görevlisine savunma yapmadığı halde savunma hakkından vazgeçmiş sayılacağına ihtar edilmesi, kamu görevlisine savunma için yeterli bir süre verilmesi ve kamu görevlisinin savunmasının disiplin amiri ve/veya yüksek disiplin kurulu tarafından alınması olarak belirtilebilir.<sup>68</sup>

### 5. Ne Bis İn İdem Kuralı

Ceza Hukukunda uygulanan ve disiplin hukukunda da uygulama alanı bulan bir ilkedir. Ceza Hukukunda aynı eylemden dolayı iki kez yargılama olmayacağını ifade eden bu ilke hem devam eden ceza yargılaması hem de kesin hükümle sona ermiş olan yargılama için geçerli olmaktadır.<sup>69</sup> Bu ilkenin disiplin hukukundaki görünümü, işlenmiş bir disiplin suçu nedeniyle kamu görevlisine yalnızca bir disiplin cezası verilebileceğidir. Aynı disiplin suçu nedeniyle kamu görevlisine iki ayrı ceza verilemeyecektir. Burada tartışılacak bir husus, aynı disiplin eylemi nedeniyle farklı idari kurumlar tarafından disiplin soruşturması açılarak disiplin cezası verilip verilemeyeceğidir. Örnek olarak, Hukuk Fakültesinde çalışan bir öğretim üyesinin aynı zamanda baroya kayıtlı bir avukat olması ve aynı eylemin her iki kurumun düzenini ihlal etmesi hali verilebilir. Bu konuda Sancakdar/Altınok Çalışkan/Dursun Özdemir ve diğerleri tarafından belirtilen görüşe göre, her kurum kendi düzenini ihlal eden eylem için soruşturma yapabilmelidir. Burada her bir kurum kamu görevlisi için aynı eylem bakımından tek soruşturma yürütmüş olmakta ve bu bağlamda bu ilkeyi ihlal etmemiş olmaktadır.<sup>70</sup>

<sup>67</sup> Akyılmaz, s.256; Sancakdar/Altınok Çalışkan/Dursun Özdemir vd., s.28.; Yıldırım/Yasin/Karan vd., s.416.

<sup>68</sup> Akkoyunlu, s.19 ve devamı; Saygın, s.174.

<sup>69</sup> Yenisey/Nuhoğlu, s.67; Özen, Ceza Muhakemesi, s.176.

<sup>70</sup> Sancakdar/Altınok Çalışkan/Dursun Özdemir vd., s.59-60.

Bir fiil bazı durumlarda birden fazla disiplin suçunu oluşturabilir. Böyle bir durumda Ceza Hukukundaki fikri içtima hükümleri uygulanacak ve düzenlenmiş disiplin cezalarından en ağır olanı verilerek tek disiplin cezası takdir edilecektir.<sup>71</sup> Bazı durumlarda ise birbirini takip eden veya iç içe geçmiş birden fazla eylem aynı veya farklı disiplin cezalarını gerektirebilir. Böyle bir durumda idarenin tek bir disiplin yaptırımını uygulaması mümkündür. Nitekim bu husus tevhidten cezalandırma olarak da belirtilmektedir.<sup>72</sup> Tevhiden cezalandırmada idare, birden fazla eylem için birden fazla disiplin cezası verme yetkisini kullanmamakta, tek ve genellikle en ağır disiplin cezasının uygulanmasına karar vermektedir.<sup>73</sup> Tevhiden cezalandırma 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Bu kapsamda denilebilir ki, disiplin soruşturması sonucunda her bir fiil için ayrı ayrı ceza verilmesi mümkün olduğu gibi, tek bir ceza verilmesi de mümkündür.<sup>74</sup> Bununla birlikte, Danıştay özellikle 2011 sonrası verdiği kararlarda, tek bir yaptırım uygulanmasının kişi lehine ve adil yargılanma hakkına uygun olduğunu belirtmektedir.<sup>75</sup> Bu kapsamda bir kararında *“ceza verilmesine neden olan eylemlerin birbirini izlemesi, bu eylemlerin iç içe geçmiş olması, eylemlerin aynı süreç ve zaman diliminde gerçekleşmiş olması ve eylemler arasında kopukluk olmaması, ihlallerin tek bir eylem olarak değerlendirilmesini zorunlu kılmakta ve böylece yaptırımlar birleştirilerek tek bir ceza uygulanması gerekmektedir”*<sup>76</sup> Kararda bu hususun ne bis in idem ilkesinin bir sonucu olduğu belirtilmektedir.

## 6. Eylem-Ceza Arası Adil Denge (Ölçülülük) İlkesi

Disiplin suçu ile disiplin cezası arasında adil bir ölçü bulunması gerektiğini ifade eden bu ilke Ceza Hukukunda uygulanan bir ilke-

<sup>71</sup> Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.735-736.

<sup>72</sup> Sancakdar/Altınok Çalışkan/Dursun Özdemir vd., s.60-61.; Yunus Eraslan, “Disiplin Hukukunda Tevhiden Cezalandırma”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2019, C:7, S:13, s.170.

<sup>73</sup> Eraslan, s.170. Eraslan ayrıca, idarenin bu durumda en ağır disiplin cezasına hükmetme zorunluluğu olmadığını, idarenin bu hususta geniş takdir yetkisi olduğunu ve tek bir hafif cezaya da karar verebileceğini belirtmektedir. Tevhiden cezalandırma hk. daha fazla bilgi için ilgili çalışmaya bakılabilir.

<sup>74</sup> Hüseyin Bilgin, *İdari Davalar ve Çözüm Yolları*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 3. Baskı, 2022, s.832.

<sup>75</sup> Sancakdar/Altınok Çalışkan/Dursun Özdemir vd., s.61.

<sup>76</sup> Danıştay 12. Dairesi, E: 2017/599, K: 2017/4803, T: 12.10.2017. Aktaran: Sancakdar/Altınok Çalışkan/Dursun Özdemir vd., s.61.



dir. Suç ile suça uygulanacak ceza arası orantı olması gerektiğini ifade eder.<sup>77</sup> Disiplin hukukunda da bu ilke, disiplin suçu ile uygulanacak disiplin yaptırımı arasındaki oranı, dengeyi ifade etmektedir.<sup>78</sup> Nitekim uygulanacak disiplin yaptırımı, yaptırma sebep olan disiplin eyleminin derecesine, şiddetine uygun olmalıdır.

Bu ilke özellikle disiplin cezasının alt-üst sınırlarının belirlenmiş olması durumlarında karşımıza çıkacağı belirtilebilir.<sup>79</sup> Bununla beraber, uygulanacak disiplin cezasının tespitinde de bu ilkenin gözetilmesi gerekir. Uygulanacak disiplin cezası belirlenirken suçun ağırlığı göz önüne alınarak karar verilmeli ve adil bir denge olmalıdır. Bu denge kurulurken, kişinin suç kastı olup olmadığı, olayın oluş biçimi, diğer etkenlerin eylemin ortaya çıkmasına etkisi gibi hususlar göz önüne alınmalıdır.<sup>80</sup> Bir başka deyişle, disiplin suçu ile cezası arası açık bir şekilde oransızlık olmamalıdır.<sup>81</sup> Bu ilkenin hem kanun koyucuya hem de cezayı veren makama hitap ettiği belirtilebilir.<sup>82</sup>

### C. Disiplin Soruşturması Usulü

Kamu görevlilerine disiplin cezası verilebilmesi için disiplin soruşturması yapılması zorunludur. Danıştay da kararlarında bu zorunluluktan bahsetmektedir. Burada özellikle disiplin soruşturması ilke ve usullerini özetleyen bir Danıştay kararının can alıcı kısmını paylaşma gereği duyuyoruz:

*"... Disiplin suçu teşkil eden fiillerle ilgili olarak soruşturma yapılması zorunlu olduğu gibi soruşturmanın belirli usuller çerçevesinde yapılması da isnada maruz kalanların hukuki güvencesidir. Soruşturma emri verilmesi; bağımsız ve üst veya denk görevde olan bir soruşturmacı atanması, olayla ilgili tanık ve soruşturulanın ifadelerinin alınması, ifade alınmadan kişiye haklarının ve soruşturma konusunun bildirilmesi, isnat olunan file ilgili lehe ve aleyhe başkaca delillerin araştırılması, soruşturma sonucunda bir rapor hazırlanması ve bu raporda; olayın değerlendirilmesi soruşturmacı-*

<sup>77</sup> Özen, Ceza Hukuku, s.109.

<sup>78</sup> Sancakdar/Altınok Çalışkan/Dursun Özdemir vd., s.53.

<sup>79</sup> Çağlayan, s.535.

<sup>80</sup> Kaya, s.71.

<sup>81</sup> İsmet Giritli/Pertev Bilgen/Tayfun Akgüner/Kahraman Berk, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 7.baskı, 2015, s.863.; Sancakdar/Altınok Çalışkan/Dursun Özdemir vd., s.52.

<sup>82</sup> Özen, Ceza Hukuku, s.113.

*nın kanaat ve teklifini belirtmesi ve raporun ilgili makama sunulması, soruşturmayı yapan kişi ile soruşturmada elde edilen delilleri değerlendirecek kişi veya kurulların ayrı olmasının, yasal süre içerisinde isnat olunan fiiller bildirilerek sanığın savunmasının alınması gerekliliği disiplin hukukununun temel ilkelerinden olduğu gibi hukuki güvenlik ilkesinin de gereğidir".<sup>83</sup>*

Danıştay kararında da belirtildiği üzere, disiplin soruşturması soruşturmaya yetkili amirin, disiplin soruşturması açma kararı ile başlar. Soruşturmaya yetkili amir, kanunda aksi düzenlenmemişse atamaya yetkili mercidir.<sup>84</sup> Soruşturmaya yetkili amir, soruşturma açmadan doğrudan disiplin cezası veremez. Soruşturmaya yetkili amir, disiplin soruşturmasını bizzat yürütebileceği gibi, soruşturmacı da atayabilir. Soruşturmaya yetkili amirin, soruşturmacıyı belirlemesinde takdir yetkisi vardır.<sup>85</sup> Disiplin soruşturması kim tarafından yürütülürse yürütülsün, soruşturulan kamu görevlisinin üstü veya aynı statüde olması gerektiği yukarıda bahsedilen kararda da görüldüğü üzere Danıştay içtihatlarında kabul edilen bir ilkedir. Soruşturmacı soruşturulan kamu görevlisinin savunmasını alır, gerekirse tanık dinler, keşif yapar veya bilirkişi raporu alabilir. Yapılan her işlem tutanak altına alınır.

Disiplin soruşturmacısı, soruşturma tamamlandıktan sonra bir rapor düzenler ve disiplin cezası hakkında kendi düşüncesini de yazarak disiplin amirine sunar. Bu raporda soruşturmacı uygulanması gereken ceza hakkında teklifte bulunur. Disiplin amirleri bu teklifle bağlı değildir.<sup>86</sup> Soruşturma raporu önemli bir belge olup hakkında soruşturma açılan kamu görevlisine disiplin cezası tayin edilip edilmeyeceği ancak bu rapor değerlendirilerek mümkün olur.<sup>87</sup>

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 126. maddesi uyarınca uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezaları disiplin amirleri tarafından verilecektir. Kademe ilerlemesinin durdurulması kamu görevlisinin bağlı olduğu kurum disiplin kurulunun kararı alındıktan sonra atamaya yetkili amirler tarafından, il disiplin kurulu kararı alınmış ise Valiler tarafından karara bağlanacak ve memurluktan çıkarma cezası

<sup>83</sup> Danıştay 12.Daire, E: 2011/1186, K: 2015/1844, T: 01.04.2015.

<sup>84</sup> Gözler/Kaplan, s. 601.

<sup>85</sup> Pınar, s.440.

<sup>86</sup> Nurullah Kaya/Cevdet Doğan, Soruşturma Rehberi, Ankara, 1. baskı, 2002, s.19.

<sup>87</sup> Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.731.

da kamu görevlisinin bağlı olduğu kurumun yüksek disiplin kurulu tarafından karara bağlanacaktır. Özel kanunlarda düzenlenen hükümlerin saklı olduğu da aynı maddede belirtilmiştir.

657 sayılı Kanun'a göre, Disiplin amirleri uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezalarında disiplin soruşturması tamamlandığı günden itibaren 15 gün içinde karar vermek zorundadır. Disiplin kurulu soruşturma dosyasının kurula ulaştığı günden başlayarak, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını 30 gün içinde, memurluktan çıkarma cezasını ise 6 ay içinde karara bağlar.

Soruşturma gizli yürütülür. Fakat soruşturmanın gizliliği sağlanmaya çalışırken hakkında soruşturma açılan kamu görevlisinden adil yargılanma hakkının ihlali anlamına gelecek şekilde belge ve bilgi saklanmaması gerekmektedir. Yani soruşturulan kamu görevlisi için soruşturma dosyası gizli olmamalıdır.<sup>88</sup> Fakat 657 sayılı Kanun'un 129.maddesinde "*Hakkında memurluktan çıkarma cezası istenen memur, soruşturma evrakını incelemeye, tanık dinletmeye, disiplin kurulunda sözlü veya yazılı olarak kendisi veya vekili vasıtasıyla savunma yapma hakkına sahiptir*" düzenlemesi bulunmaktadır. Buna göre, Kanun soruşturma dosyası inceleme hakkını yalnızca memurluktan çıkarma cezası için öngörmektedir.<sup>89</sup>

Disiplin cezası verilmesi sırasında tekerrür hali ve indirim hali de göz önüne alınmalıdır.<sup>90</sup> 657 sayılı Kanun 125. maddesi 2. fıkrasında aynı cezayı gerektiren disiplin suçunun, disiplin cezasının özlük dosyasından silinme süresi<sup>91</sup> içinde yeniden işlenmesi halinde bir derece ağır ceza uygulanacağı düzenlenmiştir. Yine aynı maddenin 3.fıkrasında ise hakkında disiplin cezası verilecek olan kamu görevlisinin geçmiş hizmetlerindeki çalışmalarının olumlu olması, ödül veya başarı belgesi bulunması halinde bir derece hafif ceza uygulanabileceği belirtilmiştir.

<sup>88</sup> Boz, s.30, Çağlayan, s.536.

<sup>89</sup> Gözler, s.803.

<sup>90</sup> Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.775-776.

<sup>91</sup> 657 sayılı Kanun "Madde 133 - (Değişik: 12.5.1982- 2670/37 m.) Disiplin cezaları memurun özlük dosyasına işlenir. Devlet memurluğundan çıkarma cezasından başka bir disiplin cezasına çarptırılmış olan memur uyarma ve kınama cezalarının uygulanmasından 5 sene, diğer cezaların uygulanmasından 10 sene sonra atamaya yetkili amire başvurarak, verilmiş olan cezalarının özlük dosyasından silinmesini isteyebilir".

Disiplin soruşturması için zamanaşımı da düzenlenmiştir. 657 sayılı Kanun 127. maddesi uyarınca fiillerin işlendiğinin öğrenildiği andan itibaren, uyarma, kınama, aylıktan kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulması cezaları için bir ay içinde disiplin soruşturmasına, memurluktan çıkarma cezası için altı ay içinde disiplin kovuşturmasına başlanmadığı takdirde ceza verme yetkisi zamanaşımına uğrayacaktır. Ayrıca, disiplin cezası gerektiren eylemin gerçekleştirildiği tarihten itibaren iki yıl içinde disiplin cezası verilmemesi halinde disiplin cezası verme yetkisi zamanaşımına uğrayacaktır. Bu süreler hak düşürücü olup, kesilmez veya durmaz.<sup>92</sup> Bununla birlikte, süresinde soruşturma açılıp, süresinde disiplin cezası verilmiş olması halinde, bu karara karşı idari yargı yoluna gidilmesi zamanaşımı süresini keser. Yani yetkisiz bir makam tarafından süresinde verilmiş disiplin cezasının idari yargı yerince iptal edilmesi halinde, yargılama süresince zamanaşımı kesilmiş olacağından ötürü, yetkili makam tarafından yeniden disiplin cezası tayin edilebilir. Yeter ki, ilk disiplin cezasında süreler uyulmuş olsun.<sup>93</sup>

Disiplin soruşturması sonucunda verilen kararlara karşı başvuru yolları açık olduğu gibi, Anayasamızın 40. maddesi 2. fıkrası uyarınca *“Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır”*. Başvuru yolları karar ile birlikte ilgili kamu görevlisine bildirilmek zorundadır.<sup>94</sup> Bu kapsamda kamu görevlisine, ne kadar sürede, hangi organa, ne şekilde başvurulacağını bildirilmesi hak arama özgürlüğünün bir gereğidir.<sup>95</sup> 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu 135. maddesi uyarınca hakkında uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezaları verilen kamu görevlisi disiplin kuruluna, hakkında kademe ilerlemesinin durdurulması cezası verilen kamu görevlisi ise yüksek disiplin kuruluna 7 gün içinde itiraz edebilir. Bu itiraz idari itiraz yolu olarak adlandırılır.<sup>96</sup> İtiraz sonucu, aleyhe bozma yasağı da ilgili maddede düzenlenmiş olup, ve-

<sup>92</sup> Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, s.873.

<sup>93</sup> Çağlayan, s.552.

<sup>94</sup> Başvuru yollarının gösterilmesi yükümlülüğü hk. daha fazla bilgi için bkz. Yeliz Şanlı Atay, *“İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının Gösterilmesi Yükümlülüğü”*, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2011, S:96, ss.293-318.

<sup>95</sup> Oğurlu, s.237.

<sup>96</sup> Gözler, s.807.; Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, s.874.

rilmiş disiplin cezası hafifletilebilecek veya kaldırılabilir, ancak ağırlaştırılmayacaktır.<sup>97</sup> Bu maddede görüldüğü üzere, memurluktan çıkarma cezasına karşı itiraz yolu öngörülmemiştir. Fakat Anayasanın 129. maddesi 3. fıkrasına göre, “Disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz”. Bu nedenle bütün disiplin cezalarına karşı idari yargıda dava yolu (yargısal başvuru yolu) açıktır. Aleyhe bozma yasağı yargı yerleri bakımından da geçerlidir<sup>98</sup>: “...iptal davasında yargı denetiminin, davacının menfaati ile sınırlı biçimde yapılması gerekir”.<sup>99</sup>

## II. CEZA KOVUŞTURMASI İLE DİSİPLİN SORUŞTURMASININ BAĞIMSIZLIĞI (MÜMKÜN MÜ?)

Kamu görevlisinin disiplin soruşturmasına maruz kalmasına neden olan eylemi aynı zamanda ceza kanunlarında düzenlenmiş bir suç da oluşturabilir. Bazı durumlarda da bir eylem ceza hukuku bağlamında suç oluştururken, disiplin hukuku bağlamında suç oluşturmayabilir. Bir eylemin hem disiplin hukukunda hem de ceza hukukunda suç oluşturması halinde, kamu görevlisi hem disiplin soruşturmasına hem de ceza kovuşturmasına maruz kalacaktır. Bu bölümde, ceza kovuşturması<sup>100</sup> ile disiplin soruşturması arası ilişki ele alınacaktır.

Disiplin hukukunda ve ceza hukukunda suç ve cezaların farklı düzenlenmiş olması, her ne kadar ortak noktaları bulursa ve uygulanan ilkelerin çoğu ortak olsa da disiplin hukuku ile ceza hukukunun birbirinden “bağımsız” iki hukuk dalı olduğunu ortaya çıkarmaktadır.

Disiplin hukuku ile ceza hukukunun bağımsızlığı ilkeleri 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda açıkça düzenlenmiştir. 657 sayılı Kanunun 125. maddesi son fıkrasında ceza kovuşturmasının bağım-

<sup>97</sup> Gözler, s.807.; Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, s.874.; Sancakdar/Altınok Çalışkan/Dursun Özdemir vd., s.65.; Bu kapsamda örneğin, tevhidten cezalandırma yöntemi tercih edilerek tek bir ceza verilmişse, itiraz yoluna başvurulması sonucu her bir eylem ayrı ayrı değerlendirilerek tevhidten cezalandırmayı ortadan kaldıracak şekilde yeni bir karar verilemeyecektir. Bilgin, s.832.

<sup>98</sup> Atay, s.764.

<sup>99</sup> Danıştay 8.Daire, E: 1997/4389, K: 1998/440, T: 12.02.1998. Aktaran: Kaya, s.76.

<sup>100</sup> Kamu görevlilerinin işledikleri suçlara ilişkin ceza soruşturması ve kovuşturmasına tabi tutulmaları özel usullere bağlanmıştır. Çalışmamız kapsamında bu hususa değinilmeyecek olup, ayrıntılı bilgi için Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri, Seçkin Yayınevi, Ankara, 3.Baskı, 2012 bakılabilir.

sızlığı şu şekilde ifade edilmiştir: “Yukarıda yazılı disiplin kovuşturmasının yapılmış olması, fiilin genel hükümler kapsamına girmesi halinde, sanık hakkında ayrıca ceza kovuşturması açılmasına engel teşkil etmez.” Ayrıca 131.maddesinde de “Aynı olaydan dolayı memur hakkında ceza mahkemesinde kovuşturmaya başlanmış olması, disiplin kovuşturmasını geciktiremez. Memurun ceza kanununa göre mahkûm olması veya olmaması halleri, ayrıca disiplin cezasının uygulanmasına engel olamaz” şeklindeki düzenleme ile disiplin soruşturmasının bağımsızlığı kabul edilmiştir.<sup>101</sup>

Disiplin hukuku ile ceza hukukunun birbirinden farklı olduğu Danıştay tarafından da vurgulanan bir ilkedir: “...ceza mahkemesince delillerin taktiri ve suçun unsurları yönünden değerlendirmede uyulacak ilke ve kurallar, disiplin hukuku açısından uygulanan kurallardan farklı olup...”<sup>102</sup>

İdarenin disiplin yaptırımını uygulamadığı hallerde ceza mahkemesince ceza verilmesi mümkün olduğu gibi, ceza mahkemesince ceza tayin edilmediği halde idarece disiplin yaptırımını uygulanması da mümkün olabilir.<sup>103</sup> Dolayısıyla, ceza kovuşturması ile disiplin soruşturması birbirini etkilemeyeceği belirtilebilir.<sup>104</sup>

Bununla beraber, disiplin hukuku ile ceza hukukunun bağımsızlığı ilkesi mutlak surette geçerli bir ilke değildir.<sup>105</sup> Bazı durumlarda birbirlerini etkilemeleri de söz konusu olmaktadır. Nitekim ceza hukukuna en çok yaklaşan idari yaptırım çeşidinin disiplin cezaları olduğunu belirtmek yanlış olmayacaktır.<sup>106</sup> Bu sebeple birbirlerinden etkilenmeleri çok doğal ve kaçınılmazdır. Bu kapsamda belirtilebilecek ilk husus, disiplin soruşturması kapsamında elde edilen bilgi ve belgelerin ceza kovuşturmasında delil olarak kullanılabilmesidir. Yine yukarıda ele alınan, ceza hukukuna ilişkin ilkelerin disiplin hukukunda da çoğunlukla geçerli olması durumu her iki hukukun birbiri ile olan etkileşimini göstermektedir.<sup>107</sup>

<sup>101</sup> Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.723.

<sup>102</sup> Danıştay 12.Daire, E: 2012/8902, K: 2014/6069, T: 01.10.2014.

<sup>103</sup> Gözler, s.773-774.

<sup>104</sup> Hakeri, s.47.

<sup>105</sup> Çağlayan, s.527; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.723.

<sup>106</sup> Yıldırım/Yasin/Karan vd., s.395.

<sup>107</sup> Duman, s.28-29.

Bu bölüm kapsamında genel olarak kabul edilen ceza kovuşturması ile disiplin soruşturmasının birbirinden bağımsızlığı ilkesinin uygulamada mümkün olup olmadığı farklı ihtimaller çerçevesinde değerlendirilmeye çalışılacaktır.

### A. Ne Bis In Idem Kuralı Bağlamında Bir Değerlendirme

Ne bis in idem kuralının ceza hukukundan türemesine rağmen, bu alanın sınırlarını aşarak disiplin hukuku gibi yaptırım gerektiren diğer alanlarda da uygulama alanı bulduğundan bahsetmiştik.<sup>108</sup> Ne bis in idem ilkesi, kısaca bir suçtan dolayı kişinin iki kez cezalandırılmaması anlamına gelir. Bu ilke ceza hukukunda da disiplin hukukunda da geçerli bir ilkedir. Ne bis in idem ilkesi idari yaptırımların dolayısıyla disiplin cezalarının kendi aralarında geçerli bir ilkedir.<sup>109</sup> Dolayısıyla yukarıda da bahsettiğimiz gibi disiplin suçunu gerektiren bir eyleminden dolayı kişiye yalnızca bir disiplin cezası verilebilir. Ne bis in idem ilkesi ceza yaptırımları açısından da geçerli bir ilkedir. Dolayısıyla, bir kişi aynı suçtan dolayı iki kere cezalandırılmaz ve kişiye aynı suçtan dolayı tek ceza verilir. Fakat bu ilkenin her iki hukuki rejimde de geçerli olması, kamu görevlisinin hem disiplin yaptırımına hem de ceza yaptırımına tabi tutulmasına engel teşkil etmeyecektir.<sup>110</sup> Aynı eylemden dolayı kişiye disiplin cezası verilmesi, ceza kovuşturmasında da ceza verilmesine engel olmadığı gibi; kişinin ceza kovuşturması sonucu cezaya mahkûm edilmiş olması, disiplin soruşturmasında da disiplin cezasına mahkûm edilemeyeceği anlamına gelmez. Nitekim bir Danıştay kararında bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: *“Disiplin cezasının sebebini oluşturan eylem ve davranışlar, aynı zamanda Ceza Kanununda da suç sayılabilir. Bu durumda, disiplin cezası yaptırımı ile birlikte ceza yaptırımı da uygulanabilir. Bu iki yaptırım türünün hukuki dayanağı, amaç ve sonuçları birbirlerinden farklıdır”*.<sup>111</sup>

<sup>108</sup> Yücel Oğurlu, “Ceza Mahkemesi Kararının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu “Ne Bis In Idem” Kuralı, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, C:52, S:2, s.104.

<sup>109</sup> Oğurlu, “Ne Bis In Idem”, s.105.

<sup>110</sup> Çağlayan, s.534.

<sup>111</sup> Danıştay 12. Daire, E: 2021/1589, K: 2023/513, T: 13.02.2023.



## B. Bekletici Mesele Yapılması Sorunu

Disiplin soruşturmasına konu olan eylemin aynı zamanda ceza hukuku bağlamında bir suç oluşturması ve disiplin soruşturması devam ederken ceza kovuşturmasına başlanması halinde, verilecek hükmün disiplin soruşturmasında beklenilmesinin gerekli olup olmadığı doktrinde tartışılmıştır. Yukarıda bahsedildiği üzere, ceza hukuku ile disiplin hukuku birbirinden bağımsızdır. Burada şu hususu göz ardı etmemek gerekir, yukarıda değindiğimiz gibi 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu 128. maddesinde disiplin cezasının verilmesi için disiplin cezası vermeye yetkili mercilere 15 günlük, 30 günlük ve 6 aylık “karar süreleri” öngörmüştür. Her ne kadar Danıştay bu sürenin ceza verme yetkisini ortadan kaldıran bir süre olmadığı görüşünü bildirdiyse de aynı kararında *“bu sürenin dışında karar verilmesinin disiplin cezasını kurlandırıcı bir durum olamayacağı, sadece, ilgili amir veya kurulun görevini belli süre içinde yapmaması nedeniyle sorumluluğunun doğacağı açıktır”*.<sup>112</sup> şeklinde gerekçe belirtmiştir. Dolayısıyla uygulamada disiplin cezası vermeye yetkili amirlerin bu sürele uymayıp ceza kovuşturmasının sonucunu beklemesi kendi sorumluluklarının doğmasına neden olduğundan pek mümkün görünmemektedir. Ayrıca disiplin cezası verilmesinde zamanaşımı kuralları da bulunduğunu belirtmiştik. Uygulamada ceza kovuşturması uzun sürebilen bir yargılamadır ve bunun beklenmesi halinde disiplin cezası zamanaşımı süresi dolma ihtimali oldukça yüksektir. Dolayısıyla, karar vermeye yetkili disiplin amiri, yukarıda belirtilen sorumluluğu göze alarak ceza kovuşturmasını beklemeye karar verse bile, bu bekleme süresi 657 sayılı Kanun 127. maddesinde düzenlenen disiplin cezası zamanaşımı süresinden fazla olamayacaktır. Dolayısıyla, disiplin soruşturmasına konu olan eylemin aynı zamanda suç teşkil etmesi durumunda ceza kovuşturması beklenmeksizin disiplin soruşturmasının sonuçlandırılması mümkün ve hatta zorunludur.<sup>113</sup>

Bununla beraber, Gözler, bahsedilen Danıştay kararının aksine, 128. maddede belirtilen karar sürelerine uyulmasının “zorunlu” kabul edilmesi gerektiğini, zira hakkında soruşturma açılan kamu görevlilerinin uzun süre baskı altında kalmasının önlenmesinin hukuk devle-

<sup>112</sup> Danıştay 8.Daire, E: 1991/1370, K: 1991/1358, T: 17.09.1991.

<sup>113</sup> Pınar, s.23.

tinin de bir gereği olduğunu savunmaktadır.<sup>114</sup> Yıldırım/Yasin/Karan ve diğerleri, özellikle devlet memurluğundan çıkarma cezası verilmesi öncesi ceza mahkemesi kararının beklenmesinin yerinde olacağı düşünülebilirse de, 657 sayılı Kanun'un 127 ve 131. maddeleri göz önüne alındığında bu mümkün değildir. Zira ceza kovuşturmasının disiplin soruşturmasının gecikmesine neden olamayacağı Kanunda açıkça düzenlenmiştir. Ceza kovuşturmasında verilen kararın disiplin soruşturmasını etkileyecek nitelikte olması halinde ilgililerin iptal davası açmaktan başka çaresi kalmamakla birlikte büyük olasılıkla iptal davasına ilişkin sürenin de geçmiş olacağı belirtilmiştir.<sup>115</sup> Oğurlu, her ne kadar disiplin hukuku ve ceza hukuku birbirinden bağımsız olsa da, kamu hizmetinde bir aksamaya sebep olmadığı sürece yargılamanın sonucunu beklemek gerektiğini savunmaktadır.<sup>116</sup> Us Doğan/Yücel Dericiler ise disiplin soruşturmaları ve ceza kovuşturması bakımından farklı zaman aşımı süreleri öngörüldüğünden, disiplin cezası verilmesi için ceza kovuşturmasının beklenmemesinin makul olduğunu fakat en azından meslek veya memuriyetle ilişkin kesilmesi talebi ile açılan disiplin soruşturmalarında, geri dönüşü zor veya imkansız zararlara yol açılmaması için ceza yargılamanın bekletici mesele yapılabilmesini sağlayacak yasal düzenlemelerin yapılması gerektiğini belirtmektedir.<sup>117</sup> Karahanoğulları ise disiplin soruşturmasının ceza kovuşturmasını beklememesinin, maddi unsurun oluşmaması, eylemin başka biri tarafından gerçekleştirilmesi gerekçesiyle kişi hakkında beraat kararı verilmesi halinde çeşitli sorunlar yaratacağını, özellikle disiplin cezalarının geri alınmaması<sup>118</sup> durumu karşısında ilgili kişinin disiplin cezasının iptali için dava açmaktan başka bir çaresi kalmadığını belirtmektedir.<sup>119</sup>

Disiplin soruşturması sonucu verilen disiplin cezası hakkında idari dava açılmış olması halinde, idari yargı mercilerinin ceza yargılama-

<sup>114</sup> Gözler, s.805.

<sup>115</sup> Yıldırım/Yasin/Karan vd., s.398-399.

<sup>116</sup> Oğurlu, "Ne Bis In Idem", s.113.

<sup>117</sup> Us Doğan/Yücel Dericiler, s.1112-1113.

<sup>118</sup> Disiplin cezalarının geri alınması konusunda bkz. F.Ebru Gündüz, "Disiplin Cezalarının Geri Alınması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C:XX, S:1, ss. 411-424.

<sup>119</sup> Karahanoğulları, s.64.

sını bekletici mesele yapması gerekip gerekmediğini de bu kapsamda değerlendirmemiz gerekir. Nitekim Danıştay bir kararında, disiplin cezasına konu eylemin gerçekleştirildiği yönünde mevcut deliller yeterli değilse ve aynı konuda devam eden bir ceza yargılaması mevcutsa, bu durumda ceza mahkemesi kararının kesinleşmesinin beklenmesi gerektiğini ifade etmiştir.<sup>120</sup>

Sonuç olarak disiplin soruşturmasında ceza kovuşturmasının bekletici mesele yapılmasının, zamanaşımı süreleri ve disiplin amirlerinin de sorumluluğuna sebep olabileceği yönündeki yasal düzenlemeler karşısında mümkün olmadığını; bununla beraber disiplin cezalarına karşı açılan idari yargı davalarında ceza kovuşturması sonucu verilecek kararın bekletici mesele yapılması gerektiğinin Danıştay tarafından kabul edildiğini belirtebiliriz.

### **C. Ceza Kovuşturması Sonucu Verilecek Kararlar Bakımından Değerlendirme**

Ceza kovuşturması sonucunda verilecek kararlar, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, ceza kovuşturması sonucunda hüküm; beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi, davanın düşmesi kararları şeklinde olabilir. Şimdi kanundaki sıraya göre bu kararların disiplin hukukuna etkisinden söz edeceğiz. Ayrıca, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ile hapis cezasının ertelenmesi kararlarının da önemi sebebiyle, disiplin hukukuna etkisinden söz edilecektir.

Bekletici mesele kapsamında belirttiğimiz gibi ceza kovuşturmaları genellikle disiplin soruşturmalarına göre çok daha uzun sürmektedir. Genellikle, ceza kovuşturmasında karar verilene dek, disiplin soruşturmasında çoktan karar verilmiş olacaktır. Dolayısıyla bu kap-

<sup>120</sup> Danıştay 5.Daire, E: 2017/10102, K: 2019/2250, T: 27.03.2019. Aktaran: Us Doğan/ Yücel Dericiler, s.1116. Aynı yönde yakın tarihli bir karar: "Bir memura isnat olunan disiplin cezasına konu fiillerin, Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre cezalandırılmasının gerekli olması durumunda, disiplin cezası hakkında karar verilmesi için mevcut deliller yeterli görülmemekle ceza mahkemesi kararına ihtiyaç duyulduğu kanaati hasıl olmuş ise, disiplin cezasına konu fiilin hukuki denetiminden önce ceza mahkemesi kararının kesinleşmesinin beklenmesi gerekmektedir". Danıştay 12. Daire, E: 2021/2030, K: 2023/1480, T: 29.03.2023.

samda yapacağımız değerlendirmeler, ceza kovuşturmasının, idarece eylemin geç öğrenilmesi gibi sebeplerle disiplin soruşturmasına geç başlanmış olması durumunda disiplin soruşturmasına; bunun dışındaki hallerde, disiplin cezası hakkında açılan idari davada verilecek karara olan etkisine ilişkindir.

### 1. Beraat Kararlarının Etkisi

Ceza kovuşturması neticesinde kamu görevlisine beraat kararı verilmesi halinde, beraat kararının verilme sebebi önemlidir.<sup>121</sup> Zira beraat kararı çeşitli gerekçelerle verilebilir; yüklenen eylemin suç olarak tanımlanmamış olması, yüklenen eylemin sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması, yüklenen eylemde kişinin kast veya taksirinin olmaması, yüklenen eylemi kişinin gerçekleştirdiği açık olup hukuka uygunluk sebebi bulunması, yüklenen eylemi kişinin gerçekleştirdiğinin sabit olmaması (delil yetersizliği).<sup>122</sup> Nitekim ceza kovuşturması sonucunda kişinin mahkum olmaması, aynı olaya dayalı olarak disiplin soruşturmasında suçlu bulunmayacağı ve disiplin cezası verilemeyeceği anlamına gelmez.<sup>123</sup> Şimdi beraat kararının gerekçesi bakımından ayrı ayrı değerlendirelim.

Danıştay, “kişiyeye isnat edilen eylemin unsurları yönünden suç oluşturmaması” sebebiyle verilen beraat kararlarının disiplin soruşturması yönünden bağlayıcı olduğuna karar vermiştir. Bilindiği üzere, ceza hukukunda suçun oluşabilmesi için bazı unsurları barındırması gerekmektedir. Bunlardan ilki maddi unsur olarak da adlandırılan kanunda öngörülen biçime uygun bir eylemin varlığıdır. İkinci unsur hukuka aykırılığın varlığıdır. Üçüncü unsur ise manevi unsur olarak da adlandırılan kusurun varlığıdır.<sup>124</sup> Dolayısıyla, bir suçtan bahsedebilmek için bu üç unsurun varlığı aranacaktır. Unsurlardan birinin eksikliği halinde ceza hukuku uyarınca bir suçtan bahsedilemeyecektir. Danıştay örnek bir kararında: “... *davacının dolandırıcılık suçundan yargılandığı ... Asliye Ceza Mahkemesinin kararı ile unsurları yönünden oluşmayan müsnet suçtan beraatine karar verildiği ve anılan kararın kesinleştiği*

<sup>121</sup> Boz, s.33.

<sup>122</sup> Yenisey/Nuhoğlu, s.788-790.

<sup>123</sup> Us Doğan/Yücel Dericiler, s.1106.

<sup>124</sup> İçel, s.254, 297, 401.

*anlaşılmiş olup, dolandırıcılık suçunu işlediğinden ötürü davacıya meslekten çıkarma cezası verilmiş ise de, anılan suçtan beraat ettiğinin anlaşılması karşısında isnat olunan eylemin gerçekleştiğinin kabulü olanaksız olduğundan işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı...<sup>125</sup> şeklindeki gerekçe ile suçun unsurlarının oluşmaması halinde disiplin cezası tesis edilen idari işlemin iptali gerektiğini belirtmiştir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, ceza hukuku bakımından suç oluşturmayan eylemin, disiplin hukuku bakımından da tasvir edilen suçlardan birinin kapsamına girmiyor olması gereğidir. Zira eylem ceza hukuku bakımından suç oluşturmayıp, disiplin hukuku bakımından suç oluşturuyor olabilir.<sup>126</sup> Nitekim kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektiren, amirlerine veya maiyetindekilere tehdit veya hakarete bulunmak eylemi, ceza muhakemesi bakımından unsurları yönünden suç oluşturmasa da, kamu görevlisinin eylemi aynı maddede yer alan amirlerine veya maiyetindekilere küçük düşürücü veya aşağılayıcı fiil veya hareketlerde bulunmak kapsamında görülerek disiplin cezası verilmesi söz konusu olabilir. Bu kapsamda yakın tarihli bir Danıştay kararında bu husus şu şekilde belirtilmiştir:<sup>127</sup> “...ceza yargılaması neticesinde suçun unsurlarının oluşmadığı gerekçesiyle beraat eden memurun eylem, tutum ve davranışlarının bir başka disiplin suçu kapsamına girmesi halinde, Disiplin Hukuku yönünden başka bir disiplin cezası ile cezalandırılmasına, ... hukuki bir engel bulunmamaktadır”.*

“İsnat edilen eylemin sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması” nedeniyle beraat kararı verildiği hallerde de bu karar disiplin soruşturmasını bağlayacaktır. Zira ceza yargılamasında o kamu görevlisinin o eylemi gerçekleştirmediği tespit edilmişse (olay anında başka bir yerde bulunmasının kanıtlanması gibi), ortada o kamu görevlisi tarafından işlenmemiş bir eylem vardır ve dolayısıyla o kişiye disiplin cezası verilemez. Nitekim bu isnat edilen eylemin sanık tarafından işlenmediğine ilişkin verilen beraat kararının idari uyumsuzluklarda sorgulanması yukarıda belirttiğimiz disiplin hukuku ilkelerinden olan masumiyet karinesi ile de çelişecektir.<sup>128</sup> Oğurlu, bu tip durumların

<sup>125</sup> Danıştay 12. Daire, E: 2001/3094, K: 2003/3946, T: 10.12.2003.

<sup>126</sup> Gözler, s.799.

<sup>127</sup> Danıştay 12. Daire, E: 2021/5111, K: 2023/1568, T: 30.03.2023.

<sup>128</sup> Anayasa Mahkemesi, Başvuru Numarası: 2012/584, T: 12.03.2015. Aktaran: Us Doğan/Yücel Dericiler, s.1105.

varlığı halinde disiplin soruşturmasını sonlandırmak için ceza mahkemesi kararının beklenmesi gerektiğini, bunun haksızlıkların ortaya çıkmasının önlenmesi için gerekli olduğunu savunmaktadır.<sup>129</sup>

İsnat edilen eylemde “sanığın kusurunun olmaması” nedeniyle beraat kararı verilmesi halinde, bu karar da disiplin soruşturmasını etkileyecektir. Bilindiği üzere kusur, suçun oluşabilmesi için gerekli unsurlardan biri olup, bir eylemin işlediği iddia olunan kişiye yüklenbilmesi için eylemin gerçekleştiği sırada o kişide bulunması gereken kişisel özelliktir.<sup>130</sup> Kusur unsuru kast ya da taksir olarak karşımıza çıkar. Kast, Türk Ceza Kanunu’nun 21. maddesine göre “... suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.” Taksir ise, “failin öngörülebilir nitelikteki sonucu öngörmemesi” veya “sonucu öngördüğü halde istememesi” şeklinde tanımlanabilir.<sup>131</sup> Disiplin suçlarında da kamu görevlisinin kusurunun bulunması gerekir. Kusurun bulunmadığı ceza mahkemesi kararıyla tespit olunmuş ise, disiplin suçu yönünden de kusurunun bulunmadığının ve disiplin cezası verilemeyeceğinin kabulü gerekir. Danıştay nezarethanede bulunan kişiyi avukatı ve ailesiyle görüşmesi için çıkartmak üzere nezarethane kapısını açması üzerine nezarethanede bulunan diğer kişilerin kapıyı itip kamu görevlisini darp ederek yere düşürmeleri ve nezarethanede bulunan kişilerin bu şekilde kaçmaları şeklinde gerçekleşen olayda verdiği kararında bu hususa değinmiştir: “... bu olay nedeniyle görevi ihmalden yargılanan davacının hırsızlık fiili failinin kaçmasında kastının ya da kusurunun olmadığı gerekçesiyle beraat ettiği, ... bu nedenle uyanık davranmamak, görevi savsaklamak veya önlem almamak sonucu şahsın kaçması iddiasının sübuta ermediği anlaşıldığından dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı...”<sup>132</sup>

Danıştay, “delil yetersizliği” sebebiyle verilen beraat kararlarının disiplin hukukunda bağlayıcı olmadığı görüşüne sahiptir. Bu durumu bir kararında şöyle açıklamaktadır: “Ceza mahkemesince delillerin takdiri ve suçun niteliği yönünden yapılan değerlendirmede uygulanan ilke ve ku-

<sup>129</sup> Oğurlu, “Ne Bis In Idem”, s. 114.

<sup>130</sup> İçel, s. 403.

<sup>131</sup> İçel, s. 440.

<sup>132</sup> Danıştay 12.Daire, E: 2008/1409, K: 2010/5367, T: 01.11.2010. Aktaran; İbrahim Özerdem, “Ceza Mahkemesi Kararlarının Memur Disiplin Hukukuna Etkisi” (Yüksek Lisans), Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, s.104.

rallar, disiplin hukuku açısından uygulanan kurallardan farklı olduğundan, aynı suç ile ilgili olarak ceza mahkemesince, suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmadığı (delil yetersizliği) gerekçesiyle verilen beraat kararlarının disiplin hukuku açısından bağlayıcı olmadığı, bu nitelikteki beraat kararının disiplin cezası uygulanmasına engel oluşturmayacaktır".<sup>133</sup>

Danıştay, daha da ileri giderek hukuka aykırı delilin kabul edilmesi nedeniyle delil yetersizliğinden beraat eden bir kamu görevlisine disiplin cezası uygulanmasının hukuka uygun olduğuna, dolayısıyla disiplin hukuku yönünden bağlayıcı olmadığına karar vermiştir: "davacının ceza hukuku yönünden cezalandırılabilmesi için kasetin yeterli delil olamayacağının hüküm altına alındığı; dolayısıyla anılan Ceza Mahkemesi kararının davacının disiplin cezası ile cezalandırılması açısından bağlayıcı olmadığı..."<sup>134</sup> Ancak burada önemle belirtmek gerekir ki, hukuka aykırı elde edilen delillerin disiplin soruşturmalarında da kullanılmaması gerekir.<sup>135</sup> Nitekim delillerin elde edilmesi bakımından yürürlükteki pozitif hukuk kurallarına uygun hareket edilmesi gerektiği gibi, pozitif hukuk kuralı bulunmasa dahi delil elde edilirken temel hak ve hürriyetlerin ihlal edilmemesi ve hukukun genel ilkelerine uyulması gerekmektedir.<sup>136</sup>

"Hukuka uygunluk nedenleri bulunması" sebebiyle verilen beraat kararlarının, disiplin soruşturmasını etkilediği kabul edilmektedir. Nitekim hukuka uygunluk nedenleri, tüm hukuk düzenlerini etkileyecektir.<sup>137</sup>

## 2. Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararının Etkisi

Ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilebileceği haller 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesi 3 ve 4. fıkralarında düzenlenmiştir.

<sup>133</sup> Danıştay 12. Daire, E: 2010/1494, K: 2013/4059, T: 16.05.2013.; aynı yönde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E: 2018/2163, K: 2019/4674, T: 23.10.2019.

<sup>134</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E: 2010/1391, K: 2011/273, T: 21.04.2011.

<sup>135</sup> Us Doğan/Yücel Dericiler, s.1111.

<sup>136</sup> F.Ebru Gündüz, "Hukuka Aykırı Elde Edilmiş Delillerin Disiplin Hukukunda Kullanılması", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2019, S:1, s.95.

<sup>137</sup> Karahanoğulları, s.68.; Atay, s.761.



5271 sayılı Kanun'un 223/3. fıkrasında sanığın kusur sorumluluğunun bulunmaması halleri sayılarak, bu hallerin varlığı halinde ceza verilmesine yer olmadığına karar verileceği belirtilmiştir. Bu haller, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması; yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi; meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması; kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi olarak belirtilmiştir. Kanun'un 223. maddesi 4. fıkrasında ise işlenen eylemin suç olma özelliği devam ederken, etkin pişmanlık, şahsi cezasızlık, karşılıklı hakaret, işlenen eylemin haksızlık içeriğinin azlığı durumları var ise ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir. 4.fıkra bakımından önemli olan husus, eylemin suç olma özelliğinin devam ettiğinin Kanun maddesinde açıkça belirtilmiş olmasıdır.

Bu bağlamda, somut olaya ve ceza verilmesine yer olmadığı hükmünün verilme sebebine göre disiplin yaptırımı bakımından bağlayıcı olup olmadığı çözüme kavuşturulmalıdır. Örneğin, akıl hastalığı nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı halinin disiplin soruşturması yönünden bağlayıcı olduğunu söylemek mümkündür. Zira Danıştay bir kararında disiplin suçunun işlendiği tarihten sonra Sulh Hukuk Mahkemesince akıl hastalığı nedeniyle kendisine vasi atanan kamu görevlisinin disiplin suçu tarihinde akıl hastalığı bulunup bulunmadığının tespitinin gerektiği ve bu tespitin disiplin cezası tayininde bağlayıcı olduğuna karar vermiştir.<sup>138</sup> Fakat karşılıklı hakaret halinin ceza mahkemesince saptanması halinde bu kararın bağlayıcı olmadığını ve disiplin suçunun oluştuğunu belirtmiştir: "... kullanılan ifadelerin amirine saygısızlık mahiyetinde sözler olduğu açık olduğundan sübuta eren eylemi nedeniyle 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125/C-e maddesi kapsamında cezalandırılması işlemi hukuka aykırılık bulunmamaktadır".<sup>139</sup>

Ceza verilmesine yer olmadığı hükmü bağlamında naçizane kanaatimiz şu yöndedir: Ceza Muhakemesi Kanununun 223. maddesi 3. fıkrasında belirtilen haller aynı zamanda "kusurun olmadığına tespit edildiği" haller olduğundan ötürü, disiplin soruşturmasını bağlamalı

<sup>138</sup> Danıştay 12. Daire, E: 2013/5791, K: 2013/10543, T: 12.12.2013.

<sup>139</sup> Danıştay 12. Daire, E: 2013/6861, K: 2016/4586, T: 13.10.2016.

ve kusur olmadığı için disiplin cezası verilememelidir. Aynı maddenin 4.fıkrasında belirtilen hallerde ise “eylemin suç oluşturduğunun” tespit edildiği fakat ceza yargılamasında ceza verilemediğinden ötürü disiplin soruşturmasını bağlamamalı ve eylem disiplin suçu teşkil ediyorsa, disiplin cezası verilebilmelidir.

### 3. Mahkûmiyet Kararının Etkisi

Ceza Muhakemesi Kanununun 223. maddesi 5. fıkrasına göre yüklenen suç işlediği sabit olan sanık hakkında mahkûmiyet kararı tesis edilir. Öncelikle aynı eylemden ötürü ceza mahkemesi kararıyla mahkûmiyete karar verilmiş bir kamu görevlisinin disiplin cezasıyla da cezalandırılmasının ne bis in idem ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceğini yukarıda belirtmiştik. Peki, ceza mahkemesi kararı ile kamu görevlisinin eylemi işlediğinin sabit olması karşısında kamu görevlisine disiplin cezası verilmesi zorunlu mudur? Eylem, disiplin hukuku bağlamında disiplin cezasını gerektirmiyorsa böyle bir zorunluluktan tabi ki bahsedilemeyecektir. Eylem disiplin cezasını gerektiriyorsa, idarenin ceza kovuşturmasında verilen mahkûmiyet kararına rağmen suçun oluşmadığından bahisle disiplin cezasına hükmetmemesi, ceza mahkemelerinde verilen yargı kararının yok sayılması anlamına gelecektir. Bu nedenle ceza mahkemelerinde failin suçu işlediğinin sabit olduğunun tespit edilerek mahkûmiyet kararı verilmesi ve aynı eylemin disiplin suçunu da teşkil etmesi halinde idare bu mahkûmiyet kararı ile bağlıdır.<sup>140</sup> Dolayısıyla idarenin, ceza kovuşturmasında kişinin o eylemi işlediği yönündeki kararı karşısında, eylemin o kişi tarafından işlenmediği yönünde bir karar vermesi mümkün değildir.<sup>141</sup>

### 4. Güvenlik Tedbirine Hükmedilmesinin Etkisi

Güvenlik tedbirine hükmedilmesi, Ceza Muhakemesi Kanununun 223. maddesi 6.fıkrasında şu şekilde düzenlenmiştir: “Yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde, belli bir cezaya mahkûmiyet yerine veya mahkûmiyetin yanı sıra güvenlik tedbirine hükmolunur”. Madde metninde açıkça kişinin yüklenen suçu işlediğinin sabit olması yani mahkûmiyete karar verilmesi halinde güvenlik tedbirine hükmedi-

<sup>140</sup> Oğurlu, “Ne Bis In Idem”, s. 122.; Özerdem, s.124.; Duman, s.28.

<sup>141</sup> Pınar, s.24.

leceği düzenlenmiştir. Bu nedenle güvenlik tedbirine hükmedilmesi de bir mahkûmiyet kararıdır. Mahkûmiyet kararının disiplin soruşturmasına etkisinden yukarıda bahsetmemiz sebebiyle yeniden bahsetmeyeceğiz.

### 5. Davanın Reddi Kararının Etkisi

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesi 7. fıkrasında düzenlenmiştir: *"Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir"*. Görüldüğü üzere ceza hukukunda uygulanan ne bis in idem ilkesi bu şekilde yasal düzleme oturtulmuştur. Davanın reddi kararı ile dava bir nevi usulden reddedilmektedir, işin esasına girilmemektedir. Disiplin soruşturmasına bu kararın etki etmediğini belirtmek yerinde olacaktır. Disiplin soruşturmasını etkileme ihtimali olan esas dava, ilgili hakkında açılmış olan ilk dava ve o davada verilecek/verilmiş olan karardır.

### 6. Davanın Düşmesi Kararının Etkisi

Davanın düşmesi kararı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesi 8. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre Türk Ceza Kanunu'nda öngörülen düşme sebeplerinin varlığı ya da soruşturma veya kovuşturma koşullarının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması halinde düşme kararı verilir. Türk Ceza Kanunu'nda ise düşme sebepleri 64. madde ve devamında düzenlenmiştir. Ölüm (m.64), af (m.65), dava veya ceza zamanaşımı (m.66-72), şikâyet (m.73), ön ödeme (m.75) düşme sebepleri olarak belirlenmiştir.

Ölüm nedeniyle davanın düşmesi halinde, disiplin soruşturması da konusuz kalmış olacaktır. Zira disiplin cezası verilse dahi disiplin cezasının muhatabı artık yoktur. Bu nedenle ölüm halinde disiplin soruşturmasının ceza vermeksizin kapatılması gerekmektedir.<sup>142</sup>

Af halinde Türk Ceza Kanunu 65. maddesine göre, kamu davası düşer ve hükmolunan cezalar bütün neticeleri ile birlikte ortadan kalır. Fakat kamu davasında derhal beraat kararı verilebilecek bir durum söz konusu ise düşme kararı değil beraat kararı verilmelidir.<sup>143</sup>

<sup>142</sup> Özerdem, s.127.

<sup>143</sup> İçel, s.754.

Ceza, af nedeniyle ortadan kalkarsa, fakat yine de eylem bir disiplin suçu teşkil ediyorsa, kişiye disiplin cezası verilmesine engel değildir. Ancak çıkarılan Af Kanunu<sup>144</sup> ile disiplin cezalarının ortadan kalkacağı gibi bir özel düzenleme getirilmesi hali varsa, verilmiş disiplin cezaları ortadan kalkacak, disiplin cezası verilmemişse de bu düzenleme disiplin cezası verilmesine engel olacaktır. Danıştay da bir kararında *"kararın verildiği tarihe kadar hakkında verilmiş bir mahkumiyet kararı bulunmayan davacının üzerine atılı disiplin suçu ve verilen disiplin cezasının 4455 sayılı Yasa uyarınca af kapsamında kaldırıldığının anlaşıldığı, 23 Nisan 1999 tarihinden önce işlenen ve af kapsamına giren disiplin cezasının verilmesini gerektiren fiilden dolayı ilgililer hakkında disiplin soruşturması yapılamayacağı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verildiği"*<sup>145</sup> şeklindeki Yerel Mahkeme kararını onayarak bu yönde görüş bildirmiştir. Buraya kadar bahsedilen af, genel af olarak nitelendirilmektedir. Bir de özel af müessesesi bulunmaktadır. Özel af<sup>146</sup> kişiye yönelik çıkarılır ve hükmü yani mahkumiyeti ortadan kaldırmaz, yalnızca cezaı kaldırır.<sup>147</sup> Dolayısıyla, disiplin soruşturmasına etki etmeyeceği savunulabilir. Özel affa ilişkin kararda özellikle disiplin cezaları da kapsama alınmışsa, disiplin cezasını da ortadan kaldıracağı düşünülebilir.

Zamanaşımı nedeniyle kamu davasının düşmesi kararı verilmesi halinde Danıştay, bu durumun verilen disiplin cezasını etkilemeyeceğine, yani disiplin hukuku açısından bağlayıcı olmadığına karar vermiştir: *"her ne kadar davacı tarafından, ceza yargılaması sonucunda hakkında bir mahkumiyet kararı verilmediği ve dolayısıyla aynı fiiller nedeniyle meslekten çıkarılmasının hukuka aykırı olduğunu ileri sürülmekte ise de; ceza mahkemesince delillerin taktiri ve suçun unsurları yönünden değerlendirmede uyulacak ilke ve kurallar, disiplin hukuku açısından uygulanan kurallardan farklı olup..."*<sup>148</sup> Uygulamada, ceza zanaşımı geçmişse çoğunlukla disiplin cezası zanaşımı da geçmiş olmaktadır.

<sup>144</sup> Genel Af çıkarma yetkisi TBMM'ye aittir (Anayasa md.87).

<sup>145</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E: 2005/1636, K: 2008/1781, T: 17.10.2008.

<sup>146</sup> Özel af çıkarma yetkisi TBMM ve Cumhurbaşkanına aittir (Anayasa m.87 ve m.104/16).

<sup>147</sup> Fatih Selami Mahmutoğlu/Serra Karadeniz, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 2.baskı, 2021, s.1544.

<sup>148</sup> Danıştay 12. Daire, E: 2012/8902, K: 2014/6069, T: 01.10.2014.

Fakat zanaşımı nedeniyle ceza davasının düşmesi halinde, idarece zamanında verilmiş disiplin cezasının iptali gerekmeyeceği gibi, idare eylemden çok daha sonra haberdar olmuşsa disiplin cezası zanaşımı süresi içerisinde idarece disiplin cezası verilmesinde de engel yoktur.<sup>149</sup>

Kovuşturulması şikayete bağlı suçlarda, şikayetten vazgeçilmesi nedeniyle davanın düşmesi halinde, kamu görevlisi hakkında disiplin soruşturmasına devam edilerek eylem bir disiplin suçunu gerektiriyorsa disiplin cezası verilmesi gerekir.<sup>150</sup> Danıştay bir kararında şu şekilde ifade etmiştir: “... *davacının kendisine isnat edilen fiili işlediğinin anlaşılması, öte yandan ilgili hakkında ... Asliye Ceza Mahkemesinde emniyeti suiistimal suçundan açılan davada müştekinin şikayetinden vazgeçmesi nedeniyle kamu davasının düşürülmesine karar verilmesinin ... disiplin cezası uygulanmasına engel teşkil etmemesi karşısında meslekten çıkarma cezasıyla cezalandırılması yolunda tesis edilen işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir*”.<sup>151</sup> Görüldüğü üzere Danıştay, ceza muhakemesinde şikayetten vazgeçme nedeniyle verilen düşme kararının disiplin soruşturmasına engel teşkil etmeyeceği yönünde görüş bildirmiştir. Fakat Danıştay’ın aksi yönde kararları da vardır. Eylemi nedeniyle hırsızlık suçunu işlediğinden bahisle meslekten çıkarma cezası ile cezalandırılması işleminin iptali istemiyle açılan davada, davacının davaya konu eylemi nedeniyle yapılan yargılamada şikayetten vazgeçilmesi nedeniyle davanın düşürülmesine karar verildiği, davacının taksit durağından ayrılırken ‘daha sonra veririm’ dediği yolundaki tanık beyanları da dikkate alınarak disiplin cezasına ilişkin işlemin iptaline ilişkin yerel mahkeme kararının onanmasına karar verilmiştir.<sup>152</sup> Bu kararda her ne kadar, davanın düşmesi nedeniyle disiplin cezasının gerekmediği yönünde karar verilmiş ise de, aslında ceza davasının içeriğinin incelendiği ve tanık beyanları nedeniyle hırsızlık suçunun oluşmaması ihtimali de göz önüne alınarak bu yönde hüküm tesis edildiği anlaşılmaktadır.

Ön ödeme nedeniyle de davanın düşmesi kararı verilebilir. Ön ödeme, belli bir miktar ceza gerektiren suçları işleyen failin, bir miktar

<sup>149</sup> Oğurlu, “Ne Bis In Idem”, s. 120.; Yıldırım/Yasin/Karan vd., s.396.

<sup>150</sup> Pınar, s.25.

<sup>151</sup> Danıştay 12. Daire, E: 2002/1382, K: 2004/1211, T: 09.04.2004., Aktaran; Özerdem, s. 134.

<sup>152</sup> Danıştay 12.Daire, E: 2007/340, K: 2009/238, T: 26.01.2009, Aktaran; Özerdem, s.134.

parayı Devlet hazinesine belli bir süre içinde yatırması halinde kamu davasının düşmesi müessesesidir. Bu kapsamda belirtmek gerekir ki, derhal beraat kararı verilebilecek durumlarda, ön ödeme usulüne başvurmaya gerek yoktur ve düşme kararı verilemez.<sup>153</sup> Görüldüğü üzere ön ödeme işin esasını çözmez. Bu nedenle kamu görevlisi ön ödeme müessesesi işleterek hakkındaki kamu davasının düşmesini sağlasa dahi, eylemi bir disiplin suçunu oluşturuyorsa hakkında disiplin cezası verilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

### 7. Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Etkisi

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesi 5. fıkrasında düzenlenen bir kurum olup, *"Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, müsadereye ilişkin hükümler hariç, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder"* şeklinde düzenlenmiş ve buna göre 5271 sayılı Kanun'da öngörülen şartların varlığı halinde mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecektir. Bu karar verildiğinde, aslında verilmiş iki karar bulunmaktadır: Birincisi, sanığın suçu işlediğinin tespitini içeren mahkûmiyet kararı, ikincisi hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıdır.<sup>154</sup> İkinci karar, birinci kararın üstüne inşa edilir ve ilk kararın hüküm ifade etmesini engeller.<sup>155</sup> Sanık hakkında kurulan ve açıklanması geri bırakılan mahkûmiyet hükmü -5 yıllık denetim süresi içerisinde kasten yeni bir suç işlememesi ve denetim yükümlülüklerine uygun davranması halinde- kaldırılarak davanın düşmesi kararı verilmektedir. Aksi durumda yani sanığın 5 yıllık denetim süresi içerisinde kasten yeni bir suç işlemesi ve denetim yükümlülüklerine aykırı davranması halinde mahkûmiyeti içeren birinci karar hüküm ifade edecektir.<sup>156</sup>

<sup>153</sup> Mahmutoglu/Karadeniz, s.1630.

<sup>154</sup> Özerdem, s. 135.

<sup>155</sup> İbrahim Keskin, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararları ve Disiplin Soruşturmalarına Etkisine Dair Bir Değerlendirme", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2023, S: 54, s.6.

<sup>156</sup> Keskin, s.6.

Danıştay'ın görüşüne göre, 5271 sayılı Kanun uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) kararı verilmesi, suçun sübut etmediğini göstermeyeceğinden ve hatta tam aksine kişinin suçu işlediği ceza mahkemesine göre sabit sayıldığından, eylemin disiplin suçu oluşturması halinde disiplin cezası verilmesi gerekmektedir.<sup>157</sup> Anılan karara göre, *“disiplin cezasını gerektiren fiilin niteliğine göre ceza yargılamasında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş olması disiplin hukuku yönünden ortada bir ceza mahkumiyeti bulunmadığından bahisle disiplin cezası uygulanmaması sonucunu doğurmayacaktır.”*<sup>158</sup> Aynı yönde yakın tarihli bir başka Danıştay kararında bu husus *“davacı hakkında ceza yargılaması sonucu verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının, davacıya isnat edilen eylemin disiplin yönünden idarece ele alınmasına ve disiplin cezası verilmesine engel teşkil etmeyeceği, davacıya isnat edilen fiilin, hakkında yapılan disiplin soruşturması sonucunda sübute erdiği kanaatine varıldığı...”*<sup>159</sup>

## 8. Hapis Cezasının Ertelenmesi Kararının Etkisi

Hapis cezasının ertelenmesi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, *“İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir. Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından üç yıldır”*.

Hapis cezasının ertelenmesi halinde de aslında verilmiş iki karar bulunmaktadır: Sanığın mahkûmiyetine ilişkin karar ile hapis

<sup>157</sup> Bununla beraber Keskin, disiplin cezasına ilişkin idari uyuşmazlıklarda HAGB kararına dayanılmasının, hakkında kesin mahkûmiyet hükmü bulunmayan kişilerin suçlu muamelesi görmemesini içeren masumiyet karinesine aykırılık oluşturabileceğini belirtmiştir. Keskin, s.20.; Bununla beraber Danıştay bu durumun masumiyet karinesine aykırılık teşkil etmeyeceği görüşündedir. Danıştay 16. Daire, E: 2015/896, K: 2016/1858, T: 24.03.2016. Aktaran: Keskin, s.23.

<sup>158</sup> Danıştay 12. Daire, E: 2011/9670, K: 2012/3553, T: 25.05.2012.

<sup>159</sup> Danıştay 12. Daire, E: 2019/3149, K: 2022/1404, T: 24.11.2022. Danıştay bir başka kararında HAGB kararını mahkûmiyet hükmü kabul ederek şu şekilde hüküm kurmuştur: *“ceza yargılaması neticesinde davacının mahkumiyetine ilişkin verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının, disiplin soruşturması ve kovuşturması bakımından bağlayıcılığı bulunmadığı sonucuna varıldığından...”* Danıştay 5. Daire, E: 2016/29950, K: 2020/5028, T: 11.11.2020.



cezasının ertelenmesine ilişkin karar.<sup>160</sup> Bu bağlamda, hapis cezasının ertelenmesi halinde, kamu görevlisi tarafından işlendiği iddia olunan eylemin gerçekleştiği yargı kararı ile saptanmış olduğundan, Danıştay verilen disiplin cezasının iptalinin gerekmediği sonucuna varmıştır: “... diğer iki sanıkla birlikte davacının; TCK 240/2 maddesi gereğince 6 ay hapis ve ağır para cezası ile cezalandırılmalarına, 3 ay müddetle memuriyet görevlerinden mahrumiyetlerine, hapis cezasının TCK 72. maddesi uyarınca ağır para cezasına çevrilmesine ve 647 sayılı Yasa’nın 6. maddesi uyarınca sanıkların cezasının ayrı ayrı ertelenmesine karar verildiği anlaşılmıştır. Bu durum karşısında, davacı hakkında mahkûmiyet kararı verilmesine neden olan suçun niteliği ve ağırlığı göz önüne alındığında, dava konusu işlemde sebep ve maksat unsurları yönünden hukuka aykırılık görülmemiştir”.<sup>161</sup>

Ayrıca belirtmek gerekir ki, Ceza Muhakemesi Kararları Bakımından Değerlendirme başlığı altında bahsedilen tüm durumlar için geçerli olan bir kural vardır: Kamu görevi esnasında “memuriyete engel cezayı gerektiren bir suçtan ötürü” ceza davası açılırsa, ceza yargılamasında mahkûmiyet kararı verilmedikçe bu suça dayanarak disiplin cezası verilemeyecektir. Dolayısıyla disiplin cezasını düzenleyen kanun kuralında, cezanın uygulanması bir mahkûmiyet esasına bağlı kılınmışsa, örneğin genel af kanunu ile mahkûmiyet ortadan kalkacağından disiplin cezası da bu durumdan etkilenecektir.<sup>162</sup>

## SONUÇ

Kamu görevlilerinin birbiri ile uyumu ve kamu hizmetlerinin sürekliliğinin sağlanması gibi amaçlarla getirilen iç düzen kuralları olarak ifade edilen disiplin hukuku kapsamında kamu görevlileri, disiplin suçları ve bunların ihlali halinde uygulanacak disiplin cezaları ile karşı karşıya kalmaktadır. Kamu görevlilerinin eylemleri ile bir disiplin suçuna neden olmaları halinde haklarında disiplin soruşturması başlatılarak disiplin cezası verilmesi söz konusu olacaktır.

Bazı durumlarda kamu görevlisinin gerçekleştirdiği eylem, aynı zamanda Ceza Hukuku bağlamında da bir suç oluşturabilmektedir.

<sup>160</sup> Mahmutoglu/Karadeniz, s.1263.

<sup>161</sup> Danıştay 5.Daire, E: 2002/5460, K: 2005/5304, T: 21.11.2005.

<sup>162</sup> Pınar, s.27.

Çalışmamızda, kamu görevlisi hakkında yürütülen ceza kovuşturması ile disiplin soruşturması arası ilişki inceleme konusu yapılmıştır.

Bu kapsamda öncelikle belirtmek gerekir ki, Ceza Hukuku ile Disiplin Hukuku kişilerin bazı eylemleri karşılığında uygulanacak yaptırımları düzenlemeleri yönüyle birbirlerine benzeseler de aslında birbirinden bağımsız iki rejimdir. Bu bağımsızlık kabul edilen genel bir ilkedir ve yasal düzleme de oturtulmuştur. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesinde disiplin soruşturmasına neden olan eylemin aynı zamanda ceza kovuşturması açılmasına engel olmayacağı ve 131. maddesinde ise kamu görevlisinin ceza kanununa göre mahkûm olması veya olmamasının, disiplin cezası uygulanmasına engel olamayacağı belirtilmiştir. Bu maddelerdeki düzenlemelerden ortaya çıkan sonuç, aynı eylemden dolayı hem disiplin soruşturması hem de ceza kovuşturmasının yapılabileceği ve birinde verilen kararın diğerini etkilemeyeceğidir.

Ceza hukuku ile disiplin hukukunun birbirinden bağımsız olmasının sonucu olarak, disiplin soruşturması ceza kovuşturmasını bekle-tici mesele yapamaz. Bu duruma hem bağımsızlığa ilişkin yukarıdaki düzenlemeler hem de disiplin soruşturmasına ilişkin zamanaşımı kuralları engel olmaktadır. Bununla beraber, tüm disiplin yaptırımları bakımından haksızlıkların ortaya çıkabilmesi mümkün olmakla birlikte; özellikle meslekten çıkarılma sonucuna neden olması olası disiplin soruşturmalarında, ceza kovuşturmasının bekletici mesele yapılama-ması, telafisi güç zararlara sebep olabilecektir. Dolayısıyla, bu konuda bir yasal düzenleme yapılarak, en azından telafisi güç disiplin cezalarına ilişkin soruşturmalarda, ceza kovuşturmasında verilecek kararın beklenmesinin sağlanması gerektiği kanaatindeyiz.

Ceza hukuku ile disiplin hukukunun bağımsızlığına ilişkin ilkenin mutlak olmadığı, bazı durumlarda birbirlerini etkileyebildikleri belir-tilmelidir. Bu kapsamda ceza kovuşturmalarının disiplin soruşturma-larından çok sonra karara bağlandığından, birbirlerini etkileyemeyecekleri düşünülse de disiplin cezalarına ilişkin yargılamalarda veya idarenin disiplin suçunu sonradan öğrenmesi durumunda etkilemesi mümkün olabilecektir.

Çalışma kapsamında tespit edebildiğimiz kadarıyla, ceza kovuş-turmasında kamu görevlisine isnat edilen eylemi o kişinin işlemediği-

nin tespit edilmesi, eylemin unsurları bakımından suç oluşturmaması, sanığın eylemin gerçekleşmesinde kusurunun olmaması nedenleriyle verilen beraat kararı; akıl hastalığı nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı, eylemin kamu görevlisi tarafından işlendiği sabit görülerek mahkûmiyet hükmü kurulması ve/veya güvenlik tedbirine hükmedilmesi, ölüm nedeniyle davanın düşmesi kararı disiplin hukukuna etki edebilecek kararlardan bazılarıdır.

Çalışmada da görüldüğü üzere, ceza kovuşturmasında verilen hangi kararların disiplin soruşturmasında verilecek kararı bağlayacağı, hangilerinin bağlamayacağı net değildir. Ancak somut olayın önüne gelmesi neticesinde Danıştay içtihatları ile bu konu şekillenebilmektedir. Bu nedenle uygulamanın nasıl olacağını belirsiz olduğu anlaşılmaktadır. Bu durum da bizi, olası haksız disiplin yaptırım uygulamalarının önüne geçmek için bu belirsizliğin giderilerek yeknesak bir kurallar bütünü oluşturulması gerektiği kanaatine ulaştırmaktadır.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Akyılmaz Bahtiyar/Sezginer Murat/Kaya Cemil, Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 10. baskı, 2022.
- Atay Ender Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.
- Bilgin Hüseyin, İdari Davalar ve Çözüm Yolları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 3. Baskı, 2022.
- Çağlayan Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 7. baskı, 2019.
- Duman Bahattin, Yükseköğretim Ceza ve Disiplin Soruşturması, Seçkin Yayınevi, Ankara, 3.baskı, 2012.
- Dündar Erol, Milli Eğitim Teşkilatı Mensuplarına İlişkin Disiplin Cezaları ve Yargı Denetimi, Milli Eğitim Bakanlığı, Ankara, 1987.
- Erkal Atila, İdare Hukukunda Kıyas, Savaş Yayınevi, Ankara, 2022.
- Giritli İsmet/Bilgen Pertev/Akgüner Tayfun/Berk Kahraman, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 7.baskı, 2015.
- Gökcan Hasan Tahsin/Artuç Mustafa, Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri, Seçkin Yayınevi, Ankara, 3.baskı, 2012.
- Gözler Kemal/Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 21. baskı, 2019.
- Gözler Kemal, İdare Hukuku Cilt II, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 3. baskı, 2019.
- Gözübüyük Şeref/Tan Turgut, İdare Hukuku Cilt I, Turhan Kitabevi, Ankara, 9. baskı, 2013.

- Günday Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara, 10. baskı, 2011.
- Hakeri Hakan, Ceza Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 26. baskı, 2022.
- İçel Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayıncılık, İstanbul, 7. baskı, 2016.
- Karabulut Mustafa, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- Kaya Nurullah/Doğan Cevdet, Soruşturma Rehberi, Ankara, 1. baskı, 2002.
- Mahmutoğlu Fatih Selami/Karadeniz Serra, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 2.baskı, 2021.
- Mısır M.Haşim, Avukatlık Disiplin Hukuku, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2008.
- Oğurlu Yücel, İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, Seçkin Yayınevi, 2. baskı, 2001.
- Özen Mustafa, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 6.baskı, 2023.
- Özen Mustafa, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 1. baskı, 2017.
- Pınar İbrahim, Disiplin Suç ve Cezaları ve Sicil Hukuku, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2008.
- Sancakdar Oğuz/Altınok Çalışkan Elif/Dursun Özdemir Gizem/Yağcı Pınar/Seyhan Serkan/Karaca Egemen, Disiplin Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2.baskı, 2022.
- Tan Turgut, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 3. baskı, 2014.
- Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 3.baskı, 2015.
- Yıldırım Turan/Yasin Melikşah/Karan Nur/Özdemir Eyüp/Üstün Gül/Okay Tekinsoy Özge, İdare Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 3.baskı, 2012.

## Makaleler

- Akkoyunlu Sencer Abdullah, "Disiplin Soruşturmasında Memurun Savunma Hakkını Kullanımında İdarenin Uyması Gereken Esaslar", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, C: 28, S: 48, ss.3 - 63.
- Akyılmaz Bahtiyar, "Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002, C:6, S:2, ss.241-262.
- Aras Bahattin, "Disiplin Soruşturmaları Bakımından Hukuki Güvenlik ve Belirlilik İlkeleri", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C: 16, S: 1, ss.235 - 276.
- Baş Eylem, "Hâkimlerin ve Savcılarının Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşlemleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları", *Ankara Barosu Dergisi*, 2016, S: 3, ss.267 - 359.
- Bosquet, Jean-Jacques, "La Procedure Non-Contentieuse En Droit Administratif Français", İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler, 17-18 Ocak 1998, Ankara.
- Boz Selman Sacit, "Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, C: 25, S:2, ss.15-41.

- Bulut Metin, "Kamu Görevlileri Disiplin Hukukunda Kanunilik İlkesini Yeniden Düşünmek", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2018, C: 6, S: 12, ss.227-278.
- Dündar Erol, "Emniyet Mensuplarına İlişkin Disiplin Cezaları ve Yargı Denetimi", *Danıştay Dergisi*, 1986, C: 16, S:62-63, ss.15-50.
- Eraslan Yunus, "Disiplin Hukukunda Tevhiden Cezalandırma", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2019, C:7, S:13, ss.167-186.
- Ersoy Uğur, "Disiplin Hukukunda Kanunilik İlkesinin Uygulanabilirliği", *Türk Ceza Hukuku Derneği Ord. Prof. Sulhi Dönmezer Armağanı Cilt II*, 2008, Ankara, ss.769-778.
- Gündüz F.Ebru, "Hukuka Aykırı Elde Edilmiş Delillerin Disiplin Hukukunda Kullanılması", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2019, S:1, ss.89-114.
- Gündüz F.Ebru, "Disiplin Cezalarının Geri Alınması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C:XX, S:1, ss.411-424.
- Hafızoğulları Zeki, "Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı", *Ankara Barosu Dergisi*, 1994, S:1, ss.20-40.
- Karahanogulları Onur, "Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri", *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, 1999, C:8, S:3, ss.55-77.
- Kaya Cemil, "Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasında Hâkim Olan Temel İlkeler", *Amme İdaresi Dergisi*, 2005, C:38, S:2, ss.61-87.
- Keskin İbrahim, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararları ve Disiplin Soruşturmalarına Etkisine Dair Bir Değerlendirme", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2023, S: 54, ss.1 - 38.
- Küçük Çolpan Mücahit, "Kanunilik İlkesinin Memur Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2021, C:6, S:2, ss.129-174.
- Oğurlu Yücel, "Ceza Mahkemesi Kararının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu "Ne Bis In Idem" Kuralı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, C:52, S:2, ss.101-124.
- Saygın Engin, "Devlet Memurları Kanunu ile 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunundaki Disiplin Hukukuna İlişkin Süreler", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2024, S: 58, ss.147- 176.
- Şanlı Atay Yeliz, "İdari İşlemden Başvuru Yollarının Gösterilmesi Yükümlülüğü", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2011, S: 96, ss.293-318.
- Us Doğan Eser/Yücel Dericiler Özge, "Kamu Görevlisi Disiplin Hukukunda Masumiyet Karinesi ve Şüpheden Sanık Yararlanır (In Dubio Pro Reo) İlkelerinin Uygulanması", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, C:5, S:1, ss. 1087-1122.
- Yüce Turhan Tufan, "Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açıdan Tahlili", *Danıştay Dergisi*, 1994, C:24, S:88, s.5-15.

## Tezler

- Özdemir İbrahim, "Ceza Mahkemesi Kararlarının Memur Disiplin Hukukuna Etkisi" (Yüksek Lisans), Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.



# HAKLI SEBEPLE FESİH İÇİN İHTARDA BULUNMAK, İHBAR SÜRESİ TANIMAK VE/VEYA EK SÜRE (MEHİL) VERMEK GEREKİR Mİ?

IS IT NECESSARY TO ISSUE A WARNING, GIVE A NOTICE PERIOD  
AND/OR GRANT A GRACE PERIOD FOR TERMINATION  
FOR JUST CAUSE?

Hüseyin Can AKSOY\*

**Özet:** Sürekli borç ilişkilerinin haklı sebeple feshi, Türk Borçlar Kanunu'nun "Genel Hükümler" başlıklı ve kural olarak tüm borç ilişkilerine uygulanan birinci kısmında düzenlenmemiştir. Ancak Kanun'un "Özel Borç İlişkileri" kısmında kimi sözleşme tipleri bakımından haklı sebeple fesih hakkı tanıyan düzenlemeler yer almaktadır. Bununla birlikte, öğretide, kanunda hüküm bulunmasa da tüm sürekli borç ilişkilerinin haklı sebeple feshedilebileceği kabul edilmektedir. Bu çalışmada, sürekli borç ilişkilerinin haklı sebeple feshi bakımından karşı tarafa ihtarda bulunma, ihbar süresi tanıma ve tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüde dayalı haklı sebeple fesih öncesinde ek süre (mehil) verme zorunluluğu bulunup bulunmadığı incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Sürekli Borç İlişkisi; Haklı Sebeple Fesih, İhtar; İhbar Süresi, Ek Süre (Mehil)

**Abstract:** Termination of continuous obligations for just cause is not regulated in the first part of the Turkish Code of Obligations titled "General Provisions", which is applicable to all debt relations as a rule. However, in the "Special Obligation Relations" section of the Code, there are regulations granting the right of termination for just cause for certain types of contracts. However, it is accepted in the doctrine that all continuous obligations can be terminated for just cause even if there is no provision in the law. In this study, it will be examined whether there is an obligation to issue a warning to the other party for termination of continuous obligation for just

\* Doç. Dr., Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, hcaksoy@bilkent.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9243-189X, Makalenin Gönderim Tarihi: 16.10.2024, Kabul Tarihi: 10.12.2024



cause, to grant a notice, and whether there is an obligation to grant a grace period for termination for just cause based on default in synallagmatic contracts.

**Keywords:** Continuous Obligation, Termination for Just Cause, Warning, Notice Period, Grace Period

## GİRİŞ

Sürekli borç ilişkileri, tarafların edimlerini zamana yayarak ifa ettikleri borç ilişkileridir.<sup>1</sup> Sürekli borç ilişkisi kavramı Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) tanımlanmamıştır.<sup>2</sup> Ancak öğretilerdeki hakim görüşüne göre, bir borç ilişkisinin sürekli olup olmadığının belirlenmesindeki temel ölçüt alacaklının ifa menfaatidir. Bu bağlamda, alacaklı ifa menfaatini zamana yayılmış şekilde elde ediyor ise sürekli edim söz konusudur.<sup>3</sup> Eğer taraflardan birisinin asli edimi sürekli nitelikte ise sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme söz konusu olur.<sup>4</sup>

Sürekli borç ilişkilerinde zaman unsuru kritik bir öneme sahiptir. Nitekim, sözleşmenin kurulmasından ifa sürecinin tamamlanmasına kadar geçen süre içerisinde, ani ifalı borç ilişkilerinde karşılaşılmayan çeşitli sorunlar ortaya çıkabilir. Bir borç ilişkisinin sürekli borç ilişkisi olarak nitelendirilmesi, özellikle bu ilişkinin geçersizliği durumunda hangi hükümlerin uygulanacağı ve ilişkinin sona erdirilmesine uygulanacak usul ve esaslar açısından belirleyici bir rol oynar.<sup>5</sup>

Sürekli borç ilişkileri, doğası gereği belirsizlik ve öngörülemezlik barındırır.<sup>6</sup> Zira taraflar sözleşme akdedildiği sırada koşulları belirsiz

<sup>1</sup> Sürekli borç ilişkisinin tanımı hk. detaylı açıklama için bkz. Pınar Altınok Ormancı, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep ile Feshi, Vedat, İstanbul 2011, s. 7 vd.

<sup>2</sup> Gerçekten de TBK m. 126 ve 138'de borçlunun sürekli edimli sözleşmeler bakımından dönme yerine fesih kurumuna başvurabileceğini ifade eden kanun koyucu her iki hükümde de sürekli borç ilişkisini tanımlamamıştır.

<sup>3</sup> Barış Demirsatan, Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi, On İki Levha, İstanbul 2021, s. 69; Özer Seliçi, Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Fakülteler, İstanbul 1976, s. 7; Turgut Öz, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, Kazancı, İstanbul 1989, s. 14.

<sup>4</sup> Demirsatan, s. 73.

<sup>5</sup> Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, Vedat, İstanbul 2015, N. 41.

<sup>6</sup> Johannes Weigl, "Das Dauerschuldverhältnis", Juristische Ausbildung 2020(9), 906-919, s. 907.

bir döneme ilişkin düzenleme yaparlar.<sup>7</sup> Keza bu ilişkilerin bir diğer temel özelliği ise taraflar arasındaki güven ilişkisine dayanmalarıdır. <sup>8</sup> Ortak bir amaç doğrultusunda hareket eden tarafların, uzun süreli bir ilişki içerisinde birbirlerine güven duymaları önemlidir. Ancak, zamanla bu güven ilişkisi zedelenebilir ve belirli koşullar altında sözleşme ilişkisinin sona erdirilmesi kaçınılmaz hale gelebilir.

Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) "Özel Borç İlişkileri" bölümünde, bazı sürekli borç ilişkilerine dair haklı sebeple fesih düzenlemeleri bulunmaktadır. Buna karşın, kanunun "Genel Hükümler" bölümünde, tüm sürekli borç ilişkilerinin haklı sebeple feshedilebileceğine dair genel bir hüküm yer almamaktadır. Ancak Türk-İsviçre hukuklarında, tüm sürekli borç ilişkilerinin haklı sebeple feshedilebileceği genel olarak kabul görmektedir. <sup>9</sup>

Bu çalışmada, sürekli borç ilişkilerinin haklı sebeple feshi bakımından alacaklıya ihtarda bulunma, ihbar süresi tanıma ve tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüde dayalı haklı sebeple fesih bakımından ek süre (mehil) verme zorunluluğu bulunup bulunmadığı incelenecektir.

## I. SÜREKLİ BORÇ İLİŞKİLERİNİN SONA ERMESİ: OLAĞAN VE OLAĞANÜSTÜ FESİH AYRIMI

Sürekli borç ilişkileri, belirli sebeplerin ortaya çıkması halinde kendiliğinden sona erebilir. Örneğin, taraflarca ifa süresinin bitme anı kararlaştırılmış olan sürekli borç ilişkileri, kararlaştırılan sürenin dolmasıyla kendiliğinden sona ereceği gibi, TBK'nın özel hükümlerinde ölüm, fiil ehliyetinin kaybı veya sınırlanması, ödemededen aciz ve iflas hallerinde de sürekli borç ilişkisinin kendiliğinden sona ereceği düzenlenmiştir. <sup>10</sup>

Sürekli borç ilişkisi içeren sözleşmelerin, kendiliğinden sona erme halleri dışında tarafların karşılıklı anlaşması veya tek taraflı bir fesih

<sup>7</sup> Michael Stürner, "Die Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund nach § 314 BGB", *Juristische Ausbildung* 2016(2), 163-167, s. 163.

<sup>8</sup> Weigl, s. 908.

<sup>9</sup> Bkz. aşağı. Bölüm II.B.

<sup>10</sup> Detaylı bilgi için bkz. Altınok Ormancı, s. 84 vd; Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt III, Legal, İstanbul 2017, s. 530 vd.

beyanı ile de sona erdirilmesi mümkündür. Nitekim ani edimli borç ilişkilerinden farklı olarak, sürekli borç ilişkisi içeren sözleşmelerde asli edimlerin ifası, sözleşme ilişkisinin sona ermesine neden olmaz ve sürekli borç ilişkisi varlığını sürdürmeye devam eder. Bu nedenle tarafların, bu tür ilişkilere son verebilmeleri için birtakım araçlara ihtiyaçları vardır.<sup>11</sup> İşte bu hallerde, sözleşme ilişkisinin sona erdirilmesi için olağan fesih veya olağanüstü fesih kurumlarından yararlanılmaktadır.<sup>12</sup>

### A. Olağan Fesih

Olağan fesih, *belirsiz süreli* bir sözleşmenin, *herhangi bir sebep gösterilmesine gerek olmaksızın* tek taraflı irade beyanıyla ileriye etkili olarak sona erdirilmesini ifade eder.<sup>13</sup> Bu anlamda, olağan fesih, tarafların sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme ile sonsuza kadar bağlı kalmalarını sağlayan bir araçtır. Olağan fesih hakkının kullanılması için bir tarafın sözleşme ile sonsuza kadar bağlı kalmak istemiyor olması yeterlidir. Bu nedenle, olağan fesih hakkını kullanmak isteyen tarafın, herhangi bir sebep ileri sürmesi gerekmez.

TBK'da belirsiz süreli sürekli borç ilişkisi doğuran adi kira sözleşmelerinde m. 328 ve 330, ürün kirası sözleşmesinde m. 368; kullanım ödücü sözleşmesinde m. 384; hizmet sözleşmesinde m. 431; saklama sözleşmesinde m. 565/II ve adi ortaklık sözleşmesinde m. 639/I b. 6 ve 640 olağan fesih hakkını açıkça düzenlenmiştir. Bununla birlikte olağan fesih hakkının kullanılması kural olarak bir fesih süresi verilmesine bağlı kılınmıştır. Kanun koyucu, böylelikle, feshe muhatap olan tarafa muadil bir sözleşme ilişkisine girebilme imkânı sağlamayı amaçlamıştır.<sup>14</sup>

### B. Olağanüstü Fesih

Olağanüstü fesih, sözleşme taraflarından birisinin, *belirli veya belirsiz süreli* bir sözleşmeyi *belirli sebeplerin ortaya çıkması üzerine* tek taraflı

<sup>11</sup> Demirsatan, s. 232-233.

<sup>12</sup> Her iki halde de fesih hakkı bir bozucu yenilik doğuran hak niteliğinde olacağından, yenilik doğuran hakların kullanılmasına ilişkin esaslar geçerlidir.

<sup>13</sup> Seliçi, s. 132; Ş. Deren Gündüz, Olumlu Zarar, On İki Levha, İstanbul 2020, s. 232; Altınok Ormancı, s. 90.

<sup>14</sup> Demirsatan, s. 235; Altınok Ormancı, s. 92; Seliçi, s. 112.

irade beyanıyla vaktinden önce ileriye etkili olarak sona erdirilmesini ifade eder.<sup>15</sup> Haklı sebeple fesih ise olağanüstü feshin bir türüdür. Bu nedenle, haklı sebep kavramının anlaşılabilmesi için öncelikle olağanüstü feshin temel özellikleri açıklanmalıdır.

### 1. Genel Olarak

Olağanüstü fesih, kimi sebeplerin ortaya çıkması halinde sözleşme taraflarına sözleşmesel ilişkiyi sona erdirme imkânı veren bir araçtır. Bu sebepler kanunda sayılmış olabileceği gibi, sözleşmede de taraflarca belirlenmiş olabilir.<sup>16</sup>

Olağan fesihten farklı olarak, belirli süreli sözleşmelerin de olağanüstü sebeple feshedilmesi mümkündür. Olağan fesih ile olağanüstü fesih arasındaki farklardan bir diğeri ise olağanüstü feshin bir fesih süresine veya fesih dönemine bağlanmamış olmasıdır.<sup>17</sup> İhbar süresi, bir tarafın sözleşmeyi feshetmek istediğinde, karşı tarafa bu durumu önceden bildirmesi gereken süreyi ifade eder. Fesih dönemi ise belirli bir sözleşmede fesih hakkının kullanılabilmesi veya sözleşmenin sona erdirilebileceği zaman dilimidir.<sup>18</sup> Bu çerçevede, TBK'nın kira sözleşmesinin olağanüstü feshi için kiracıya süre tanınmasına ilişkin hükümleri (TBK m. 331), olağanüstü feshin ihbar süresine bağlı olmadığı kuralının istisnası olarak değerlendirilmektedir.<sup>19</sup> Nitekim TBK m. 331/I uyarınca, kira ilişkisinin devamını kendisi için çekilmez hâle gelen taraf sözleşmeyi "*yasal fesih bildirim süresine uyarak*" feshedebilir.

### 2. Haklı Sebep Kavramı

Belirli ve belirsiz süreli sürekli borç ilişkilerinin feshine ilişkin dayanaklardan bir tanesi de haklı sebeptir. Haklı sebeple fesih, olağan-

<sup>15</sup> Seliçi, s. 156; Gündüz, s. 233; Altınok Ormancı, s. 93.

<sup>16</sup> Yargıtay da haklı sebebin kanunla veya sözleşmeyle kararlaştırılabileceğini ifade etmektedir. Bkz. Yarg. 6. HD., 27.10.2015, 2015/7331 E. ve 2015/9163 K.: "Olağanüstü fesih, belirli ve belirsiz süreli sürekli borç ilişkilerini haklı sebeple, vaktinden önce ve ileriye yönelik olarak sona erdiren bir imkandır. Olağanüstü feshin, olağan fesih karşısındaki özelliği geçerliliğinin akdi veya kanuni bir fesih sebebi-ne (haklı sebebe) dayanmasıdır".

<sup>17</sup> Seliçi, s. 157.

<sup>18</sup> Aradaki fark için bkz. Altınok Ormancı, s. 92 vd.

<sup>19</sup> Seliçi, s. 157; Demirsatan, s. 257.

nüstü fesih kavramı ile yakın ilişkili olmakla birlikte eş anlamlı değildir. Zira belirli veya belirsiz süreli bir sözleşmenin olağanüstü fesih yoluyla sona erdirilmesini sağlayacak tek neden bir haklı sebebin mevcut olması değildir. Bunun dışında, kanun koyucunun sözleşme ilişkisini olağanüstü sebeple fesih imkânı tanıdığı hallerde veya taraflarca sözleşmede fesih imkânı kararlaştırılan hallerde de olağanüstü fesih söz konusu olabilir. Haklı sebeple fesih imkânı ise özel olarak belirlenmiş somut bir olguya bağlanmadığından ve çeşitli şekillerde ortaya çıkabileceğinden genel nitelikteki olağanüstü fesih sebebi olarak kabul edilmektedir.<sup>20</sup>

Türk-İsviçre Borçlar Kanunları “haklı sebep” kavramını tanımlamıştır. Ancak öğretide, sözleşmenin bir tarafı için sözleşmesel ilişkiye devam edilmesini çekilmez kılan hallerin fesih için haklı sebep teşkil edeceği ifade edilmektedir.<sup>21</sup> Bu bağlamda, sözleşme süresinin dolmasına veya en yakın olağan fesih tarihine kadar sözleşme ile bağlı kalmak dürüstlük kuralına göre beklenemez ise haklı sebep söz konusu olur.<sup>22</sup>

Somut olayda haklı sebebin gerçekleşip gerçekleşmediğini, yani taraflar arasında sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeyle bağlı kalmanın, bir taraf için çekilmez hale gelip gelmediğini belirlemek bakımından hakim takdir yetkisine (TMK m. 4) sahiptir.<sup>23</sup> Bununla birlikte, fesih sebebi hem fesih hakkını kullanmak isteyen taraf bakımından

<sup>20</sup> Altınok Ormancı, s. 94; Antalya, s. 535.

<sup>21</sup> Seliçi, s. 192. Yargıtay da çekilmezlik unsurunu bir tarafın sözleşmeye katlanamayacağı hal olarak nitelendirmektedir: Yarg. 6. HD., 27.10.2015, 2015/7331 E. ve 2015/9163 K.: “Önemli sebep kapsamında çekilmezlik, tarafın sözleşmeye katlanamayacağı haldir”.

<sup>22</sup> Altınok Ormancı, s. 133; Antalya, s. 537. Yargıtay’a göre de çekilmezliğin meydana gelip gelmediği dürüstlük kuralına göre tespit edilir: Yarg. HGK, 17.01.2018, 2015/1246 E. ve 2018/21 K.: “Akdi ilişkiye devamın çekilmez (katlanılmaz) hâle gelip gelmediğinin ölçüsünü objektif iyi niyet yani dürüstlük kuralları oluşturur”.

<sup>23</sup> Seliçi, s. 187. Çekilmezlik unsuru hk. detaylı bilgi için bkz. Demirsatan, s. 271 vd. Hâkimin takdir yetkisinin sınırları hk. bkz. Altınok Ormancı, s. 136 vd. Yargıtay da bu konudaki takdir yetkisinin hâkime ait olduğunu ifade etmektedir: Yarg. 19. HD., 28.9.2016, 2016/5707 E. ve 2016/12723 K.: “Ancak taraflar arasında ortaya çıkan her sorun haklı sebep sayılamaz. Bu konuda haklı sebebin yerinde olup olmadığını takdir yetkisi TMK’nın 4. maddesi gereğince hukuka ve hakkaniyete göre hâkime aittir. Haklı sebebin takdirinde sözleşmenin tarafları arasında çıkan sorun ile buna uygulanacak yaptırım arasında orantılılık ilkesine riayet edilmeli ve olağanüstü fesih son çare olarak düşünülmelidir.”

sübjektif açıdan, hem de dürüstlük kuralına göre objektif açıdan sözleşmenin feshini haklı kılmalıdır.<sup>24</sup> Bu bağlamda, ortaya çıkan şartların sübjektif ağırlığı, bir taraf için sözleşme ile bağlı kalmanın beklenebilir hale gelmesini ifade eder.<sup>25</sup> Söz konusu şartların objektif açıdan ağırlık taşıması ise aynı şartlar altındaki makul bir insanın o şartlar altında sözleşmeyi feshetmesinin haklı sebep teşkil edip etmeyeceğine göre belirlenir. Bu değerlendirme ise dürüstlük kuralına göre yapılır.<sup>26</sup>

Hangi hallerin sürekli borç ilişkisi içeren bir sözleşmenin feshi bakımından haklı sebep teşkil edeceği kanunda veya taraflarca akdedilen sözleşmede sayılabilir.<sup>27</sup> Bu bağlamda, taraflar hangi hallerin bir sözleşmeyi sona erdirmek bakımından haklı sebep teşkil edeceğini belirleyebilecekleri gibi haklı sebeple feshin hukuki sonuçlarını da serbestçe kararlaştırabilirler.<sup>28</sup> Öğretideki bir görüşe göre, taraflar aralarında anlaşarak nelerin haklı sebep teşkil edeceğini veya etmeyeceğini kararlaştırmışlarsa, sözleşmede belirtilen sebeplerin haklılığı tartışma konusu edilmez.<sup>29</sup>

Aksi görüşe göre ise taraflar belirli olguların haklı sebeple fesih sebebi olamayacağını kararlaştırmış olsalar dahi bu olgu bir tarafın sözleşmeyle bağlı tutulmasını objektif olarak çekilmez hale getirmiş ise, bu olgular, tarafların aksi yöndeki anlaşmasına rağmen feshi haklı kılabilir.<sup>30</sup> Kanımızca, burada ikinci görüşe üstünlük tanımak gerekir. Zira bir hususun sözleşmede haklı sebep olarak kararlaştırılmış olması, olsa olsa tarafların bu duruma atfettikleri sübjektif önemi ortaya koyar.

Bununla birlikte, söz konusu durumun sözleşmenin feshine imkân tanıyacak bir haklı sebep olup olmadığını, bir tarafın buna atfettiği sübjektif öneme ek olarak, son tahlilde dürüstlük kuralına göre yapı-

<sup>24</sup> Altınok Ormancı, s. 139; Antalya, s. 538.

<sup>25</sup> Altınok Ormancı, s. 154; Antalya, s. 538.

<sup>26</sup> Altınok Ormancı, s. 140; Antalya, s. 538.

<sup>27</sup> Yargıtay da tarafların haklı sebep teşkil eden halleri sözleşmede kararlaştırabilecekleri görüşündedir: Yarg. 3. HD., 17.10.2000, 2000/8689 E., 2000/9920 K.: "Tarafların bazı olgulara haklı sebep niteliği kazandırmaları ve bunların vukuu halinde olağanüstü feshine gidilebileceğini kararlaştırmaları olanaklıdır."

<sup>28</sup> Antalya, s. 537.

<sup>29</sup> Bkz. Murat Tümerdem, Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü ve Sonuçları (TBK m. 126), Seçkin, Ankara 2006, s. 78.

<sup>30</sup> Seliçi, s. 165.

lacak değerlendirme belirleyecektir. Aynı yaklaşım, tarafların belirli olguların haklı sebeple fesih sebebi olamayacağını kararlaştırdıkları hallerde de geçerlidir.

## II. HAKLI SEBEPLERLE FESHİN HUKUKİ DAYANAĞI VE KAPSAMI

Kanun koyucu, haklı sebeple feshe başvurulmasını yalnızca bazı sürekli borç ilişkileri bakımından kabul etmiştir. Bu bağlamda, TBK'da kira sözleşmesi (TBK m. 331/I ve TBK m. 369/I), hizmet sözleşmesi (TBK m. 435), ölünceye kadar bakma sözleşmesi (TBK m. 617/I b.7) ve adi şirket sözleşmesi (TBK m. 639/I) bakımından haklı sebeple fesih imkânı açıkça tanınmaktadır. Buna karşılık öğretilerde, kanunda açıkça belirtilmiş olmasa da tüm sürekli borç ilişkilerinin haklı sebeple feshedilebileceği kabul edilmektedir. Bu görüşün değerlendirilebilmesi için öncelikle haklı sebeple feshin hukuki dayanağı açıklanmalıdır.

### A. Haklı Sebep ile Feshin Hukuki Dayanağına İlişkin Görüşler

Kanun koyucu, haklı sebeple fesih yolunu yalnızca bazı sürekli borç ilişkileri bakımından kabul etmiştir. Kimi yazarlara göre bunun sebebi, haklı sebeple feshin genellikle yakın kişisel ilişkiye dayanan ve yoğun güven ilişkisinin söz konusu olduğu sözleşmelerde gündeme gelmesidir.<sup>31</sup> Aksi görüşteki yazarlara göre ise sürekli edimli olmasa bile her sözleşmenin temelinde az veya çok bir güven ilişkisi söz konusudur.<sup>32</sup> O nedenle, sürekli borç ilişkisi içeren tüm sözleşmelerin haklı sebeple feshi mümkündür.

Türk-İsviçre Hukuklarında haklı sebeple feshin hukuki dayanağı olarak genellikle TMK m. 2 veya TMK m. 23 hükümlerine işaret edilmektedir. Kimi yazarlara göre, bir tarafın sözleşme ilişkisine katlanmasının TMK m. 2/I çerçevesinde kendisinden beklenemez hale geldiği ve sözleşme ilişkisini sona erdirmeyi haklı gösterdiği her durumda sözleşmenin haklı sebeple feshi mümkündür.<sup>33</sup> Keza Yargıtay da haklı

<sup>31</sup> Antalya, s. 535.

<sup>32</sup> Altınok Ormancı, s. 113.

<sup>33</sup> Rona Serozan, Sözleşmeden Dönme, Vedat, İstanbul 2007, s. 380; Seliçi, s. 202 vd; Antalya, s. 535; Suat Sarı, Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, Beşir, İstanbul 2004, s. 166.



sebeple fesih hakkının kaynağını dürüstlük kuralına dayandırmaktadır.<sup>34</sup>

Kimi yazarlar<sup>35</sup> ise sürekli borç ilişkilerinin haklı sebeple feshini TMK m. 23 uyarınca kişilik hakkının korunması ile ilişkilendirmektedirler. Buna göre, kimse kişilik haklarından vazgeçemeyeceğine göre hayat boyu sözleşmesel yükümlülük altına giremez ve sözleşmeyi haklı sebeple sona erdirmeye yetkisine sahip olur. Bu yazarlara göre, TMK uyarınca kimse kişilik hakkından vazgeçemeyeceği için haklı sebeple fesih hakkının tüm sürekli borç ilişkileri bakımından tanınması, kişinin kendi kendine karşı korunmasının bir gereğidir. Bu bağlamda, haklı sebebin ortaya çıkmasına rağmen sözleşmesel ilişkinin sürdürülmesi bir tarafın kişilik hakkını ihlal edecektir.<sup>36</sup> Bu görüşteki yazarlara göre dürüstlük kuralı yalnızca ortaya çıkan olgunun haklılığını tespit bakımından bir ölçüt olabilir. Zaten her haklı sebep mutlaka kişilik hakkı ile ilgili olmadığından haklılığın değerlendirilmesi bakımından kişilik hakkının ihlal edilip edilmediği bir ölçüt olamaz.<sup>37</sup>

Aksi görüşteki yazarlar<sup>38</sup> ise, haklı sebeple feshin temelinde kişilik hakkının yattığı kabul edilirse kanunda öngörülen hiçbir olağanüstü fesih hakkından vazgeçilemeyeceğini, bunun da sözleşme özgürlüğünü sınırlayacağını ifade etmektedirler. Ayrıca kimi yazarlarca, TMK m. 23 hükmünün geçerli bir sözleşmeyi feshetmeye

<sup>34</sup> Bkz. Yarg. 3. HD., 17.10.2000, 2000/8689 E., 2000/9920 K.: "Tüm sürekli borç ilişkilerinde haklı sebeple fesih hakkı, dürüstlük kuralına dayanmalı ve bu 'emredici bir hüküm' olarak kabul edilmelidir. O kadar ki, kiralayan tarafından sürekli borç ilişkisine devam etmenin dürüstlük kuralına aykırı düştüğü hallerde dayanılan olgu haklı bir sebep teşkil eder. Bunun doğal sonucu olarak dürüstlük kuralı gerektiriyorsa, (kiralayana) sözleşmeyi sona erdirmeye imkânı tanınmalıdır."

<sup>35</sup> Bkz. Altınok Ormancı, s. 116; Seliçi s. 165.

<sup>36</sup> Altınok Ormancı, s. 115 vd.; İFM de (BGE 128 III 428) sözleşme ilişkisine devamın bir tarafın kişilik hakkının aşırı ölçüde sınırlandırılması anlamına geleceğinden bu tarafın sözleşmesel yükümlülüklerinden kurtulabilmesi gerektiğini kabul ederek sürekli borç ilişkilerinin feshini kişilik hakkının korunmasıyla ilişkilendirmiştir: "Günümüz anlayışına göre, sürekli borç ilişkilerinin haklı sebeple süresinden önce feshedilmesi bakımından, Medeni Kanun'un 27. maddesi anlamında kişiliğin korunmasına odaklanılmaktadır. Söz konusu tarafın, kendisini sözleşme yükümlülüğünden kurtarabilmesi gerekir; çünkü sözleşme ilişkisinin devam etmesi, kişilik haklarının makul olmayan bir şekilde kısıtlanması anlamına gelecektir".

<sup>37</sup> Altınok Ormancı, s. 117.

<sup>38</sup> Antalya, s. 536.

yönelik bir hak tanımadığı, TMK m. 2 hükmünün ise sözleşmeyle bağımlılık kötüye kullanıldığında kendi başına bir fesih hakkı yaratmaya yeterli olmadığı ifade edilmektedir. Nitekim TMK m. 2, kötüye kullanılan ifa talebine karşı ileri sürülecek bir itiraza dayanak oluşturabilirse de bir sözleşmeyi sona erdirmeye sahip değildir. TMK m. 23 ise bir sözleşmenin kişilik hakkını ihlal etmesi durumunda kesin hükümsüz olması sonucunu doğurmakla birlikte sözleşmenin feshine dayanak oluşturmaz. Öte yandan, isabetli olarak ifade edildiği üzere kişilik haklarına aykırılık, bütün olası haklı nedenleri kapsamaya yetmez. Buna göre, her iki hüküm de kendi başlarına haklı sebeple feshe dayanak oluşturabilecek nitelikte değildir.<sup>39</sup>

## B. Tüm Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep ile Feshedilebilirliği

Haklı sebeple feshin tüm sürekli borç ilişkileri bakımından geçerli olup olmadığını tespit etmeden önce, kanun koyucunun, kimi sözleşme tipleri bakımından bu hakkı açıkça öngörmüş olmasının, geriye kalan diğer sözleşme tipleri bakımından “*bilinçli susma*” olup olmadığı değerlendirilmelidir. Zira, kimi sözleşmeler bakımından bu hakkı açıkça tanıyan kanun koyucu geri kalan sözleşmelerin haklı sebeple feshedilemeyeceğini kabul etmiş olabilir. Aksi halde kanunda TMK m. 1 hükmü gereği hâkim tarafından doldurulması gereken bir boşluk olduğu kabul edilecektir.

Kanun hükümlerinin araştırılması ve yorumlanması neticesinde somut hukuksal soruna cevap veren, mevcut olaya uygulanabilir bir kanun hükmü bulunmaması durumunda kanun boşluğu bulunduğu kabul edilir.<sup>40</sup> Ancak bunun için öncelikle hukuk düzeni tarafından düzenlenmesi gereken bir konu bulunmalıdır.<sup>41</sup> Ayrıca, bir olayın herhangi bir hükmün düz anlamı itibarıyla kapsamına girmemesi yetmez. Hiçbir hüküm somut olayı zıt anlamıyla da çözemelidir. Aksi halde,

<sup>39</sup> Demirsatan, s. 268.

<sup>40</sup> Kemal Oğuzman/Nami Barlas, Medeni Hukuk, Filiz, İstanbul 2019, s. 100, N. 321.

<sup>41</sup> Oğuzman/Barlas, s. 101, N. 326; Monika Pfaffinger, Kurzkommentar, ZGB (Büchler/Jakob ed.), Helbing Lichtenhahn, Basel 2018, Art. 1 N.7; Hans Michael Riemer, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 1-10 ZGB), Stämpfli, Bern 2003, N. 84; Hofer/Hrubesch-Millauer/Roberto, N. 02.121.

kanun koyucunun olumsuz çözümü söz konusu olur ve kanun boşluğundan söz edilemez.<sup>42</sup>

Bizim de katıldığımız görüşe göre, haklı sebeple feshin kanunda bazı sözleşmeler bakımından düzenlenmiş olması bilinçli susma olarak nitelendirilemez.<sup>43</sup> Bu bağlamda, kimi sözleşme tipleri bakımından haklı sebeple feshi özel olarak düzenleyen kanun koyucunun, sürekli borç ilişkisi içeren diğer tüm sözleşme tipleri bakımından bilinçli susma yoluna gittiği ve bu yolu kapattığı şeklindeki bir yorum isabetli olmaz. Özellikle, kanunda düzenlenmemiş birçok isimli sözleşme bulunduğu düşünüldüğünde, kanun koyucunun bu sözleşmelerin tamamına ilişkin bir değerlendirme yaparak bunlar bakımından haklı sebeple feshe izin vermemeyi tercih etmiş olacağını kabul etmek isabetsiz olur. Zira Türk-İsviçre Hukuklarında yüksek mahkemelerin uygulaması da bu görüşü destekler niteliktedir. Bu çerçevede, İsviçre Federal Mahkemesinin geçmişteki yaklaşımı haklı sebeple feshin uygulama alanını kanunda haklı sebeple feshi öngörülmemiş olan sözleşmelere genişletmek olmuştur. Daha sonraki içtihatlarında mahkeme, tüm sürekli borç ilişkilerinin haklı sebeple feshini kabul eden bir yaklaşım benimsemiştir.<sup>44</sup> Yargıtay da haklı sebeple feshin her türlü borç ilişkisi bakımından fesih imkânı tanıdığı görüşündedir.<sup>45</sup>

<sup>42</sup> Serozan, Yöntem, s. 113; Oğuzman/Barlas, s. 102, N. 327; KUKO ZGB- Pfaffinger, Art. 1 N.7; Heinrich Honsell, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I Art. 1–456 ZGB (Geiser/Fountoulakised.), Helbing Lichtenhahn, Basel 2022, Art. 1 N. 31; Sibylle Hofer / Stephanie Hrubesch-Millauer/Vito Roberto, Einleitungsartikel und Personenrecht, Staempfli, Bern 2011, N. 02.122.

<sup>43</sup> Bir görüşe göre, bazı sözleşmelerde bu olanağın açıkça tanınmış olması, sadece ilgili sözleşmeler bakımından haklı nedenle feshi gerektirecek olgularla daha sık karşılaşılabileceği düşüncesiyle açıklanabilir ve bu kurumun varlığına kanunun olanak tanıdığına bir delil teşkil eder. Demirsatan, s. 264-265.

<sup>44</sup> İsviçre Federal Mahkemesi'nin kanunda haklı sebeple feshi düzenlenmemiş olan sürekli borç ilişkisi içeren sözleşmelerin haklı sebeple feshini kabul ettiği örnek kararlar için bkz. (tek satıcılık sözleşmesi için) BGE 99 II 308; (lisans sözleşmesi için) BGE 96 II 154; BGE 92 II 299. Detaylı bilgi için ayrıca bkz. Altınok Ormancı, s. 108 vd.

<sup>45</sup> Bkz. Yarg. 3. HD., 17.10.2000, 2000/8689 E., 2000/9920 K.: "Taraflar karşılıklı olarak uygun bir anlaşma havası içinde borç ilişkisini sürdürmek durumundadırlar. Bu sıkı güven ilişkisi taraflardan birinin davranışı yüzünden çökerse, diğer taraftan artık borç ilişkisini sürdürmesi beklenemez. O halde taraflar arasında iyi bir anlaşmayı gerektiren uzun süreli bir hukuksal ilişkide, bir haklı sebebin ortaya çıkması halinde her vakit (ilişkiyi sona erdirmeye) mümkün olmalıdır. (...) Her türlü

Kanımızca da haklı sebeple fesih, tüm sürekli borç ilişkilerinin bünyesinde eşyanın doğası gereği bulunan bir olanak şeklinde nitelendirilmez. Zira bir kimsenin kendisi için çekilmez hale gelen bir sürekli borç ilişkisi ile bağlı kalması beklenemez.<sup>46</sup> O nedenle, kanunda veya sözleşmede haklı sebep olarak sayılan bir hal mevcut olmasa dahi bir tarafın sözleşmeyle bağlı kalması dürüstlük kuralına göre beklenemez hale gelirse haklı sebebin varlığı kabul edilmelidir.<sup>47</sup>

O halde, TBK'da sürekli borç ilişkisi içeren sözleşmelerin haklı sebeple feshine ilişkin kanun boşluğu olduğunun kabul edilmesi gerekir.<sup>48</sup> Kanun boşluğunun tespit edilmesi durumunda, Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 1/2. hükmüne göre hâkimin ilk örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar vermesi gerekir. İşte bu son halde artık kanun boşluğundan değil hukuk boşluğundan bahsedilir. Bu boşluğun doldurulması için ise hâkimin hukuk yaratması gerekir.<sup>49</sup> Hukuk

---

sürekli borç ilişkilerinde, sözleşmenin icrasının herhangi bir olay yüzünden ağır bir şekilde tehlikeye girmesi ve bu yüzden fesih beyanı sahibinden (davacıdan) ilişkiye devamını beklenemeyeceği olduğu hallerde "bir haklı sebep" daima vardır." Ancak mahkeme bu sözleşmelerin haklı sebeple feshini hangi hukuki dayanak ile kabul ettiğini açıklamamaktadır. Örneğin, tek satıcılık sözleşmesinin haklı sebeple feshine ilişkin bkz. Yarg. 19. HD., 5.3.2002, 2001/4568 E. 2002/1473 K. ve Yarg. 19. HD., 15.04.2015, 2014/17032 E. 2015/5455 K.; acentelik sözleşmesinin haklı sebeple feshi için bkz. Yarg. 11. HD., 13.3.2019, 2017/4657 E. 2019/2104 K.; bir reklam verme sözleşmesinin haklı sebeple feshi için bkz. Yarg. 11. HD., 15.02.2007, 2005/11433 E. 2007/2883 K.

<sup>46</sup> Bu bağlamda, kanunda yer alan ve taraflara sürekli borç ilişkisini sona erdirme imkânı veren her düzenleme, haklı sebeple fesih düzenlemesi değildir. Kanun maddesinde haklı sebeple fesih hakkı tanındığının kabul edilebilmesi için kanunda "haklı neden", "haklı sebep" veya "önemli sebep" gibi ifadelerin yer alması aranır. Benzer şekilde, bir sözleşmede belli olguların gerçekleşmesine bağlı olarak veya soyut bir şekilde tanınan fesih hakları da haklı sebeple fesih niteliğinde değildir. Demirsatan, s. 257 vd. Bu halde, haklı sebeple fesih hakkının varlığı ve kapsamı, tarafların irade beyanlarının yorumlanması neticesinde tespit edilecektir.

<sup>47</sup> Gündüz, s. 234; Şeref Ertaş, "Sürekli Borç İlişkilerinde (Dauerschuldverhältnisse) Zamanaşımı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan), C. 16, Özel Sayı 2014, s. 3093-3104, s. 3095.

<sup>48</sup> Bu görüşte bkz. Altınok Ormanlı, s. 107; ayrıca bkz. Peter Gauch, *System der Beendigung von Dauerverträgen*, Diss. Freiburg 1968, s. 193 vd.; Demirsatan, s. 266 vd.

<sup>49</sup> Oğuzman/Barlas, s. 101, N. 324. Bu kural, dava konusu aynı tipteki olaylara uygulanabilecek nitelikte genel ve soyut bir kuraldır. Oğuzman/Barlas, s. 120, N. 377; Hofer/Hrubesch-Millauer/Roberto, N. 02.174. Kaldı ki, hâkimin yarattığı

yaratacak hâkimin bu süreçte başvurabileceği çeşitli araçlar mevcuttur.

Hâkimin hukuk yaratırken başvuracağı ilk araç, kanun koyucunun benzer durumları düzenlemek için koyduğu; fakat somut olayı kapsamayan bir hükümden kıyas yolu ile yararlanmaktır.<sup>50</sup> Bu yolla hâkim belirli bir olgu için öngörölmüş olan bir kuralı, kural ile korunan menfaatler açısından ona benzeyen; ama kanunda şeklen ve lafzen öngörölmemiş başka bir olaya uygulamaktadır.<sup>51</sup> Böylelikle, kanun koyucunun yapmış olduğu değerlendirme kanunda düzenlenmeyen olaya da taşınmış olur.<sup>52</sup>

Kanun boşluğu dolduran hâkim öncelikle uyumsuzluk konusunun temelinde yatan soyut menfaatleri tespit etmeli ve bunları tartmalıdır.<sup>53</sup> Ayrıca, hâkimin yürürlükteki hukuku da dikkate alarak bununla çelişmeyen bir kural koyması gerekir.<sup>54</sup> İşte, hâkimin kıyastan faydalanarak kanunda yer alan bir düzenlemeyi aralarındaki benzerlik ölçüsünde kanunda düzenlenmeyen olaya uygulaması, yürürlükteki hukuk ile hâkimin yarattığı kural arasındaki uyumu pekiştirmektedir.<sup>55</sup>

Kimi hallerde kıyas münferit bir kural ile yapılmayıp (münferit kıyas) kanun boşluğunun birden fazla kanun hükmünden elde edilen genel ve temel bir ilkeyle doldurulmasına yarayan “hukuki kıyas” ya da diğer adıyla “ilke kıyası”ndan faydalanılır.<sup>56</sup> Münferit kıyas, kanunda düzenlenene benzeyen; fakat kanunda düzenlenmemiş bir

---

hukuk kuralı bir kanun hükmü niteliğinde değildir. O nedenle, bu kural ne onu koyan hâkimi ne de diğer mahkemeleri bağlar. Oğuzman/Barlas, s. 126, N. 391.

<sup>50</sup> Ernst A. Kramer, *Juristische Methodenlehre*, Staempfli, Bern 2019, s. 226; Rona Serozan, *Hukukta Yöntem*, Vedat, İstanbul 2015, s. 117; Oğuzman/Barlas, s. 123, N. 383. Bettina Hürlimann-Kaup / Jörg Schmid, *Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht*, Schulthess, Zürich 2016, N. 207.

<sup>51</sup> Serozan, *Yöntem*, s. 117.

<sup>52</sup> Hürlimann-Kaup/Schmid, N. 207.

<sup>53</sup> Riemer, N. 131; Hofer/Hrubesch-Millauer/Roberto, N. 02.176; Hürlimann-Kaup/Schmid, N. 206.

<sup>54</sup> Riemer, N. 133.

<sup>55</sup> Riemer, N. 133.

<sup>56</sup> Serozan, *Yöntem*, s. 121; Kramer, s. 232; Susan Emmenegger/Axel Tschentscher, *Einleitung*, Art. 1-9 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, *Einleitung und Personenrecht* (Hausheer/Water ed.), Stämpfli, Bern 2012, N. 382; Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer, Berlin 1991, s. 383.

olaya kanun hükmünün uygulanmasıdır. Bu yolla münferit bir kanun hükmünün sonuçları hukukun düzenlemediği alana aktarılır.<sup>57</sup> İlke kıyasında ise benzerlik arz eden birçok hukuk kuralından elde edilen genel yaklaşım kanundaki boşluğu doldurmak bakımından kullanılır. Bu yöntemde, tamamı aynı hukuki sonucu doğuran bir grup kanun hükmünden soyutlama yoluyla elde edilen genel ilke kullanılarak kanun boşluğu doldurulur.<sup>58</sup> Öğretideki bir görüşe göre, tüm sürekli sözleşme ilişkilerinin haklı sebeple feshine izin verilmesi bu tür bir kıyas ürünüdür.<sup>59</sup> Böylelikle, sürekli borç ilişkisi içeren isimsiz sözleşmelerin dahi haklı sebeple feshedilebilecekleri kabul edilir.<sup>60</sup>

Kanun boşluğunu dolduran hâkimin faydalanabileceği bir diğer araç ise kanunun (amacı) ruhudur. Hatta, öğretideki bir görüşe göre, kanun koyucunun bazı sürekli borç ilişkileri bakımından taraflara haklı sebeple fesih imkânı tanımış olması, sürekli borç ilişkilerinin haklı sebeplerin varlığı halinde sona erdirilmesinin hukukumuzda bir temel esas sayıldığını ve kanunun ruhunun bu yönde olduğunu göstermektedir. O nedenle, hâkim, kanunda belirtilmeyen hallerde de bir sürekli borç ilişkisinin haklı sebeple sona erdirilebileceği yönündeki kuralı, kanunun ruhunu göz önünde tutarak koyabilecektir.<sup>61</sup> Bizim de katıldığımız görüşe göre ise kanunun ruhu (amacı) kıyasın aşılmasız sınırlarını oluşturur.<sup>62</sup> Diğer bir ifadeyle, yalnızca kanunun ruhunun izin verdiği ölçüde ve sınırda kıyasen uygulama mümkündür. Buna karşın, bizatihi kanunun ruhu, tüm sürekli borç ilişkilerinin haklı sebeple feshedilebileceği yönündeki genel bir ilke yaratmak için dayanak teşkil edemez.

O halde, kanunda kimi sözleşme tipleri bakımından düzenlenen ve bir taraf için sözleşmesel ilişkiye devam etmeyi çekilmez kılan hallerin, sözleşmenin feshi bakımından haklı sebep olarak kabul edildiği hükümler, ilke kıyası yoluyla tüm sürekli borç ilişkilerine uygulanmalı ve kanunda yer alan boşluk hâkim tarafından doldurulmalıdır.

<sup>57</sup> BK ZGB-Emmenegger/Tschentscher, Art. 1 N. 382.

<sup>58</sup> BK ZGB-Emmenegger/Tschentscher, Art. 1 N. 383; Larenz, s. 384.

<sup>59</sup> BK ZGB-Emmenegger/Tschentscher, Art. 1 N. 383; Kramer, s. 233; Larenz, s. 384.

<sup>60</sup> BK ZGB-Emmenegger/Tschentscher, Art. 1 N. 383.

<sup>61</sup> Hâkim boşluk doldurma sırasında doktrinden, mahkeme içtihatlarından, hukuk tarihinden ve karşılaştırmalı hukuktan da yararlanır. Oğuzman/Barlas, s. 125, N. 386 vd.

<sup>62</sup> BK ZGB-Emmenegger/Tschentscher, Art. 1 N. 389.

### III. İHTARDA BULUNMA, İHBAR SÜRESİ VERME VE/VEYA EK SÜRE (MEHİL) TANIMA ZORUNLULUĞU

Haklı sebep ister belirli ister belirsiz süreli olsun taraflarca sürdürülmesi çekilmez hale gelen bir ilişkinin taraflardan birince tek taraflı olarak sona erdirilmesine imkân tanır. Bizim de katıldığımız görüşe göre sürekli borç ilişkisi içeren tüm sözleşmelerin haklı sebeple feshedilmesi mümkündür. Ancak haklı sebeple fesih hakkını kullanmak isteyen tarafın yerine getirmesi gereken formalitelere ilişkin olarak ele alınması gereken üç mesele vardır:

- i. Alacaklının haklı sebeple fesih hakkını kullanmadan önce borçluya ihtarda bulunması gerekir mi?
- ii. Fesih hakkını kullanmak isteyen alacaklı bir fesih ihbar süresi veya fesih dönemi ile bağlı mıdır?
- iii. Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmeyi temerrüdün haklı sebep teşkil etmesi nedeniyle feshetmek isteyen alacaklının borçluya ek süre (mehil) vermesi gerekir mi?

#### A. Alacaklının Haklı Sebeple Fesih Hakkını Kullanmadan Önce Borçluya İhtarda Bulunması Gerekir Mi?

Yukarıda açıklandığı üzere bir sözleşmenin haklı sebeple feshedilebilmesi için bir taraf açısından sözleşme ile bağlı kalmaya devamın beklenemez hale gelmesi yeterli değildir. Bu subjektif şarta aynı zamanda objektif şart da eşlik etmelidir. Bu bağlamda, dürüstlük kuralı çerçevesinde, aynı şartlar altındaki makul bir insanın da sözleşmeyi haklı sebeple feshedeceği hallerde objektif şart da sağlanmış olur.<sup>63</sup>

İsviçre Federal Mahkemesi ve öğretisi haklı sebebin objektif ağırlığı yönünden ikili bir ayırım yapmaktadır: mutlak ağırlık ve nisbi ağırlık. Bu ayırım, özellikle bir sürekli borç ilişkisinin haklı sebeple feshi öncesinde borçluya ihtarda bulunulması gerekip gerekmeyeceği bakımından önem taşımaktadır.

<sup>63</sup> Bkz. yuk. Bölüm I.B.2.



İsviçre Federal Mahkemesi BGE 127 III 153<sup>64</sup> kararında sözleşmenin feshini haklı kılan sebebin ağırlığının mutlak veya nisbi olabileceğini belirttiikten sonra ilk durumda sözleşmenin feshi için tek başına yeterli bir durumun varlığını, ikincisinde ise yapılan uyarıya rağmen sözleşme ihlalinin tekrarlanması nedeniyle ağırlığın meydana geleceğini kabul etmiştir. Buna göre, taraflar arasındaki güven ilişkisinin, bir tarafın sözleşmeyle bağlı kalması beklenemez şekilde yok olması veya derinden sarsılması halinde mutlak ağırlık söz konusu olacaktır.<sup>65</sup>

Feshe dayanak teşkil edecek sebep taraflar arasındaki güven ilişkisini bir tarafın sözleşmeyle bağlı kalması beklenemez şekilde yok edecek veya derinden sarsacak ağırlıkta değil ise karşı tarafa ihtar da bulunması gerekir. Örneğin, bir müşterisinin gizli bilgilerini bir hata sonucu ifşa eden bir işletmenin belirsiz süreli tedarik sözleşmesinin feshetmesi bakımından ihtar gerekir. Zira bu halde gerçekleşen ihlalin taraflar arasındaki güven ilişkisini onarılamaz şekilde zedelediğini kabul etmek genellikle güçtür. Ancak ihtara rağmen ihlalin tekrarlanması durumunda haklı sebebin meydana gelmesi söz konusu olacaktır. Buna karşılık, söz konusu ifşa eyleminin kasten yapılması halinde güven ilişkisi onarılamaz şekilde zedeleneceğinden borçluya herhangi bir ihtar da bulunulmaksızın sözleşmenin feshi mümkün olmalıdır.

Türk Hukukunda da kanun koyucunun kimi sebepleri mutlak ağırlıkta sebepler sayarken bazı sebepleri bu nitelikte kabul etmediği ifade edilmektedir. Örneğin, TBK m. 316/3 hükmüne göre, konut ve çatılı işyeri kirasında, kiracı kiralananı kasten ağır bir zarar verirse, kiracıya verilecek sürenin yararsız olacağına anlaşılması veya kiracının bu yükümlülüğe aykırı davranışının kiraya veren veya aynı taşınmazda oturan kişiler ile komşular bakımından çekilmez olması durum-

<sup>64</sup> BGE 127 III 153: "Derhal işten çıkarılmayı haklı kılabilecek eylemin ciddiyeti mutlak veya nisbi olabilir. İlk durumda, gerçekleştirilen münferit bir eylemden kaynaklanır (örneğin, işçinin işveren fonundan para çekmesi). İkinci, işçinin usulüne uygun olarak uyarılmasına rağmen sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal etmekte ısrar etmesinden kaynaklanmaktadır (örneğin, işçinin vaktinde gelmesi emredilmesine rağmen yine de işine geç gelmeye devam etmesi); burada, gerekli ciddiyet fiilin kendisinden değil, -ceza hukukundaki tekrürde olduğu gibi- tekrardan kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte, somut bir olayda yeterli ciddiyetin söz konusu olup olmadığının tespiti her zaman bir değerlendirme meselesi olacaktır".

<sup>65</sup> Karar hk. detaylı bilgi ve açıklamalar için bkz. Altınok Ormancı, s. 144.

larında kiraya verenin, yazılı bir bildirimle sözleşmeyi *hemen feshedebileceği düzenlenmiştir*. Ancak TBK m. 316/2 hükmüne göre, kiracı, kiralananı, sözleşmeye uygun olarak özenle kullanmaz veya kiralananın bulunduğu taşınmazda oturan kişiler ile komşulara gerekli saygıyı göstermez ise kiraya veren, konut ve çatılı işyeri kirasında, en az otuz gün süre vererek, aykırılığın giderilmesi, aksi takdirde sözleşmeyi feshedeceği konusunda yazılı bir *ihbarda bulunur*. Burada kanunun ihtar şartını araması, TBK m. 316/2 hükmünde belirtilen durumları mutlak ağırlıkta saymadığını göstermektedir.<sup>66</sup>

O halde, ihtar bir sürekli borç ilişkisinin haklı sebeple feshinin koşulu değildir. Buna karşılık, haklı sebebin varlığından söz edebilmek için ihbarda bulunulması gerekli olabilir. Gerçekten de ya taraflar arasındaki güven ilişkisi onarılamaz şekilde zedelenmiştir ve haklı sebep mevcuttur (mutlak ağırlık) ya da ihtarla rağmen borca aykırılığın giderilmemesi (nisbi ağırlık) sözleşmenin feshi için haklı sebep meydana getirir. Her durumda, bir kez haklı sebep ortaya çıktıktan sonra sözleşmenin feshi için ihbarda bulunulması gerekmez.

### **B. Fesih Hakkını Kullanmak İsteyen Alacaklı Bir Fesih İhbar Süresi veya Fesih Dönemi ile Bağlı Mıdır?**

Haklı sebep nedeniyle fesih hakkını kullanmak isteyen alacaklının bir fesih ihbar süresi ile bağlı olup olmadığı meselesi, fesih beyanının hangi andan itibaren sonuç doğuracağı ile ilişkilidir. Diğer bir ifade ile haklı sebebe dayanarak sözleşmeyi tek taraflı olarak fesheden tarafın beyanı hangi andan itibaren hüküm ve sonuç doğuracaktır? Bu noktada iki ihtimal söz konusudur. Ya fesih beyanı karşı tarafa ulaştığı anda derhal hüküm ve sonuç doğuracak ya da ulaşma anından belli bir süre (ihbar süresi) sonra etkisini gösterecektir. Fesih dönemi ise fesih hakkının hangi zaman dilimi içerisinde kullanılabileceğini ifade eder.

Haklı sebeple fesih hallerinde, kural olarak fesih ihbar süresi tanınması veya fesih dönemine uyulması aranmaz. Zaten haklı sebeple fesih, bu yönüyle de olağan fesihden ayrılır. Zira tek taraflı irade beyanıyla kullanılan olağan fesih hakkının taraflar arasındaki ilişkiyi birdenbire sona erdirmesi, bu beyana hazırlıksız şekilde yakalanan

<sup>66</sup> Altınok Ormancı, s. 142.

muhatapın menfaatlerini ihlal edebilir. Bu çerçevede, beyan sahibi ile muhatap arasındaki menfaat dengesinin sağlanması ve muhatapın muadil bir sözleşme ilişkisine girebilme imkanının sağlanması için olağan fesih hakkının kullanılması kural olarak bir ihbar süresine bağlı kılınmıştır.<sup>67</sup>

Olağan fesih hakkının bir ihbar süresine bağlı olmasının anlamı, kural olarak<sup>68</sup> feshin muhataba varması anında değil, ihbar süresinin sonunda sonuç doğurması, yani söz konusu sürenin dolmasına kadar sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurmaya devam etmesidir.<sup>69</sup> Sözleşmenin bir süre daha ayakta kalması suretiyle, feshin karşı taraf üzerindeki olumsuz sonuçlarının kısmen de olsa giderilmesi amaçlanmaktadır.<sup>70</sup>

Olağan fesihten farklı olarak, haklı sebeple feshine başvuru halinde ise taraflar arasındaki ilişkinin devamı dürüstlük kuralına göre beklenemez hale gelmiştir. Bu nedenle, bu hakkı kullanmak isteyen tarafın ihbar süresi boyunca hukuki ilişkiyi sürdürmesini beklemek uygun düşmez. Yargıtay da haklı sebebin, devamı çekilmez hale gelen bir sözleşmeyi “derhal fesih” hakkı tanıdığını ifade etmektedir. Bunun anlamı ise sözleşmenin “ihbar süresi verilmeksizin” feshedilebilecek olmasıdır.<sup>71</sup> Bununla birlikte, elbette ki sözleşmede ihbar süresi düzenlenmiş olabileceği gibi<sup>72</sup> kanun koyucunun feshin derhal etki

<sup>67</sup> Demirsatan, s. 235; Altınok Ormanlı, s. 92; Seliçi, s. 112.

<sup>68</sup> Örneğin, TBK m. 432/2 hükmü bu kurala bir istisna getirerek hizmet sözleşmesinin bildirimden diğer tarafa ulaşmasından başlayarak sona ereceğini düzenler.

<sup>69</sup> Demirsatan, s. 236.

<sup>70</sup> Antalya, s.533.

<sup>71</sup> Bkz. Yarg. HGK, 17.01.2018, 2015/1246 E. ve 2018/21 K.: “Haklı nedenle fesih hakkı, dürüstlük kuralları gereği iş ilişkisini sürdürmesi kendisinden beklenemeyecek tarafa belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesini derhal feshetme yetkisi veren bozucu yenilik doğuran bir haktır. Sürekli borç ilişkileri yaratan iş akdinde ortaya çıkan bir durum nedeniyle bu ilişkiye devam taraflardan biri için çekilmez hâle gelmişse haklı nedenle derhal fesih hakkı ortaya çıkar”; Yarg. 19. HD., 28.9.2016, 2016/5707 E. ve 2016/12723 K.: “Tek satıcılık sözleşmesinin olağanüstü feshi ise, belirli veya belirsiz süreli sözleşmelerin haklı sebeplere dayanılarak ileriye etkili şekilde ve ihbar süresi verilmeden derhal sona erdirilmesidir”.

<sup>72</sup> İhbar süresi kanunda düzenlenmiş ise kanundaki süre esas alınır. Ancak bu süre sözleşme ile düzenlenmişse, ihbar süresi, muhatapın sözleşmenin sona ermesi üzerine uygun önlemleri almasına ve tasfiye ilişkisini sağlamaya yetecek şekilde belirlenmelidir. Demirsatan, s. 236; Antalya, s. 534.

doğurmayacağını kabul ettiği haller saklıdır. Örneğin, kanunun kira sözleşmesinin kira ilişkisinin devamını çekilmez hâle getiren önemli sebeplerin varlığı durumunda haklı sebeple feshi bakımından yasal fesih bildirim sürelerine uyulmasını şart koymuş olması (TBK m. 331/I ve TBK m. 369/I) bu kuralın istisnası olarak kabul edilmelidir.

O halde, kanunda veya sözleşmede aksine hüküm bulunmayan hallerde haklı sebeple feshin “derhal etkili” olacağı, yani etkisini ihbar süresi verilmeksizin, fesih beyanının karşı tarafa varması ile doğurmaya başlayacağı ve bu hakkı kullanan tarafın fesih dönemi ile bağlı olmadığı kabul edilmelidir.

### **C. Karşılıklı Borç Yükleyen Bir Sözleşmeyi Temerrüdün Haklı Sebep Teşkil Etmesi Nedeniyle Feshetmek İsteyen Alacaklının Borçluya Ek Süre (Mehil) Vermesi Gerekir mi?**

Türk Hukukunda karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdünün sonuçları TBK m. 123-125 hükümleri arasında düzenlenmiştir. TBK m. 125'e göre, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede borçlunun temerrüdü halinde alacaklının üç seçimlik hakkı bulunmaktadır: (i) aynen ifa ve gecikme tazminatı; (ii) ifa yerine müspet tazminat veya (iii) sözleşmeden dönerek (ve hâkim görüşüne göre) menfi tazminat talep etmek. Bununla birlikte, sürekli edimli sözleşmelerde ifanın zamana yayıldığını dikkate alan kanun koyucu, TBK m. 126'da ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü hâlinde alacaklının dönme hakkının yerini fesih hakkının alacağını açıkça düzenlemiştir.

İster ani edimli sözleşme olsun ister sürekli edimli sözleşme olsun, sözleşme ile bağlı kalmak istemeyen taraf kural olarak TBK m. 123 uyarınca karşı tarafa borcun ifa edilmesi için uygun bir süre vermeli veya bu sürenin verilmesini hâkimden istemelidir. Bunun yegâne istisnası ise TBK m. 124'te sayılan üç halden birisinin varlığıdır. Bu bağlamda, “Borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa” veya “Borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifası alacaklı için yararsız kalmışsa” ya da “Borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa” alacaklı ek süre vermeksizin sözleşmeden dönme veya fesih hakkını kullanabilecektir. Peki borçlu

temerrüdü sözleşmeyi haklı sebeple feshetmek için gerekçe olabilir mi ve eğer olabilirse, bu halde alacaklının borçluya TBK m. 123 uyarınca ek süre vermesi gerekir mi?

Borçlunun borca aykırı davranışı kimi hallerde alacaklının sözleşme ile bağlı kalmasını çekilmez hale getirebilir. Öğretideki bir görüşe göre, bir sözleşmenin haklı sebeple feshine ilişkin olarak kanunda özel hüküm yok ise TBK'nın karşılıklı sözleşmelerin temerrüt nedeniyle feshine ilişkin hükümleri, kaynağını kanundan almayan haklı sebeple fesih ilkesi karşısında özel hüküm niteliği taşır. Bu nedenle, haklı sebeple feshe gidilemez.<sup>73</sup> Aksi görüşteki yazarlara göre ise TBK m. 123 vd. hükümlerinin haklı sebeple feshe ilişkin genel ilke karşısında özel hüküm niteliğinde olduğu kabul edilemez. Zira genel hüküm-özel hüküm ilişkisinden bahsedebilmek için mevcut iki farklı kanun hükmü aranır.<sup>74</sup> Ancak haklı sebeple fesih kanunda düzenlenmiş bir hüküm değildir. Bu bağlamda, haklı sebeple fesih ve borçlu temerrüdü hükümleri birbiriyle yarışır.

Haklı sebeple fesih ve borcu temerrüdünün yarıştığını kabul eden yazarlar, TBK m. 123 vd. dahil olmak üzere kanunda özel olarak düzenlenen sona erme sebeplerinin haklı sebeple fesih imkanını ortadan kaldırmayacağı görüşündedirler. Bu çerçevede, Türk-İsviçre hukukundaki hâkim görüş, alacaklının borçlu temerrüdü nedeniyle sahip olduğu haklar ile haklı sebeple fesih hakkının yarışacağı ve hak sahibinin kendisi açısından ispat ve tazminat yönünden avantajlı olan hukuki yola başvurabileceği yönündedir.<sup>75</sup> Bu görüşe göre, temerrüt hükümlerine dayalı olarak sözleşmenin feshedilmesi durumunda borçluya ek süre vermek gerekirken, sözleşmenin haklı sebeple feshi halinde ek süre vermeye gerek yoktur.<sup>76</sup>

Anılan tartışmanın sebebi, haklı sebeple feshin TBK'nın genel hükümlerinde düzenlenmemiş olmasıdır. Oysa Türk Hukuku'nun

<sup>73</sup> Bu görüş ve diğer bazı görüşler hk. bkz. Altınok Ormancı, s. 193.

<sup>74</sup> Altınok Ormancı, s. 193.

<sup>75</sup> Altınok Ormancı, s. 192; Tümerdem, s. 81; Gauch, s. 151. Kanunun açıkça aksini öngördüğü olasılıklar dışında, olağanüstü fesih hakkının, kanuni ve sözleşmesel diğer fesih haklarıyla birlikte yarışma halinde bulunacağı görüşünde bkz. Demir-satan, s. 255.

<sup>76</sup> Zeynep Damla Taşkın, "İfasına Başlanmış Sürekli Edimli Sözleşmelerde Borçlu Temerrüdü ve Sonuçları", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018/2, 429-482, s. 460; Altınok Ormancı, s. 194 dn. 583.

aksine Alman Hukuku'nda sürekli borç ilişkisi içeren sözleşmelerin haklı sebeple feshi için temerrüde düşen borçluya kural olarak ek süre verilmesi gerektiği hususu açıkça düzenlenmiştir. Türk hukukuna ilişkin değerlendirmelerimize yer vermeden önce Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) ilgili hükümlerinin açıklanması faydalı olacaktır.

### 1. Alman Medeni Kanunu § 314 Uyarınca Haklı Sebeple Fesih

2002 yılında yapılan Borçlar Hukuku reformu ile § 314 BGB'ye sürekli edimli sözleşmelerin haklı sebeple feshine ilişkin bir genel hüküm eklenmiştir. Bu düzenleme genel hüküm niteliğinde olduğundan, bir sözleşme tipinin haklı sebeple feshine ilişkin kanunda özel hüküm bulunmadığı tüm durumlarda uygulama alanı bulacaktır.<sup>77</sup>

Söz konusu hükmün birinci fıkrasına göre, sürekli borç ilişkileri taraflardan herhangi birince haklı bir nedenle herhangi bir ihbar süresine uyulmaksızın feshedilebilir.<sup>78</sup> Bu çerçevede, somut olayın tüm koşulları dikkate alındığında ve her iki tarafın menfaatleri tartıldığında, fesheden tarafın, sözleşmede kararlaştırılan sona erme tarihine kadar veya bir ihbar süresinin sona ermesine kadar sözleşme ilişkisini sürdürmesi makul olarak beklenemiyorsa, haklı nedenin var olduğu kabul edilir. Her ne kadar sözleşmenin haklı nedenle feshi bakımından feshe muhatap olan tarafın kusurlu olması aranmasa da kusurun varlığı menfaatlerin tartılması aşamasında önem taşıyabilir.<sup>79</sup>

#### a. Sözleşmesel Yükümlülüğün İhlali Halinde Kural: Uyarıda Bulunulması veya Ek Süre Verilmesi

Haklı sebep daima sözleşmenin karşı tarafının bir sözleşmesel yükümlülüğünü ihlal etmesinden kaynaklanmaz. Bu nedenle, § 314 BGB hükmün ikinci fıkrası, haklı sebebin sözleşmesel bir yükümlülüğün

<sup>77</sup> Kai Bonitz / Lennart Schramm, "Repetitio (non) est mater studiorum - Wiederholung nicht nötig! Zum Erfordernis der Abmahnung und des wiederholten Vertragsverstoßes bei der außerordentlichen Kündigung von Dauerschuldverhältnissen nach § 314 BGB wegen vertraglicher Pflichtverletzungen", *WM* 2013, 1637-1639, s. 1637; Weigl, s. 912.

<sup>78</sup> Hak sahibi tarafın ancak fesih sebebini öğrendikten sonra makul bir süre içinde fesih beyanında bulunabileceği [§ 314(3)] ve sözleşmenin feshinin, tazminat talep hakkını ortadan kaldırmadığı [§ 314(4)] da hükümde belirtilen hususlardandır.

<sup>79</sup> Stürner, s. 166; Weigl, s. 913.

ihlalden kaynaklanması halini özel olarak düzenlemektedir. Buna göre, bir sözleşmesel yükümlülüğün ihlali nedeniyle haklı sebeple fesih yoluna gitmek isteyen taraf *kural olarak* karşı tarafa uyarıda (*Abmahnung*) bulunmalı veya ek süre vermelidir. § 314 BGB bağlamında uyarıda bulunulması veya ek süre verilmesi, borçluya davranışlarını değiştirerek taraflar arasındaki güveni yeniden tesis etmek bakımından son bir şans verilmesini amaçlamaktadır.<sup>80</sup> Zira fesih hakkının kullanılması, uyarının sonuçsuz kalmasından veya ek sürenin sona ermesinden sonra mümkün olacaktır.<sup>81</sup>

Sözleşmeyi feshetmek isteyen alacaklının ne zaman ek süre vereceği veya uyarıda bulunacağı kendi takdirinde değildir.<sup>82</sup> Zira § 323 (3) BGB hükmüne göre, uyarı yalnızca, ihlal edilen yükümlülüğün niteliği gereği ek süre verilmesi mümkün değil ise yapılır. Öte yandan, yükümlülük ihlali veya sonuçları devam ediyorsa ek süre verilmelidir.<sup>83</sup> Daha açık bir ifadeyle, borçlunun olumlu bir eylemde bulunması gerekiyorsa, örneğin yükümlülüklerini yerine getirmesi veya yükümlülük ihlalinin sonuçlarını ortadan kaldırması gerekiyorsa ya da bir kaçınma yükümlülüğün ihlali söz konusu ise, alacaklı ek süre vermelidir.<sup>84</sup> Öte

<sup>80</sup> Grund Martens, beck-online Grosskommentar (Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann ed.), Stand: 01.01.2022, § 314 Rn. 66.

<sup>81</sup> Uyarı kavramı BGB’de tanımlanmamıştır. Ancak, uyarı alacaklının borçluya yaptığı ifa çağrısı olan ihtardan (Mahnung) farklıdır. Zira uyarı, alacaklının borçlu tarafından gerçekleştirilen bir yükümlülük ihlaline ilişkin bildirimidir. Bu bağlamda, uyarı söz konusu ihlalin ne olduğunu ve olası yaptırımları içerir. Karl v. Hase, “Fristlose Kündigung und Abmahnung nach neuem Recht”, NJW 2002, 2278, s. 2280; Sebastian Kolbe, “Rechtsschutz gegen vertragsrechtliche Abmahnungen”, NJW 2008, 2685, s. 2686. Gerçekten de uyarının amacı, borçluya borca aykırılığın yinelenmesi halinde bunun hukuki sonuçları olacağını bildirmesidir. Bu bağlamda, uyarının sonuçsuz kalması, uyarıya rağmen borçlunun borca aykırı davranışını tekrarlamasını ifade eder. Bonitz/Schramm, s. 1638. Bu açıdan uyarı, sözleşmesel yükümlülük ihlalinin ağırlığı ile uygulanacak yaptırımın sonuçlarını dengeleme işlevi görür. Kolbe, s. 2686.

<sup>82</sup> Stefanie Jung, NomosKommentar, BGB Schuldrecht (Dauner-Lieb/Langen ed.), Nomos, Baden-Baden 2021, § 314 Rn. 46; Reinhard Gaier, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Säcker/ Rixecker Oetker/ Limpert ed.), C.H. Beck, München 2022, § 314 Rn. 37; BeckOGK/Martens BGB § 314 Rn. 56.

<sup>83</sup> Bonitz/Schramm, s. 1637.

<sup>84</sup> Yapma ve kaçınma yükümlülükleri arasında ayrım yapmanın güçlüğüne işaret eden v. Hase, ayırt edici unsurun borca aykırılığın halen devam edip etmediği olması gerektiği görüşündedir. Yazara göre, borca aykırılık devam ediyor ise borçluya uygun bir ek süre verilmelidir. v. Hase, s. 2280.



yandan, borçlunun gelecekte hukuka aykırı davranmaktan kaçınması istenilen diğer tüm durumlarda uyarı (*Abmahnung*) gereklidir.<sup>85</sup>

Borçluya ek süre verilmesi veya uyarıda bulunulması, § 314 BGB anlamında haklı sebebe dayanak oluşturabileceği gibi<sup>86</sup> borca aykırılığın önemini ortaya koymak bakımından ispat işlevi de görebilir. Nitekim, borçlunun sözleşmeden yükümlülüklerini ihlal etmeye devam etmesi durumunda ihlalin haklı sebep teşkil edeceği başlangıçta şüpheli iken bu andan itibaren ihlalin haklı sebep niteliği yönünden hukuki kesinlik sağlanmış olur.<sup>87</sup> Bu anlamda, Alman hukukunda benimsenen görüş ile İsviçre hukukunda aranan haklı sebebin nisbi ağırlığı arasında benzerlik bulunmaktadır.

### b. İstisna: Derhal Fesih

Alman kanun koyucusu kimi borca aykırılık hallerinin diğerlerinden daha ağır olduğunu kabul ederek yukarıda anılan kurala çeşitli istisnalar getirmiş ve bu tür borca aykırılık hallerinde sözleşmenin uyarıda bulunulmaksızın ve ek süre verilmeksizin feshedebileceğini kabul etmiştir.<sup>88</sup> Bu bağlamda, kanun [§ 323(2)(1) ve (2) BGB] gereği uyarıda bulunulması veya ek süre verilmesi zorunluluğunu ortadan kaldıran bir durumun varlığı halinde ya da tarafların menfaatlerinin tartışılması neticesinde derhal feshi haklı kılan özel bir durum mevcut ise ek süre verilmesine gerek olmadığı kabul edilmiştir.<sup>89</sup>

§ 323 BGB borcun gereği gibi veya hiç ifa edilmemesi nedeniyle sözleşmeden dönmeyi düzenlemektedir. Hükmün ikinci paragrafında ise dönme hakkının borçluya ek süre verilmeksizin kullanılabilmesi haller sayılmaktadır. § 323 (2)(1), borçlunun ifada bulunmayı ciddi ve kesin şekilde reddetmesini, § 323 (2)(2) ise nispi kesin vadeli sözleşmeleri konu edinmektedir. § 314 BGB hükmünde sayılan üçüncü hal

<sup>85</sup> MüKoBGB/Gaier BGB § 314 Rn. 37; BeckOGK/Martens BGB § 314 Rn. 56.

<sup>86</sup> Stefan Lorenz, Beck'scher Online-Kommentar (Bamberger/Roth/Hau/Poseck ed.), Stand: 01.05.2024, § 314 Rn. 19.

<sup>87</sup> BeckOGK/Martens BGB § 314 Rn. 55-57.

<sup>88</sup> Bonitz/Schramm, s. 1638.

<sup>89</sup> Fesih hakkı sahibinin, sözleşmeyi ancak fesih nedenini öğrendikten sonra makul süre içerisinde feshedebileceği (3. fıkra) ve fesihle birlikte tazminat talep etme hakkının saklı olduğu da (4. fıkra) hükmünde açıkça ifade edilmektedir.

ise § 323 (2)(3)'te yer alan düzenlemeden ayrılmış<sup>90</sup> ve ek süre ve uyarı zorunluluklarını ortadan kaldıran, kendine özgü bir sebep yaratmıştır:  *tarafların menfaatlerinin tartılması neticesinde derhal feshi haklı kılan özel bir durumun varlığı*. Bu sonuncu hal, özellikle, taraflardan birisinin sözleşmesel ilişkinin devamına olan ilgisini yitirdiği veya güven ilişkisinin onarılamaz şekilde zedelenmesi nedeniyle ek süre verilmesinin faydasız kalacağı hallerde mevcuttur. <sup>91</sup> Bu bağlamda, BGB'de anılan özel durumun Türk-İsviçre hukuklarında anılan "mutlak ağırlık" ölçütü ile benzerlik gösterdiği söylenebilir. Ancak, BGB'ye göre güven ilişkisinin onarılamaz şekilde zedelenmesinin, haklı sebebin bir koşulu olmadığını; fakat ek süre verme zorunluluğunu ortadan kaldıran bir husus olduğunun altı çizilmelidir.

### c. *Ratio Legis*: Sözleşmeyi Ayakta Tutmak

Fesih son çare (*ultima ratio*) olarak başvurulacak bir yoldur. Bu bağlamda, fesihle ulaşılmak istenen amacı elde etmek bakımından daha az radikal bir yöntem varsa feshi gidilemez.<sup>92</sup> § 314 BGB uyarınca borçluya ihtarda bulunulması veya ek süre verilmesi yoluyla son bir şans verilmesi de feshin son çare (*ultima ratio*) başvurulacak bir yol olmasından kaynaklanır. <sup>93</sup> Ayrıca § 314 BGB hükmünde ek süre ve uyarı koşulunun aranıyor olması, § 323 BGB hükmünde yer alan fesih düzenlemesi ile uyumun sağlanmasını da amaçlamaktadır. <sup>94</sup>

Uyarıda bulunulmasının veya ek süre verilmesinin amacı karşı tarafın davranışlarını değiştirmesidir. Bu tür bir davranış değişikliği objektif olarak mümkün değilse veya beklenmiyorsa ya da davranış değişikliği meydana gelse dahi karşı tarafa fayda sağlamayacaktır

<sup>90</sup> BGB § 323'te sayılan 3. istisnai durum, "borçlunun edimini gereği gibi ifa etmediği" hallerle sınırlı iken § 314 BGB hükmünde anılan üçüncü istisnai hal bakımından bu tür bir sınırlama getirilmemiştir. Aslında 13 Haziran 2014 tarihine kadar § 314 (2) (2) hükmü, § 323 (2) hükmüne genel bir atıf içerdiğinden bu tür bir sınırlandırma söz konusu değildi. Ancak BGB'nin Tüketici Hakları Direktifi'ne uyumlaştırılması amacıyla § 323 (2) (3) hükmünün kapsamı daraltıldı. Bununla birlikte, Alman kanun koyucu § 314 (2) hükmünün kapsamının daralmasını istemediği için § 314 (2) (3) düzenlemesini kaleme aldı. BeckOGK/Martens BGB § 314 Rn. 66.

<sup>91</sup> MüKoBGB/Gaier BGB § 314 Rn. 40.

<sup>92</sup> Grund Hessler, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Säcker/Rixecker Oetker/ Limpert ed.), C.H. Beck, München 2019, § 626 Rn. 95.

<sup>93</sup> BeckOGK/Martens BGB § 314 Rn. 54; NK-BGB/Stefanie Jung BGB § 314 Rn. 45.

<sup>94</sup> MüKoBGB/Gaier BGB § 314 Rn. 36.

uyarıda bulunulması veya ek süre verilmesini gereksiz kılan bir özel durum söz konusu olur. Örneğin, sözleşmenin karşı tarafına şiddet uygulanan hallerde veya sadakat yükümlülüklerinin kasten ve önemli ölçüde ihlal edildiği hallerde taraflar arasındaki güven ilişkisi onarılmaz şekilde zedelenmiştir.<sup>95</sup> Bu tür özel durumların söz konusu olup olmadığını somut olay bazında hâkimin takdir etmesi gerekir.<sup>96</sup>

§ 323 (2)(3) BGB ile getirilen düzenleme, Alman kanun koyucusunun iki kabulünü ortaya koymak bakımından önemlidir:

- i. Bir sözleşmesel yükümlülüğün ihlali dışındaki durumlar da haklı sebep teşkil edebilir. Örneğin, sözleşme akdedildikten sonra meydana gelen bir kanun değişikliği fesih bakımından haklı sebep olabilir<sup>97</sup> veya istisnai hallerde de olsa haklı sebep sözleşmeyi feshetmek isteyen tarafın risk alanından kaynaklanabilir.<sup>98</sup>
- ii. Haklı sebebin meydana gelmesi için mutlaka taraflar arasındaki güven ilişkisinin onarılamayacak şekilde zedelenmesi gerekmez. Örneğin, haklı sebep karşı tarafın borca aykırı davranışından kaynaklanmıyor olabileceği gibi somut olaydaki borca aykırı davranış güven ilişkisini yok edecek düzeyde ağır olmayabilir.

Kanımızca bu tespitler, haklı sebep kavramına Türk hukukunda verilecek anlam bakımından da geçerli kabul edilebilir.

## 2. Değerlendirme

Sürekli borç ilişkilerinde borçlunun temerrüde düşmesi sözleşmenin feshi için haklı sebep teşkil edebilir. Ancak bunun için temerrüdün karşı taraf için sözleşme ilişkisini çekilmez kılması gerekir.<sup>99</sup> Örneğin,

<sup>95</sup> NK-BGB/Stefanie Jung BGB § 314 Rn. 53.

<sup>96</sup> v. Hase, s. 2281.

<sup>97</sup> MüKoBGB/Gaier BGB § 314 Rn. 32.

<sup>98</sup> NK-BGB/Stefanie Jung BGB § 314 Rn. 37; BeckOK BGB/Lorenz BGB § 314 Rn. 15; BGH NJW-RR 2011, 916 Rn. 9.

<sup>99</sup> Yargıtay bir taraf için sözleşme ilişkisini çekilmez hale sokan temerrüdün haklı sebeple feshe imkân sağlayacağı görüşündedir: Yarg. 11. HD., 14.2.2012, 2010/2559 E., 2012/1904 K.: "Kaldı ki, taraflar arasındaki sözleşmenin sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olması karşısında, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde

süreklilik arz eden temerrüt durumu sözleşmenin feshi bakımından haklı sebep olarak kabul edilebilecektir.<sup>100</sup> Benzer şekilde, borçlunun münferit bir borcunu ifade temerrüde düşmesi, bu durum tüm borç ilişkisini çekilmez hale getirmekteyse ilişkiyi haklı sebeple sona erdirmeye imkanı verecektir.<sup>101</sup> Peki, temerrüdün sözleşmenin feshi bakımından haklı sebep teşkil ettiği hallerde borçluya ek süre verilmesi gerekecek midir?

Bizim de katıldığımız görüşe göre, Türk-İsviçre Hukuklarında sürekli borç ilişkisi içeren tüm sözleşmelerin haklı sebeple feshedilebileceği kuralına ilke kıyası yoluyla ulaşılması mümkündür. Ancak ilke kıyasında tamamı aynı hukuki sonucu doğuran bir grup kanun hükmünden soyutlama yoluyla elde edilen genel ilke kullanılarak kanun boşluğu doldurulur.<sup>102</sup> Bu çerçevede, TBK'nın haklı sebeple feshine ilişkin düzenlemelerinden çıkarılabilecek yegâne sonuç tüm sürekli borç ilişkilerinin haklı sebeple feshedilebileceğidir. Bununla birlikte, ilke kıyası yoluyla, temerrüdün haklı sebep teşkil ettiği hallerde borçluya ek süre verilmesi gerekmediği sonucuna varılamaz.

İlke kıyasının amacının kanun boşluğunu doldurmak olduğu unutulmamalıdır. Bu çerçevede, kanunda tüm sürekli borç ilişkilerinin haklı sebeple feshedilip edilemeyeceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin borçlunun temerrüdü nedeniyle feshi için borçluya kural olarak ek süre verilmesi gerektiği kanunda açıkça düzenlenmektedir. O halde, kanun boşluğu bulunmayan bir meseleye ilişkin olarak, ilke kıyası yoluyla TBK m. 123 vd. hükümlerinden ayrılan bir kural konulması mümkün değildir. Kanun boşluğunu dolduran hâkimin hukuk yaratırken yürürlükteki hukuku da dikkate alması ve bununla çelişmeyen bir kural koyması gerekliliği de TBK m. 123 vd. hükümlerinin göz ardı edilmemesini gerektirir.

Yukarıda da açıklandığı üzere kimi yazarlar kanunda yer almayan bir genel ilke ile bir kanun hükmü arasında özel hüküm- genel

---

de temerrüde düşme durumu ancak karşı taraf için sözleşme ilişkisini çekilmez hale koyuyorsa bu halin haklı nedenle feshe imkân sağlayacağı kabulü gerekir".

<sup>100</sup> Bkz. Tümerdem, 80 vd.

<sup>101</sup> Seliçi, s. 202.

<sup>102</sup> BK ZGB-Emmenegger/Tschentscher, Art. 1 N. 383; Larenz, s. 384.

“hüküm” ilişkisinden söz edilemeyeceği görüşündedirler.<sup>103</sup> Ancak biz bu görüşe katılmıyoruz. Zira kanunda haklı sebeple feshe ilişkin boşluk bulunduğu kabul edilip hâkim hukuk yarattıktan sonra, TBK m. 123 vd. hükümleri ile hâkimin yarattığı hukuk kuralı arasında genel hüküm-özel hüküm ilişkisi meydana gelebilecektir. Bu bağlamda, TBK’nın özel hükümlerinde yer alan kimi sözleşme tipleri bakımından düzenlenmiş olan haklı sebeple fesih düzenlemeleri, kanun koyucunun yaratacağı genel ilke niteliğindeki hukuk kuralı karşısında özel hüküm niteliği taşıyacak ve öncelikli olarak uygulanacaktır. Benzer şekilde, TBK’nın temerrüde ilişkin 123 ve devamı maddeleri de temerrüt haline ilişkin özel hüküm olarak uygulama alanı bulacaktır.

Haklı sebeple fesih, sözleşmesel ilişkinin devamının taraflardan birisi için çekilmez hale gelmesini gerektirir. Ancak sürekli borç ilişkisi içeren bir sözleşmenin haklı sebeple feshi için feshe muhatap olan tarafın kusurlu olması dahi aranmaz. Nitekim kusura dayalı olmayan sözleşme ihlalleri de sözleşmeyle bağlı kalınmasını çekilmez hale getirebilir.<sup>104</sup> Bu açıdan, ek süre şartının aranması, taraflar arasındaki menfaat dengesinin sağlanması bakımından da önemlidir. Kaldı ki haklı sebeple fesih ahde vefa ilkesinden ayrılarak taraflara sözleşmeyi sona erdirmeye imkânı verdiği için son çare olarak (*ultima ratio*) başvurulabilecek bir yoldur. Bu nedenle, meydana gelen sözleşme ihlalini ortadan kaldırmak bakımından daha az radikal bir yola başvurulması mümkün ise haklı sebeple fesih yoluna başvurulamaz.<sup>105</sup> İşte borçluya ek süre verilmesi de sözleşmeyi ayakta tutmak bakımından son derece önemli bir araçtır.

Öğretideki bir görüşe göre, temerrüt ve haklı sebeple feshe ilişkin düzenlemelerin yarışıp yarışmayacağı tartışması pratik açıdan önemsizdir. Zira temerrüdün haklı fesih sebebi olarak ortaya çıkması, yani alacaklı açısından sözleşmeye devam edilmesini çekilmez kılması, ya kesin bir vade olmasına rağmen borcun ifasında temerrüde düşüldüğünü ya da borcun ifasının artık alacaklı açısından faydasız kaldığını gösterir. Bu durumlar ise TBK’da ek süre verilmesine gerek olmayan

<sup>103</sup> Bkz. Altınok Ormancı, s. 193.

<sup>104</sup> Fesih muhatabının kusurlu olması feshin sonuçları bakımından önem taşır. Altınok Ormancı, s. 158.

<sup>105</sup> Altınok Ormancı, s. 121; Antalya, s. 536.

haller arasında düzenlenmiştir. O nedenle, sözleşmenin temerrüt hükümleri çerçevesinde dahi ek süre verilmeksizin feshedilmesi mümkündür.<sup>106</sup> Bu görüşe göre, TBK m. 124 uyarınca ek süre verilmesini gerektirmeyen haller kapsamına girmemekle birlikte, sözleşmeyle bağlı kalmayı çekilmez hale getiren bir sebep söz konusu olamaz. Bu bağlamda, mutlak haklı sebep niteliğinde bir ihlal varsa bu sebep aynı zamanda TBK m. 124 gereği ek süre verilmesini gereksiz kılan bir hal teşkil edecektir.<sup>107</sup>

Biz bu görüşe katılmıyoruz. Zira TBK m. 124'te sayılan hallerden birisinin varlığı halinde sürekli borç ilişkisi içeren bir sözleşmenin feshi bakımından haklı sebep ortaya çıkabilecektir. Ancak TBK m. 124 kapsamına girmeyen hallerde de haklı sebeple feshe başvurulması söz konusu olabilir. Bu durum kendisini özellikle haklı sebebin nisbi ağırlık taşıdığı hallerde gösterir. Örneğin, nisbi kesin vade kararlaştırılmamış olan bir belirsiz süreli tedarik sözleşmesinde tedarikçi kusuru olmaksızın iki ay üst üste mal teslimi yapmakta gecikmiştir. Bununla birlikte, borçlu borcunu geç de olsa ifa etme iradesini açıkça ortaya koymakta ve teslimatlar iki kez gecikse de alacaklı malları kullanabilmekte ve ifadan yararlanabilmektedir. Buna rağmen, alacaklı, gecikmeler ileride de tekrarlanırsa kendi borçlarını vaktinde yerine getirmeyeceğinden ve piyasadaki itibarının zedeleneceğinden endişe duymaya başlamıştır. Bu durumda her ay ifanın gecikeceği endişesi taşıyan alacaklının sözleşmesel ilişkiyi sürdürmesi beklenemez. O nedenle, bu sözleşmenin haklı sebeple feshi mümkün olmalıdır. Ancak bu halde TBK m. 124'te sayılan ve ek süre verilmesini gereksiz kılan durumlardan hiçbirisi mevcut değildir. Bu nedenle, alacaklının haklı sebeple fesih yoluna başvurmadan önce borçluya ek süre vermesi gerekir.

O halde, borçlu temerrüdü nedeniyle sürekli borç ilişkisi içeren bir sözleşmeyi haklı sebeple feshetmek isteyen alacaklının kural olarak borçluya ek süre vermesi gerekir. İstisnaen, TBK m. 124'te sayılan hallerden birisinin varlığı halinde ise fesih hakkının derhal kullanılması mümkündür.

<sup>106</sup> Altınok Ormancı, s. 194 dn. 583.

<sup>107</sup> Altınok Ormancı, s. 204.

TBK'ya göre belirli vade söz konusu olan hallerde borçlu temerrüdü nedeniyle sözleşmenin feshi için yalnızca ek süre verilmesi gereklidir. Zira ihtar haklı sebebin meydana gelmesinin şartı ile ek süre verilmesi fesih hakkının kullanılmasının koşuludur. Bu açıdan bakıldığında, nisbi ağırlık durumunda haklı sebeple fesih için hem ihtarda bulunulması hem de ek süre verilmesi gerektiğinden, alacaklının fesih hakkını kullanması zorlaşmış olur. Bu nedenle, nisbi ağırlık hallerinde haklı sebeple feshe dayanmaktansa doğrudan TBK m. 123 ve devamı uyarınca sözleşmeyi fesih yoluna gitmek alacaklı için daha avantajlıdır. Kaldı ki, objektif bir hal olan temerrüdün meydana geldiğini ispatlamak, alacaklı için fesih sebebinin haklılığını ispatlamaktan daha kolaydır.

Peki, haklı sebebin mutlak ağırlık taşıdığı, yani borçlunun davranışı nedeniyle taraflar arasındaki güven ilişkisinin çok ciddi ve onarılamaz şekilde zedelendiği hallerde ek süre verilmesi gerekecek midir? Zira bazen borçlunun borca aykırı davranışı o kadar ağırdır ki bu durum yalnızca alacaklının sözleşmesel ilişkiye devam etmesini kendisinden beklenemez hale getirmekle kalmaz. Borçlunun davranışı nedeniyle taraflar arasındaki güven ilişkisi çok ciddi ve onarılamaz şekilde zedelenebilir. Bu gibi hallerde borçlunun fesih hakkını derhal kullanabilmesi isabetli olur. Zira ek sürenin amacı sözleşmesel ilişkiyi ayakta tutmak, feshe son çare olarak başvurmaktır. Tarafların arasındaki güven ilişkisinin onarılamaz şekilde zedelendiği hallerde ise sözleşmeyi ayakta tutmak anlamlı ve haklı olmaz. Kanımızca bu gibi hallerde "*ifanın alacaklı için yararsız kalması*" (TBK m. 124/I/2) ifadesinin geniş yorumlanması suretiyle sözleşmenin alacaklıya ek süre verilmeksizin feshedilmesi sağlanabilir. Nitekim, bu ifadenin dar yorumlanması durumunda, alacaklının edimi hala kabul edebileceği ve bundan faydalanabileceği düşünülebilir. Ancak sözleşmesel ilişkiler güven unsuru üzerine kuruludur. Hatta bu unsurun sözleşmenin önemli bir unsuru olduğu dahi söylenebilir. Taraflar arasındaki güven ilişkisi onarılamaz şekilde zedelenmiş ise borçlu borcunu sonradan ifa etse dahi alacaklının bu sözleşmeye ilişkin beklentisinin karşılanması mümkün değildir.



## SONUÇ

Sürekli borç ilişkilerinin haklı sebeple feshi, Türk Borçlar Kanunu'nun "Genel Hükümler" başlıklı ve kural olarak tüm borç ilişkilerine uygulanan birinci kısımda düzenlenmemiş, kanunun "zel Borç İlişkileri" kısmında kimi sözleşme tipleri bakımından haklı sebeple fesih hakkı tanıyan düzenlemelere yer verilmiştir. Ancak Türk-İsviçre hukuklarında, taraflardan birisi için çekilmez hale gelen tüm sürekli borç ilişkilerinin haklı sebeple feshedilebileceği kabul edilmektedir.

Sözleşmenin feshine dayanak teşkil edecek haklı sebep hem somut olayda fesih hakkını kullanmak isteyen taraf açısından sübjektif olarak hem de dürüstlük kuralına göre objektif olarak feshi haklı kılmalıdır. Bununla birlikte, haklı sebebin varlığı bakımından sözleşmenin bir tarafı için sözleşmesel ilişkiye devam etmenin çekilmez hale gelmesi yeterli olup taraflar arasındaki güven ilişkisinin sözleşmeyle bağlı kalmayı beklenemez şekilde yok olması veya derinden sarsılması gerekmez.

Haklı sebeple fesihte taraflar arasındaki ilişkinin devamı dürüstlük kuralına göre beklenemez hale geldiğinden, bu hakkı kullanmak isteyen tarafın kural olarak ihbar süresi tanınması gerekmediği gibi bu taraf fesih dönemi ile de bağlı olmaz. Bu bağlamda, kanunda veya sözleşmede aksine hüküm bulunmayan hallerde haklı sebeple feshin "derhal etkili" olacağı, yani etkisini ihbar süresi verilmeksizin, fesih beyanının karşı tarafa varması ile doğurmaya başlayacağı kabul edilmelidir.

Taraflar arasındaki güven ilişkisinin onarılamaz şekilde zedelen-diği hallerde (mutlak ağırlık) fesih hakkını kullanmak isteyen tarafın karşı tarafa ihtarda bulunması veya ek süre vermesi gerekmez. Zira bu aşamadan sonra borçlu borca uygun davranrsa dahi taraflar arasındaki ilişkinin kurtarılabilmesi ve devamı mümkün değildir. Bu bağlamda, haklı sebebin borca aykırılıktan kaynaklanıp kaynaklanmaması veya borca aykırılığın türü önem taşımaz.

Nisbi ağırlık hallerinde ise haklı sebebe dayanak teşkil edecek borca aykırılığın borçlu temerrüdü olup olmadığı yönünden bir ayırım yapılmalıdır. Borçlu temerrüdü dışında kalan nisbi ağırlık hallerinde haklı sebeple fesih hakkının kullanılması öncesinde borçluya ihtarda

bulunulması gereklidir. Haklı sebep ihtara rağmen borca aykırılığın tekrarlanması halinde meydana gelecektir. Ancak bu hallerde borçluya ek süre verilmesi gerekmez. Zira ek süre verilmesi ancak borçlunun olumlu bir davranışta bulunması gerekiyorsa anlamlı olur. Borçlunun ihlalden kaçınması gereken hallerde ek süre verilmesi anlamsızdır.

Borçlu temerrüdünün nisbi ağırlık teşkil etmesi durumunda da diğer tüm nisbi ağırlık hallerinde olduğu gibi öncelikle haklı sebebin meydana gelmesi için borçluya ihtarda bulunulmalıdır. İhtara rağmen borcunu ifa etmeyen borçluya son kez ek süre verilmesi ise TBK m. 123 vd. hükümlerinin bir gereğidir. Zira ihtar haklı sebebin meydana gelmesinin şartı iken, ek süre verilmesi fesih hakkının kullanılmasının bir şartıdır. TBK m. 124'te sayılan ve ek süre verilmesini gereksiz kılan haller saklıdır.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Altınok Ormancı Pınar, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, Vedat, İstanbul 2011.
- Antalya Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt III, Legal, İstanbul 2017.
- Demirsatan Barış, Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi, On İki Levha, İstanbul 2021.
- Emmenegger Susan/Tschentscher Axel, Einleitung, Art. 1-9 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht (Hausheer/Water ed.), Stämpfli, Bern 2012. (BK ZGB-Emmenegger/Tschentscher, Art. 1 N.)
- Gaier Reinhard, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Säcker/Rixecker Oetker/Limberg ed.), C.H. Beck, München 2022. (MüKoBGB/Gaier BGB § 314 Rn.)
- Gauch Peter, System der Beendigung von Dauerverträgen, Diss. Freiburg 1968.
- Gündüz Ş. Deren, Olumlu Zarar, On İki Levha, İstanbul 2020.
- Henssler Grund, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Säcker/Rixecker Oetker/ Limberg ed.), C.H. Beck, München 2019. (MüKoBGB/Henssler, BGB § 626 Rn.)
- Hofer Sibylle/Hrubesch-Millauer Stephanie/Roberto Vito, Einleitungsartikel und Personenrecht, Staempfli, Bern 2011.
- Honsell Heinrich, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB (Geiser/Fountoulakised.), Helbing Lichtenhahn, Basel 2022, (BSK ZGB I-Honsell, Art. 1 N.)
- Hürlimann-Kaup Bettina/Schmid Jörg, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, Schulthess, Zürich 2016.
- Jung Stefanie, NomosKommentar, BGB Schuldrecht (Dauner-Lieb/Langen ed.), Nomos, Baden-Baden 2021. (NK-BGB/Stefanie Jung BGB § 314 Rn.)

**236** Haklı Sebep İle Fesih İçin İhtarda Bulunmak, İhbar Süresi Tanımak ve/veya Ek Süre (Mehil) Vermek Gerekir mi?

- Kramer Ernst A., *Juristische Methodenlehre*, Staempfli, Bern 2019.
- Larenz Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer, Berlin 1991.
- Lorenz Stefan, *Beck'scher Online-Kommentar (Bamberger/Roth/Hau/Poseck ed.)*, Stand: 01.05.2024. (BeckOK BGB/Lorenz BGB § 314 Rn.)
- Martens Grund, *beck-online Grosskommentar (Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann ed.)*, Stand: 01.01.2022. (BeckOGK/Martens BGB § 314 Rn.)
- Oğuzman Kemal/Barlas Nami, *Medeni Hukuk, Filiz*, İstanbul 2019.
- Oğuzman Kemal/Öz Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, Vedat*, İstanbul 2015.
- Öz Turgut, *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, Kazancı, İstanbul 1989.
- Pfaffinger Monika, *Kurzkommentar, ZGB (Büchler/Jakob ed.)*, Helbing Lichtenhahn, Basel 2018. (KUKO ZGB- Pfaffinger, Art. 1 N.)
- Riemer Hans Michael, *Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 1-10 ZGB)*, Stämpfli, Bern 2003.
- Sarı Suat, *Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi*, Beşir, İstanbul 2004.
- Seliçi Özer, *Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, Fakülteler, İstanbul 1976.
- Serozan Rona, *Sözleşmeden Dönme*, Vedat, İstanbul 2007.
- Serozan Rona, *Hukukta Yöntem*, Vedat, İstanbul 2015. (Serozan, Yöntem)
- Tümerdem Murat, *Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü ve Sonuçları (TBK m. 126)*, Seçkin, Ankara 2006.

## Makaleler

- Bonitz Kai/Schramm Lennart, "Repetitio (non) est mater studiorum - Wiederholung nicht nötig! Zum Erfordernis der Abmahnung und des wiederholten Vertragsverstoßes bei der außerordentlichen Kündigung von Dauerschuldverhältnissen nach § 314 BGB wegen vertraglicher Pflichtverletzungen", *WM* 2013, 1637-1639.
- Ertuş Şeref, "Sürekli Borç İlişkilerinde (Dauerschuldverhältnisse) Zamanlaşımı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan), C. 16, Özel Sayı 2014, s. 3093-3104.
- Kolbe Sebastian, "Rechtsschutz gegen vertragsrechtliche Abmahnungen", *NJW* 2008, 2685.
- Stürner Michael, "Die Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund nach § 314 BGB", *Juristische Ausbildung* 2016(2), 163-167.
- Taşkın Zeynep Damla, "İfasına Başlanmış Sürekli Edimli Sözleşmelerde Borçlu Temerrüdü ve Sonuçları", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018/2, 429-482.
- v. Hase Karl, "Fristlose Kündigung und Abmahnung nach neuem Recht", *NJW* 2002, 2278.
- Weigl Johannes, "Das Dauerschuldverhältnis", *Juristische Ausbildung* 2020(9), 906-919.

### **Mahkeme Kararları**

BGE 92 II 299

BGE 96 II 154

BGE 99 II 308

BGE 127 III 153

BGE 128 III 428

Yarg. 3. HD., 17.10.2000, 2000/8689 E., 2000/9920 K.

Yarg. 6. HD., 27.10.2015, 2015/7331 E. ve 2015/9163 K.

Yarg. 11. HD., 13.3.2019, 2017/4657 E. 2019/2104 K.

Yarg. 11. HD., 15.02.2007, 2005/11433 E. 2007/2883 K.

Yarg. 11. HD., 14.2.2012, 2010/2559 E., 2012/1904 K.

Yarg. 19. HD., 28.9.2016, 2016/5707 E. ve 2016/12723 K.

Yarg. 19. HD., 5.3.2002, 2001/4568 E. 2002/1473 K.

Yarg. 19. HD., 15.04.2015, 2014/17032 E. 2015/5455 K.

Yarg. HGK, 17.01.2018, 2015/1246 E. ve 2018/21 K.

Yarg. HGK, 17.01.2018, 2015/1246 E. ve 2018/21 K.



# BLOKZİNCİRİ UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİNİN UYGULANACAK HUKUK KURALLARINA ETKİSİ VE LEX CRYPTOGRAFIA İLİŞKİSİ\*

THE EFFECT OF BLOCKCHAIN DISPUTE RESOLUTION METHODS  
ON APPLICABLE LAW RULES AND THE RELATIONSHIP WITH LEX  
CRYPTOGRAPHIA

Elçin AKTAN\*\*

**Özet:** Bir ülkeyle yersel bağlantısı bulunmayan (*delocalized*) ve merkezsiz/merkeziyetsiz (*decentralized*) yapısı nedeniyle mahkemelerin milletlerarası yetkisini belirleyen geleneksel yetki kuralları, blokzincirine dayalı akıllı sözleşmelerin doğasına uygun değildir. Yetki tesisinin yapılabildiği hallerde blokzincirinin değişime uygun olmayan işlem sicili, mahkeme tarafından verilen kararların icra edilmesi noktasında işlevsiz kalmaktadır.

Geleneksel kuralların işlevsizliği ve sistemin dışı kapalı yapısı, doktrini sisteme özgü alternatif uyuşmazlık çözüm metodları üzerinde çalışmaya yönelmiştir. Bu çalışmada, blokzinciri uyuşmazlık çözüm yöntemleri olarak ifade edilen ve genellikle *merkeziyetsiz özerk kuruluşlar* (MÖK) tarafından oluşturulan çevrimiçi tahkim, kitle kaynaklı uyuşmazlık çözüm yöntemleri (*Crowdsourcing*) ve yapay zekâ destekli çözüm yöntemleri olarak gruplandırılan bu yöntemler, *Los Angeles- Sagewise*, *Kleros- Aragon- Jur grubu* ve *Akıllı Tahkim- Open Law: Open Court uygulaması* gibi örneklerle incelenmiştir. Son olarak çalışmada, blokzincirine dayalı akıllı sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda blokzinciri uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin akıllı sözleşmelere özgü kuralların oluşmasındaki etkisi ve *Lex Cryptographia* kavramı ele alınmış ve milletlerarası özel hukuk açısından değerlendirilmiştir.

\* Bu makale yazarın doktora tezinden türetilmiştir ve hiçbir kurum ve kuruluşu bağlamamaktadır.

\*\* Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Doktora Öğrencisi, elcin.aktan@bilkent.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2841-7823, Makalenin Gönderim Tarihi: 17.10.2024, Kabul Tarihi: 27.12.2024

**Anahtar Kelimeler:** Blokzinciri Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, Blokzincirine Dayalı Akıllı Sözleşmeler, Çevrimiçi Tahkim, Kitle Kaynaklı Uyuşmazlık Çözümü, *Lex Cryptographia*, Merkeziyetsiz Özerk Kuruluşlar, Yapay Zekâ Destekli Uyuşmazlık Çözümü

**Abstract:** Due to its delocalized and decentralized structure, the traditional jurisdiction rules determining the international jurisdiction of the courts are not compatible with the nature of blockchain-based smart contracts. In cases where jurisdiction can be established, the transaction record of the blockchain, which is not suitable for change, remains dysfunctional in executing the decisions made by the court.

The dysfunctionality of traditional rules and immutable structure of the system have led the doctrine to work on alternative dispute resolution methods specific to the system. In this study, these methods, which are referred to as blockchain dispute resolution methods and are generally grouped as online arbitration created by decentralized autonomous organizations (MÖK), crowdsourced dispute resolution methods and artificial intelligence-supported resolution methods, are examined with examples such as Los Angeles- Sagewise, Kleros- Aragon- Jur group and Smart Arbitration- Open Law: Open Court application. Finally, in the study, the effect of Blockchain dispute resolution methods on the formation of rules specific to smart contracts in disputes arising from smart contracts based on blockchain and the concept of *Lex Cryptographia* were discussed and evaluated in terms of private international law.

**Keywords:** Artificial Intelligence Assisted Dispute Resolution, Blockchain-Based Smart Contracts, Crowdsourced Dispute Resolution, Decentralized Autonomous Organizations, *Lex Cryptographia*, The Blockchain Dispute Resolution, Online Arbitration

## GİRİŞ

Akıllı sözleşmeler,<sup>1</sup> ulusal hukuklardan bağımsız, ulusötesi sözleşme oluşturma amacına dayanmaktadır. Akıllı sözleşmelerin Blokzinci-

<sup>1</sup> Akıllı sözleşme, yaratıcısı tarafından “sözleşmenin şartlarını icra eden bir işlem protokolü” olarak tanımlanmaktadır. Szabo, Nick, “Smart Contracts”, 1994, <https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html> (Erişim Tarihi: 17.10.2022). Bu işlem protokolleriyle Szabo, herkesin birbiriyle işlem yapabilmesi için kodlarla ifade edilen şartların oluşmasıyla karşılıklı yükümlülüklerin otomatik olarak icra edilmesini ve sözleşmenin olası ihlalini otomatik icrayla önlemeyi amaçlamıştır. Szabo, Nick, “Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets”, 1996, [https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart\\_contracts\\_2.html](https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html) (Erişim Tarihi: 17.10.2022)



rine<sup>2</sup> dayalı olarak kurulabilmesiyle<sup>3</sup> sistemin tamamen dijital olması, sözleşmelerinin kuruluşundan ifasına dijital bir ortamda gerçekleşmesine yol açmıştır. Sitemdeki katılımcıların dünyanın dört bir yanına dağılarak sözleşmelere taraf olabilmesi blokzinciri üzerinde kurulan akıllı sözleşmelerin, doğası gereği yabancı unsur barındırmasına yol açmaktadır.<sup>4</sup> Bu nedenle, blokzincirine dayalı akıllı sözleşmelerin milletlerarası özel hukuk bağlamında incelenmesi ihtiyacını doğurmuştur.

Bir hukuki ilişkinin yabancı unsurlu olması halinde bu ilişkiden doğan uyuşmazlığın hangi ülke mahkemesinde görüleceğini tespit etmek gerekmektedir. Bu tespit yapılırken yetkili ülke mahkemesi, milletlerarası yetki kuralları uygulanarak belirlenmektedir.<sup>5</sup> Milletlerarası yetki kuralları, hangi ülke mahkemelerinin o uyuşmazlığı çözmeye yetkili olduğuna işaret etmemekte, münhasıran kuralın ait olduğu

<sup>2</sup> Blokzinciri kriptografik kanıta dayalı bir elektronik ödeme sistemidir. Bu sistemle iki tarafın güvenilir bir üçüncü tarafa ihtiyaç duymadan doğrudan birbirleriyle işlem yapması mümkündür. Nakamoto, Satoshi, "Bitcoin: A Peer-to-peer Electronic Cash System", 2008, <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> (Erişim Tarihi: 19.10.2022).

<sup>3</sup> Bu çalışma özelinde yapılan inceleme on-chain blokzincirinde kurulan akıllı sözleşmelere özgülenmiştir.

<sup>4</sup> Blokzincirinin dağıtık yapısı sayesinde zincirdeki işlemler doğası gereği yabancı unsurludur ve bu nedenle, işlemlere birden farklı hukukun uygulanma iddiasındadır. Isda/Clifford Chance/ R3/ Sal: Private International Law Aspects of Smart Derivatives Contracts Utilizing Distributed Ledger Technology (ISDA) , 2020, s.3, <https://www.isda.org/a/4RJTE/Private-International-Law-Aspects-of-Smart-Derivatives-Contracts-Utilizing-DLT.pdf> (Erişim Tarihi: 05.09.2022); Garriga Suau Georgina, "Blockchain-Based Smart Contracts and Conflict Rules for Business-to-Business Operations", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2021, Issue 41, s. 573, <http://www.reei.org/en/index.php/journal/num41/notes/blockchain-based-smart-contracts-and-conflict-rules-for-business-to-business-operations> (Erişim Tarihi: 05.09.2022); RÜHL, Gisele, "Smart (Legal) Contracts, or: Which (Contract) Law for Smart Contracts?", *Blockchain, Law and Governance*, editörler Benedetta Cappiello ve Gherardo Carullo, Springer, İsviçre 2021, s. 163; Guillaume, Florence, "Aspects of Private International Law Related to Blockchain Transactions", *Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law*, editörler Daniel Kraus, Thierry Obrist ve Olivier Hari, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham 2019 s. 59; Kayalı, Didem, "Uluslararası Özel Hukuk Perspektifinden Akıllı Sözleşmeler", *TBB Dergisi*, Sayı 162, 2022, s. 265; Chevalier, Maxime, "From Smart Contract Litigation to Blockchain Arbitration, a New Decentralized Approach Leading Towards the Blockchain Arbitral Order", *Journal of International Dispute Settlement*, 2021, Vol. 12, Issue 4, s.561.

<sup>5</sup> Nomer, Ergin, *Devletler Hususî Hukuku*, Beta Yayınları, 23. Bası, 2021, s. 379.

ülke mahkemelerinin ilgili uyuşmazlık kapsamında yetkili olup olmadığını göstermektedir.<sup>6</sup> Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin konusunu da yabancı unsurlu uyuşmazlıklar oluşturmaktadır.<sup>7</sup>

Türk hukukunda milletlerarası yetki kuralları, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un (MÖHUK) m. 40 ve devamında düzenlenmektedir. Milletlerarası yetkiye ilişkin temel hüküm olan 40. madde uyarınca "*Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları tayin eder*". Genel yetki kuralındaki atıf nedeniyle iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları, milletlerarası yetkinin tesisi için kullanılmakta olup, Türk hukukunda yer itibariyle yetki kuralları temel olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK) düzenlenmektedir. Bu noktada, HMK'nın 6 ilâ 17. maddeleri arasında yer alan genel ve özel yetki hükümleri ve varsa diğer kanunlarda bulunan özel yetki hükümlerine göre yetki tesisi yapılabilen hallerde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi mevcut olacakken, bir davada iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına göre yetki tesis edilemiyorsa bu uyuşmazlık özelinde yetkili bir Türk mahkemesinden bahsedilemeyecektir.<sup>8</sup>

HMK'da genel yetki kuralı ve özel yetki kurallarına bakıldığında, davalının yerleşim yeri (ikametgâh) mahkemesinin (m.7), uyuşmazlığın bir malvarlığı haklarına ilişkin olması halinde ilgili malvarlığı unsurunun bulunduğu yer mahkemesinin,<sup>9</sup> sözleşmelerden doğan davalarda akdin ifa edileceği yer mahkemesinin<sup>10</sup> yetkili mahkeme olarak kabul edildiği görülmektedir. Bu noktada, blokzincirine dayalı

<sup>6</sup> Şanlı, Cemal/Esen, Emre/ Ataman-Figanmeşe, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayınları, 8. Bası, Ankara 2020: Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayınları, 8. Bası, 2020, İstanbul, s. 405-406.

<sup>7</sup> Güngör, Gülin, Türk Milletlerarası Özel Hukuku, Yetkin Yayınları, 2. Bası, Ankara 2021, s. 239.

<sup>8</sup> Nomer, s. 465; Güngör, s. 239.

<sup>9</sup> Bu hüküm kapsamında alacak hakları, mülkiyet, aynı haklar ile konusu para olan veya para ile ölçülebilen haklara dair uyuşmazlıklar açısından uygulanacaktır: Nomer, s. 469; Şanlı/Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 427-428.

<sup>10</sup> Kesin yetki kuralı olmayan bu hüküm doğrultusunda davacı, dilerse davasını genel yetki kuralı uyarınca davalının yerleşim yeri mahkemesinde; dilerse de akdin ifa yeri mahkemesinde açabilecektir. Nomer, s. 470. Akdin ifa edileceği yerin tespitinde iç hukukun maddi hukuk hükümlerine başvurulmaktadır. Buna göre Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 89 uyarınca ifa yeri tespit edilir. Nomer, s. 471.

akıllı sözleşmelerin dijital dünyada kurulup icra edilmeleri, yetkinin tespitinde kullanılan yetki sebeplerinin dünya üzerinde bulunan yerel irtibata işaret etmemesine yol açmakta olup, bu işlemlerden doğan uyumsuzluklarda yetkili mahkemenin geleneksel yetki kurallarıyla tespit edilememesine yol açmaktadır.<sup>11</sup>

Geleneksel bir yetki sebebinin blokzincirine dayalı akıllı sözleşmelerden doğan uyumsuzluklarda tespit edilmesi halinde ise blokzincirinin karakteristik özellikleri gereği zincire kayıtlı olan bir işlemin kaydedildikten sonra değiştirilememesi,<sup>12</sup> işlemlerin başlatıldıktan sonra taraflar veya bir üçüncü kişi tarafından geri alınamaması, iptal edilememesi, feshedememesi ve değiştirilememesi (*immutable*)<sup>13</sup> sistemi dış

<sup>11</sup> Pietro, Ortolani, "The Impact of Blockchain Technologies and Smart Contracts on Dispute Resolution: Arbitration and Court Litigation at the Crossroads", *Uniform Law Review*, 2019, Vol. 24, s. 431; England and Wales Law Commission, Smart Legal Contracts Advice to Government (EWLC Advice), November 2021, s. 3-4 ve s. 176.

<sup>12</sup> Tüm blokzinciri ağının bu hususta mutabakatının sağlanması ihtimali istisnadır. Çağlayan Aksoy, Pınar, Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2021, s. 46.

<sup>13</sup> Filatova, Nataliia, "Smart Contracts from the Contract Law Perspective: Outlining New Regulative Strategies", *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 28, Issue:3, Autumn 2020, s. 220; Everts, Martin/ Müller, Frank, "Will That Smart Contract Really Do What You Expect It To Do?", White Paper, NN8, January 2018, s. 4, <https://nn8.nl/publications/pdfs/Everts2018WTS.pdf> (Erişim Tarihi: 18.11.2022); Temte, Morgan N., "Blockchain Challenges Traditional Contract Law: Just How Smart Are Smart Contracts", *Wyoming Law Review*, Vol. 19, Nr. 1, 2019, s. 87-117. s. 99; Borgogno, Oscar, "Usefulness and Dangers of Smart Contracts in Consumer and Commercial Transactions" (Usefulness and Dangers), *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, editörler Larry A. DiMatteo, Michel Cannarsa, Cristina Poncibo, Cambridge University Press, UK 2019, s. 292; Borgogno, Oscar, "Smart Contracts as the (New) Power of the Powerless? The Stakes for Consumers" (Smart Contracts), *European Review of Private Law*, Issue 6, 2018, s. 889; De Flippi, Primavera/ Wright, Aaron, *Blockchain and the Law Rule of Code (Rule of Code)*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 2018, s. 23; Cucuru, Pierluigi: "Beyond Bitcoin: An Early Overview on Smart Contracts", *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 25 Issue:3, 2017, s.183; Werbach Kevin/ Cornell, Nicholas, "Contracts Ex Machina", *Duke Law Journal*, Vol.67, 2017, s.327; KASPRYZK, K.: "The Concept of Smart Contracts From Legal Perspective", *Review of Comparative Law*, Vol.34 Issue:101, 2018, s. 101-118., s. 327; WEBER, Smart Contract, s. 292; Kasprzyk, Karolina, "The Concept of Smart Contracts From Legal Perspective", *Review of Comparative Law*, Vol.34, Issue:101, 2018, s. 109; MIK, Eliza, "Smart Contracts: Terminology, Technical Limitation and Real World Complexity", *Law Innovation and Technology*, Vol.9 Issue 2, 2017, s. 276.

etkenlere kapamaktadır. Bu halde mahkeme kararlarının blokzincirinde icrası muhtemel olmamaktadır.<sup>14</sup>

Çalışmamız özelinde öncelikle blokzincirine dayalı akıllı sözleşmelerde milletlerarası yetkiye ilişkin sorunlardan kısaca bahsedilecek olup, blokzinciri uyuşmazlık çözüm metotlarına ağırlık verilecektir. Ardından sistemde kurulan akıllı sözleşmeler bağlamında bu yöntemlerin ortaya çıkaracağı öngörülen kurallar bütünü incelenecek olup bu hususa ilişkin değerlendirmeler yapılacaktır.

## I. MİLLETLERARASI YETKİ KURALLARININ BLOKZİNCİRİNE DAYALI AKILLI SÖZLEŞMELERE UYGULANAMAMASI SORUNU

Blokzincirine dayalı akıllı sözleşmelerin tamamen dijital ortamda gerçekleşmesi nedeniyle yargı yetkisinin kurulacağı ilgili fiziksel bölgenin ve sözleşme taraflarının kimlik ve konumlarının belirlenmesi temel problemleri oluşturmaktadır.<sup>15</sup> Blokzincirinde akdedilen akıllı sözleşmelerin yersel olarak herhangi bir devletle bir irtibatı bulunmamakta, işlemler herhangi bir ulusal sınır veya yargı yetkisi olmaksızın ulusötesi olarak yapılmaktadır.<sup>16</sup> Bu nedenle blokzinciri sisteminde kurulan işlemlerin bir “*situsu*” yoktur.<sup>17</sup> Özellikle katılımcıların çok sayıda olduğu katılma açık (*public*) blokzincirlerinde,<sup>18</sup> katılımcılar ve

<sup>14</sup> Bonomi, Andrea, “Blockchain and Private International Law – Some General Remarks”, *Yearbook of Private International Law*, Köln 2023, Vol. XXIV, 2022/2023, editörler Andrea Bonomi, Ilaria Pretelli ve Gian Paolo Romano, s. 164; Guillaume, Florence/ Riva, Sven, “Blockchain Dispute Resolution for Decentralized Autonomous Organizations: The Rise of Decentralized Autonomous Justice”, *Blockchain and Private International Law*, editörler Andrea Bonomi, Matthias Lehmann, Shaheez Lalani, Brill Nijhoff 2023, s. 602.

<sup>15</sup> EWLC, para. 7.137.

<sup>16</sup> Wright/De Filippi, s. 54; MÖKler açısından benzer saptama için bkz. Guillaume/Riva, s. 590.

<sup>17</sup> LEHMANN, Mathias, “Who Owns Bitcoin? Private Law Facing the Blockchain” (Who Owns Bitcoin?), *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, Vol. 21, Issue 1, 2019, s. 97, <https://scholarship.law.umn.edu/mjlst/vol21/iss1/4> (Erişim Tarihi: 18.11.2022).

<sup>18</sup> Herkesin kullanımına açık olan ve merkezi bir kurum ya da kuruluş tarafından denetlenmeyen blokzincirleri “Katılıma Açık Blokzincirleri” (Public Blockchain) iken (Bilgili, Fatih/ Cengil, Fatih, *Blockchain ve Kripto Para Hukuku*, 2. Baskı, Bursa 2022, s. 50 ve Çağlayan Aksoy, s. 29), erişimin, belirli katılımcıların kontro-

madenciler<sup>19</sup> dünyaya yayılmış durumdadır; blokzinciri üzerinde açık bir şekilde yargı yetkisine sahip olan bir ana yönetici, ana anahtar sahibi veya herhangi bir ulusal düzenleyici de bulunmadığından, blokzinciri ağı ile irtibata sahip hukuk sistemi belli değildir.<sup>20</sup> Sayılı hususlara, blokzincirinde tarafların takma isim kullanması da eklendiğinde, doğan uyuşmazlıklarda davalı tarafın kimliğinin tespitinde neredeyse imkânsız hale gelmektedir.<sup>21</sup> Davalının gerçek kimliğini bilmeyen davacı, davasını kime yönlendireceğini ve genel yetki kuralı bağlamında Türk mahkemelerinde davasını açacağını tespit edememektedir.

Yukarıda sisteme özgü yapılan tespitler doğrultusunda blokzincirinde akdedilen akıllı sözleşmelerde temel iki sorun bulunduğu söylenebilir; bunlardan ilki, işlemlerin bir *situsunun* bulunmaması; diğeri de davanın yönlendirileceği davalının kimliğinin ve ikametgâhının tespit edilememesidir.<sup>22</sup>

Blokzincirine dayalı akıllı sözleşmelerde nadir de olsa bir ülkeyle yersel irtibat sağlandığında yetki tesisinin yapılabilmesi mümkün hale gelmektedir.<sup>23</sup> Yetki tesisinin yapılabildiği durumlarda mahkeme tarafından verilen kararın blokzincirinde nasıl icra edilebileceği sorunu ile

---

lüne tabi olduğu blokzincirleri ise “Katılma Kapalı Blokzinciri” (Private Blockchain) olarak ifade edilir. Çağlayan Aksoy, s. 29.

<sup>19</sup> Blokzinciri ağında yapılacak olan her işlem, kriptografik tekniklerle zincire eklenmeden önce bir hesaplamanın ile doğrulanır ve bu hesaplamayı yapan katılımcılara madenci denir. Çağlayan Aksoy, s. 22.

<sup>20</sup> Ng, Michael, “Choice of Law For Property Issues Regarding Bitcoin Under English Law”, *Journal of Private International Law*, Vol. 15/2, s. 336. DOI:10.1080/17441048.2019.1649235 (Erişim Tarihi: 07.04.2023).

<sup>21</sup> Schmitz, Amy J./Rule Colin, “Online Dispute Resolution for Smart Contracts”, *Journal of Dispute Resolution*, 2019, No. 2, s. 105.

<sup>22</sup> Bu duruma ek olarak uyuşmazlığın birden fazla devlet sınırını ilgilendirmesi ve bu nedenle uyuşmazlığın çözülmesi için gereken delillerin toplanması da ayrı bir sorun teşkil etmektedir. EWLC, para. 7.137.

<sup>23</sup> Örneğin “öncü katılımcı” (*lead node*) denilen dağıtık defterdeki işlemleri daha hızlı işlemek için belirli haklara veya teknik yeteneklere sahip olabilen veya defterdeki diğer katılımcılardan farklı bir doğrulama düzeyine sahip olan katılımcıların bulunduğu blokzincirlerinde öncü katılımcının bulunduğu ülkenin mahkemelelerinin yetkili olması gerektiği ifade edilmektedir. Territ, Harriet, “Governing The Blockchain: What is The Applicable Law?”, *Fintech Law and Regulation Second Edition*, Editör Jelena Madir, Elgar Online, Massachusetts 2021, para. 8.39.

karşı karşıya kalınmaktadır; zira mahkemelerin sadece dijital dünyada var olan soyut varlıklar üzerinde icra kabiliyetlerini nasıl sağlayacakları net olmamakta olup blokzinciri teknolojisinde kodlanan akıllı sözleşmenin kodlandıktan sonra kural olarak değiştirilmesi de mümkün değildir.<sup>24</sup> Bu durumda kararın icrası, devletlerin dijital dünyada bir varlık üzerinde cebri icra kabiliyetlerinin olmamasından ve akıllı sözleşmelerin mahkeme kararıyla değiştirilmesi, eski hale getirilmesi veya icrasının durdurulması mümkün olmadığından henüz muhtemel olmamaktadır.<sup>25</sup> Bir görüşe göre bu durum, devletin blokzinciri işlemleri üzerinde yaptırım yetkisini kaybetmesine sebep olmuştur.<sup>26</sup>

Blokzincirinde işlem yapan tarafların yetki sözleşmesi yapmayı tercih etmemesi halinde, mahkemesine başvuru devlet, milletlerarası yetkiye dair kurallarına uygulanarak yetki tespiti yapılır. Türk hukukunun milletlerarası yetki kuralları dikkate alındığında davalının ikametgâh mahkemesinin genel yetkili mahkemeye işaret ettiği görülmekte olup, ikametgahın belirlenememesi durumunda ise mutad meskenin bulunduğu yer mahkemesi genel yetkili mahkeme olacaktır. Ancak belirtilen genel kurallar, blokzincirinde tarafların takma isim kullanması nedeniyle davalının kimliğinin kolay bir şekilde belirlenememesine yol açar ve sistem özelinde yetersiz kalır.<sup>27</sup> Zira tarafların

<sup>24</sup> Guillaume/Riva, s. 588-589.

<sup>25</sup> Bununla birlikte De Flippi ve Wright bir devlet, blokzincirindeki bir işlem için mahkemelerinde verilen kararı doğrudan uygulayamıyorsa, aslında bu kararları, kendi topraklarında bulunan ve zincirin işleyişi üzerinde etkisi olan bireyler veya şirketler aracılığıyla dolaylı olarak uygulayabileceğini ifade etmektedir. Bkz. s. 208.

<sup>26</sup> Rabinovich-Einy, Orna / Katsch, Ethan, "Blockchain and the Inevitability of Disputes: The Role for Online Dispute Resolution Dispute Resolution", *Journal of Dispute Resolution*, Vol.19, Issue:2, 2019, s. 73.

<sup>27</sup> Guillaume, Florence, "Aspects of Private International Law Related to Blockchain Transactions", *Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law*, editörler Daniel Kraus, Thierry Obrist ve Olivier Hari, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham 2019, s. 78. Öte yandan tarafların kimliklerinin tespit edilmesi teknolojinin gelişmesiyle imkânsız olmaktan çıkmıştır: UK Law Commission, "Reforming the Law, Smart Contracts- Advice to the Government" (Advice to the Government), s. 186, <https://cloudplatforme218f50a4812967ba-1215eaecede923f.s3.amazonaws.com/uploads/sites/30/2021/11/Smart-legal-contracts-accessible.pdf> (Erişim Tarihi:04.10.2022); Rühl, s. 170. Oldukça maliyetli ve süre aldığından kimlik tespitinin yargı aşamasında ne kadar uygulanabilir olacağı bu işlemin hızlanması ve ucuzlaması ile doğru orantılı olacaktır.



gerçek kimliğine ulaşmadaki zorluk, tarafların ikametgahının tespitini de zorlaştırmakta; davacının davasını açacağı yetkili devlet mahkemesini tespit edememesine yol açmaktadır.<sup>28</sup> Bu nedenle, blokzincirine dayalı akıllı sözleşmelerde yetki anlaşması yapılması önerilmektedir.<sup>29</sup>

İkametgâh tespitindeki zorluklar nedeniyle alternatif olarak özel yetkiye ilişkin yetki kurallarındaki yetki sebeplerinin, ifa yeri ve malvarlığı unsurunun bulunduğu yer gibi, blokzincirinde kurulan akıllı sözleşmelerde milletlerarası yetkinin tayininde tespit edilemeyeceği araştırılmalıdır. Blokzinciri işlemlerinin konumunu belirlemek mümkün olmadığından<sup>30</sup> *on-chain* blokzinciri işlemlerinde<sup>31</sup> ifa yerinin tespiti de çoğu zaman mümkün olmamaktadır.<sup>32</sup> Zira bu tür işlemler, coğrafi açıdan yersel irtibatın bulunmadığı dijital işlemlerdir. Bu durumda, sözleşmeler için getirilen özel yetki kuralının, *on-chain* akıllı sözleşmeler için uygulanması muhtemel olmayacaktır.<sup>33</sup>

Akıllı sözleşmelerde çeşitli amaçlarla kullanılan kripto varlıkların<sup>34</sup> yalnızca dağıtık defterde tutulan, blokzincirine özgü varlıklar olması bu varlıkların fiziksel konumlarının tespitini de imkansızlaş-

<sup>28</sup> Kaal, Wulf A. / Calcaterra, Craig, "Crypto Transaction Dispute Resolution", *The Business Lawyer*, Vol. 73, No. 1, Winter 2017-2018, s. 36; Guillaume/ Riva, s. 581 vd.; EWLC, s. 170.

<sup>29</sup> Jaccard, Gabriel, "Smart Contracts and the Role of Law", *Jurisletter IT* 23, November 2017, s. 20, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3099885](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3099885) (Erişim Tarihi: 17.10.2022).

<sup>30</sup> Guillaume, s. 78.

<sup>31</sup> On-chain akıllı sözleşme bir akıllı sözleşmenin baştan sona blokzincirinde oluşturulması; off-chain akıllı sözleşme ise geleneksel olarak akdedilmiş bir sözleşmenin sadece ifası veya muhafazasının zincirde gerçekleştirilmesidir. Bilgili/ Cengil, s. 53.

<sup>32</sup> Guillaume/ Riva, s. 583-584.

<sup>33</sup> Öte yandan, akıllı sözleşmenin off chain akıllı sözleşme olarak akdedilmesi halinde sözleşmeye ilişkin ifa hareketlerinden en az birinin yersel olarak tespit edilmesi mümkün olabilir. Bu durumda ifa yeri bağlama noktası eğer Türkiye' deyse Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tesisi bakımından uygulanabilir hale gelecektir.

<sup>34</sup> Kripto varlıklar "dağıtık defter teknolojisi veya benzer bir teknoloji kullanılarak elektronik olarak transfer edilebilen ve saklanabilen değerlerin veya hakların dijital temsili" olarak tanımlanmaktadır. Regulation of The European Parliament and of The Council on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937 (MiCA) (AB Kripto Varlıklar Piyasası Düzenleme Taslağı), m.3, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0593> (Erişim Tarihi: 14.11.2022).



tırmaktadır.<sup>35</sup> Bu unsurların malvarlığı unsuru olarak kabul edilip, milletlerarası yetki tayininde dikkate alınması, temel sorunları beraberinde getirmektedir. Öncelikle temelde *coinler* ve diğer kripto varlıklar olarak ikiye ayrılabilir olan kripto varlıklar, çoğu hukuk sistemi tarafından net bir şekilde vasıflandırılmayan soyut varlıklardır. Bu varlıkların bir hak sahipliği yarattığı açıktır. Farklı amaçlarla kullanılabilen kripto varlıklar, örneğin bir *Bitcoin*, bir işlemde para gibi bir değişim aracı olarak kullanılabilirken; bir diğer işlemde de yatırım değeri olarak sözleşmenin asıl konusu olabilmektedir. Bu halde, ifade edilen kategorilerin birbirini dışlamaması sonucu bir kripto varlığın birden fazla amaca hizmet etmesi mümkün olmaktadır.<sup>36</sup> Hâlihazırda kripto varlıkları para olarak vasıflandıran ülkeler bulunsa da kripto varlıkların elektronik para, eşya, alacak, kıymetli evrak başlıkları altında vasıflandırıldığı görülmektedir.<sup>37</sup> Bununla birlikte, yasal bir düzenle-

<sup>35</sup> EWLC, para. 7.137.

<sup>36</sup> Örneğin tokenleri hizmet tokenleri, ödeme tokenleri, menkul kıymet tokenleri gibi sınıflandırmalara tabi tutmak mümkündür ama bu kategoriler birbirlerini dışlamamaktadır. UK Cryptoassets Taskforce: Final Report, 2018, para.2.15, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/752070/cryptoassets\\_taskforce\\_final\\_report\\_final\\_web.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/752070/cryptoassets_taskforce_final_report_final_web.pdf) (Erişim Tarihi: 24.08.2023).

<sup>37</sup> Kripto varlıklar Polonya, İtalya, Belçika'da para vasfında; Çin, Endonezya, Avustralya ve Kanada'da ise emtia vasfındadır: OECD, *Taxing Virtual Currencies*, s. 23, <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/taxing-virtual-currencies-an-overview-of-tax-treatments-and-emerging-tax-policy-issues.pdf> (Erişim Tarihi: 05.09.2023); Kripto varlıkların hukuken vasıflandırılmasıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. UK Cryptoassets Taskforce: Final Report, 2018; Regulation of The European Parliament and of The Council on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937 (MiCA) (AB Kripto Varlıklar Piyasası Düzenleme Taslağı), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0593> (Erişim Tarihi: 14.11.2022); Dayanç Kuzeyli, Nazlı Nilay/Töremiş, Ebru, "Kripto Varlıkların Hukuki Niteliği", *Vergi Dünyası*, Yıl 42, Sayı 494, Ekim 2022; Karamanlıoğlu, Argun: "Son Gelişmeler Işığında Kripto Paraların Hukuki Niteliği ve Kripto Para Borsalarına Dair Tespit ve Öneriler", *KHAS Hukuk Bülteni*, 30 Nisan 2021, <https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/45>(Erişim Tarihi: 05.09.2023); Bilgili, Fatih/Cengil, Fatih: "Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Ticaret Şirketlerine Sermaye Olarak Getirilmesi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXIII, 2019, Sayı. 3, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/790165> (Erişim Tarihi: 05.09.2023); Çelener, Balca, "Bitcoin ve Diğer Kripto Para Birimlerinin Vergilendirmesine Yönelik Yaklaşımlar", *Mali Hukuk Dergisi*, 15(172), 2019, s.771-804; Turanboy, Asuman, "Kripto Paraların Ortaya Çıkmaları ve Hukuki Nitelikleri", *BATİDER*, C. XXXV, S. 3, Eylül 2019, s. 47-62; Carney, Mark,

me bulunmadıkça öne sürülen görüşlerden birini benimsemek doğru olmayacaktır. Bu nedenle, kripto varlıkların şu an için bir *sui generis* hak sahipliği yarattıkları ifade edilmeli,<sup>38</sup> fakat kripto varlıkların vasıflandırılmalarına ilişkin tartışmalar devam ettiği için bu soyut varlıkları bir malvarlığı olarak kabul etmek ve buldukları yerin bir bağlama noktası olarak milletlerarası yetki tesisinde kullanılabileceği çıkarımı yapmak, ihtiyatla yaklaşılması gereken bir çıkarım olacaktır.

Gerçek dünya konumlarını dijital eylemlere, dijital nesnelere ve işlemlere atfetme zorluğu olarak açıklanan dijital yetki sorunun, teknoloji ve hukukun kesiştiği meselelerde milletlerarası özel hukukun temel meselelerinden biri haline geleceğini öngörmek mümkündür.<sup>39</sup> Temelde bir devletin milletlerarası yetkiye dair birtakım kurallar benimsemesi, uluslararası niteliği haiz hangi hukukî ilişkinin zımnen bu devletin sınırlarında tanınacağını gösterir. Bu bağlamda, getirilen kurallar, bir mahkemenin yetkisini belirlemekle kalmaz, aynı zamanda bu uyumsuzluğa uygulanacak hukuka işaret edecek kuralların da tespit edilebilmesini sağlar. Bu durumda hem mahkeme hem de uyumsuzluğa uygulanacak hukuk, taraflarca öngörülebilir hale gelecek ve hukukî güvenliği sağlanması adına önemli adımlar atılmış olacaktır.

---

“The future of Money”, Bank of England, 2018, <https://www.bankofengland.co.uk/speech/2018/mark-carney-speech-to-the-inaugural-scottish-economics-conference>(Erişim Tarihi: 05.09.2023); KAPANCI, Kadir Berk: “Özel Hukuk Penceresinden Blokzincir: “Sanal Para” Değerleri ve “Akıllı Sözleşmeler” Üzerine Değerlendirmeler”, Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir, İstanbul 2020; BİLGİLİ, Fatih/ CENGİL, Fatih: “Bitcoin Özeline Kripto Paraların Eşya Niteliği Sorunu”, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3432713](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3432713) (Erişim Tarihi: 05.09.2023); Henderson, Todd M./Raskin, Max: , “A Regulatory Classification of Digital Assets: Toward an Operational Howey Test for Cryptocurrencies, ICOs, and Other Digital Assets”, *Columbia Business Law Review*, Vol. 2019, no. 2, 2019, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3265295](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3265295) (Erişim Tarihi: 05.09.2023).

<sup>38</sup> Bir kripto varlığın blokzinciri dışında var olan bir hakka veya nesneye açık ve kesin bir şekilde atfedilebilmesi hususunun kripto varlıkları misli olmayan ve devre konu edilebilen varlık statüsüne soktuğu ve bu varlıkların sayılan nitelikleri ve fonksiyonları gözetilerek özel olarak vasıflandırılması gerektiğine dair bkz. Krysa, Felix, “Taxonomy and Characterisation of Crypto Assets in Private International Law”, *Blockchain and Private International Law*, Editörler Andrea Bonomi, Matthias Lehmann and Shaheza Lalani, Brill/ Nijhoff, Leiden/Boston, 2023, s. 166.

<sup>39</sup> EWLC, para. 7.145.

Blokzincirine dayalı akıllı sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda ortaya çıkan dijital yetki sorunu, blokzinciri sistemine entegre uyuşmazlık çözüm yöntemleri oluşturularak giderilmeye çalışılmaktadır. Bu sayede hem yetkiye dair sorunlar aşılmaya hem de bu uyuşmazlıkların hangi kurallarla çözüleceği öngörülmeye çalışılmaktadır.

## II. AKILLI SÖZLEŞMELERDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN BLOKZİNCİRİ UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ İLE ÇÖZÜLMESİ

Blokzincirinde kurulan akıllı sözleşmelerde edimlerin otomatik olarak icra edilmesi nedeniyle uyuşmazlık çıkmayacağı düşünülmektedir. Bu doğrultuda akıllı sözleşmeyi kodlayanların olası her uyuşmazlığı dikkate alarak gerekli kodlamaları akıllı sözleşmeye yerleştirdiğine inanılır.<sup>40</sup> Her ne kadar icrayı garanti altına alarak etkinliğin artırılacağı ifade edilse de sistemin uyuşmazlık yaratma kapasitesinin, uyuşmazlıkları çözme kapasitesini aştığı söylenmektedir.<sup>41</sup> Özellikle kodlama ve içerik ile ilgili birtakım uyuşmazlıkların sistem özelinde kaçınılmaz olduğu belirtilmekte olup,<sup>42</sup> farklı aşamalarda farklı meselelere dair uyuşmazlıkların çıkabileceği öngörülmektedir. Örneğin blokzincirine kodlanan ticari bilgiler kapsamında da uyuşmazlıkların çıkabilmesi muhtemeldir; ya da sahte veriyle kodların manipüle edilmesi<sup>43</sup> sonucu tarafların gerçek iradelerinin akıllı sözleşmeye yansıtılmaması olasıdır. Kodlamadan kaynaklı sorunların da çıkabilmesi,<sup>44</sup> tarafların akıllı sözleşmeleri kodlayanlara karşı dava açabilmelerini gerektirmektedir.

<sup>40</sup> Vos, S. Jeffrey, "Law Tech Smart Contracts and Artificial Intelligence", Bundesministerium Der Justiz Und Für Verbraucherschutz Ministry of Justice, Berlin Tuesday 14th May 2019, chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfefndmkaj/https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2019/05/CHC-speech-LawTech-Smart-Contracts-and-Artificial-Intelligence.pdf (Erişim Tarihi: 12.09.2023)

<sup>41</sup> Katsh, Ethan/ Rabinovich-Einy, Orna, Digital Justice, Technology and The Internet of Disputes, Oxford University Press, Introduction, 2017.

<sup>42</sup> Schmitz/ Rule, s. 104.

<sup>43</sup> Manipülasyonlar çoğunlukla bilgisayar korsanları (hacker) tarafından yapılmaktadır: Schmitz/Rule, s. 104.

<sup>44</sup> Zaslowsky, David, What to Expect When Litigating Smart Contract Disputes, LAW360, <https://www.law360.com/articles/1028009/what-to-expect-when-litigating-smart-contract-disputes>(Erişim Tarihi: 05.09.2023).

Blokzincirine dayalı akıllı sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda devlet yargısına başvurmak milletlerarası yetkiyi haiz devleti saptama aşamasından başlayarak zincirleme birçok sorunu ortaya çıkartmaktadır. Blokzincirinin vadettiği dijital otomatikleştirilmiş bir işlem dünyası yaratma fikriyle uyuşmazlıkların klasik yöntemle çözülmesi hususlarının birbiriyle çeliştiği ortaya konduğunda, örneğin bir iade talebi için işlemin tersine çevrilmesine dair bir mahkeme kararı gerekeceği,<sup>45</sup> bu kararın verilmesi halinde ise zincire aktarılıp aktarılamayacağı belirsizlik yaratacaktır.

Devlet yargısında ilgili devletin akıllı sözleşmeleri tanıyıp tanınamaması, uygulanacak hukukun saptanması, delillerin toplanması gibi sorunlar da akıllı sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların geleneksel yöntemlerle çözülmesi önünde büyük engeller oluşturmaktadır. Blokzincirine dayalı akıllı sözleşmelerin taraflarının anonim olması, davalıya ait her türlü bilginin saptanmasını oldukça zorlaştırmaktadır.<sup>46</sup> Özellikle kripto paraların kullanıldığı işlemlerde işlemin taraflarını tespit etmek neredeyse imkânsız hale gelmektedir.<sup>47</sup>

Blokzincirinde oluşan hataları düzeltmek için dahi çoğu zaman yeniden kodlama yapılması gerekmektedir. Bu takdirde devlet yargısında hâkimlerin yeniden kodlamaya karar verebilmesi gerekmekte olup, bunun hukuken mümkün olması durumunda da bu çarenin geleneksel yöntemlerle nasıl icra edilebileceği belirsizlik yaratacaktır.<sup>48</sup>

Bahsi geçen problemlere çözüm üretebilmek maksadıyla akıllı sözleşmelerin kendi teknik altyapısı içerisinde işleyebilecek, sürecin bir parçası olarak arabuluculuğu da sağlayacak, son çare olarak kararlar sonuçlanacak bir uyuşmazlık çözüm sürecinin inşa edilmesi gerekmektedir.<sup>49</sup> Bu süreç, özellikle *start-up* şirketlerinin çevrimiçi uyuşmazlık çözümü (*online dispute resolution- ODR*) adı verilen alternatif

<sup>45</sup> Kaya, Serkan, “Blokzincir Tabanlı Akıllı Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü”, *Medeni Usul ve İcra ve İflas Hukuku Dergisi (MİHDER)*, 2022(52), s. 497.

<sup>46</sup> Schmitz/ Rule, s. 105.

<sup>47</sup> Kaal/ Calcaterra, s. 4.

<sup>48</sup> Zaslowsky. Verilen kararların icrası, işlem taraflarının inisiyatifindedir. Guillaume /Riva, s. 590.

<sup>49</sup> Vos, para. 25. Genel olarak alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri sınır aşan ticari işlemlerde kullanılan özel bir uyuşmazlık çözüm metodudur. Guillaume / Riva, s. 591.

bir uyuşmazlık çözüm yöntemi oluşturmasıyla başlamıştır.<sup>50</sup> Çevrimiçi uyuşmazlık çözümleri temelini Bilgisayar Bazlı Uyuşmazlık Çözümünden (*Computer Dispute Resolution (CDR)*) almaktadır. Bilgisayar bazlı uyuşmazlık çözümü, uluslararası boyutlu ilişkilerde sözleşme taraflarını “*what if*” kalıbıyla düşünmeye yönlendirmekte, ortaya çıkan olası sonuçlar ve bu sonuçların getiri ve götürüsünü “karar ağacı analizi” (*decision-tree analyses*) denilen sistemle ortaya çıkarmaktadır. Bu tekniğe ek olarak vaka analizi (*case analysis*) tekniğiyle taraflara olası uyuşmazlıkta ortaya çıkabilecek mahkeme kararları öngörülmeyle çalışılmaktadır. Benzer olarak optimizasyonla ilgili analiz (*optimization-related analysis*), müzakerenin olası sonuçlarını incelemek ve daha önce belirlenen karar ve çözüm kriterlerine en uygun olanları tespit etmek için kullanılmaktadır. Aslında bilgisayar bazlı uyuşmazlık çözümünün temel amacı, bilgisayar modellerini müzakere aşamasında devreye sokarak olası anlaşmazlıkları ve bu anlaşmazlıkların olası çözümlerini ortaya koymaktır.<sup>51</sup>

Özellikle e-ticaretin gelişmesiyle çevrimiçi uyuşmazlık çözüm yöntemleri dillendirilmeye başlamıştır.<sup>52</sup> Çevrimiçi uyuşmazlık yöntemleri, temelde alternatif uyuşmazlık çözümleri başlığı altındadır ve UNCITRAL tarafından “elektronik iletişim ve diğer bilgi ve iletişim teknolojilerinin kullanımı yoluyla anlaşmazlıkları çözme mekanizması” olarak tanımlanmaktadır.<sup>53</sup> Teknolojinin uyuşmazlık çözümündeki temel rollerini, iletişimi desteklemek, belge ve bilgi alışverişini desteklemek, karar verme aşamasını desteklemek ve hatta bazı durumlar-

<sup>50</sup> Schmitz/Rule, s. 114; Koulu, Riikka: “Blockchains and Online Dispute Resolution: Smart Contracts as an Alternative to Enforcement”, *Script-ed*, Volume 13, Issue 1, May 2016, s. 41, <https://script-ed.org/article/blockchains-and-online-dispute-resolution-smart-contracts-as-an-alternative-to-enforcement/> (Erişim Tarihi: 05.09.2023).

<sup>51</sup> Nyhart, J.D., *Computer Modeling in Dispute Resolution: An Overview*, Dispute Resolution Forum, 1988, s. 11-15, Abstract, <https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/computer-modeling-dispute-resolution-overview> (Erişim Tarihi: 11.11.2023).

<sup>52</sup> Guillaume /Riva, s. 596.

<sup>53</sup> UNCITRAL: “Technical Notes on Online Dispute Resolution”, United Nations, 2017, para. 24, [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/v1700382\\_english\\_technical\\_notes\\_on\\_odr.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/v1700382_english_technical_notes_on_odr.pdf) (Erişim Tarihi: 29.01.2024).

da karar vermek olarak sayılmaktadır.<sup>54</sup> Özellikle algoritma ve yapay zekâ<sup>55</sup> kullanan yazılımların karar alma sürecine entegre edilmesiyle uyuşmazlık çözüm süreci tamamen çevrimiçi ortama taşınmıştır.<sup>56</sup> Böylelikle bilgisayar bazlı yöntemler, çevrimiçi yöntemlere evrilmiştir.

Geleneksel alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde, özellikle tahkimde, hakem tarafından verilen kararların tenfizi aşamasında devlet yargısının yetkisi devam etmektedir.<sup>57</sup> Bu anlamda verilen kararın bir ülkede tanınması ve icrasının gerekmediği, blokzincirine entegre bir sistemin oluşturulması fikri, gerek blokzincirinin kural olarak değiştirilemez oluşu gerekse de verilen kararların her halükârda zincire nasıl entegre edileceği konusunda yaşanan teknik zorluklar düşünüldüğünde bir ihtiyaç olarak görülmektedir. Bu nedenle, akıllı sözleşmeler, yapay zekâ, blokzinciri teknolojisi gibi teknolojik imkanların gelişmesiyle çevrimiçi uyuşmazlık modelleri farklı unsurlar barındırmaya başlamıştır. Doktrinde bu yöntemler “blokzinciri uyuşmazlık çözüm yöntemleri” olarak isimlendirilen<sup>58</sup> bu yöntemlerde çevrim içi uyuşmazlık sürecinin blokzincirinin dijital ortamında yürütülmesiyle anlaşmazlığın tespitinden, fiili çözümüne ve son olarak oluşan kararın icrasına kadar akıllı sözleşmeler kullanılabilir. <sup>59</sup> Böylelikle, özellikle tüketicilerin dahil oldukları işlemlerde, hızlı, etkin ve esnek

<sup>54</sup> Lodder, R. Arno, “The Third Party and Beyond: An Analysis of the Different Parties, in Particular the Fifth, Involved in Online Dispute Resolution”, *Information and Communication Technology Law*, Vol. 15, No. 2, 2006, s. 143 ve 152.

<sup>55</sup> Yapay zekâ (Artificial Intelligence-AI), bir bilgisayarın veya bilgisayar kontrollü robotun genellikle akıllı varlıklarla ilişkilendirilen görevleri yerine getirme yeteneğidir. Terim sıklıkla akıl yürütme, anlamı keşfetme, genelleme yapma veya geçmiş deneyimlerden öğrenme yeteneği gibi insanlara özgü entelektüel süreçlerle donatılmış sistemlerin geliştirilmesi projesine uygulanır. 1940’larda dijital bilgisayarın geliştirilmesinden bu yana, bilgisayarların matematik teoremlerinin kanıtlarını bulmak veya satranç oynamak gibi çok karmaşık görevleri büyük bir ustalıkla yerine getirmek üzere programlanabileceği gösterilmiştir. Brittanica, <https://www.britannica.com/technology/artificial-intelligence> (Erişim Tarihi: 11.11.2023).

<sup>56</sup> Bello, Adesina Temitayo, “Online Dispute Resolution Algorithm: The Artificial Intelligence Model as a Pinnacle”, *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Editör Stavros Brekoulakis, Kluwer Online, Volume 84, Issue 2 (2018), s. 159.

<sup>57</sup> Guillaume /Riva, s. 603.

<sup>58</sup> Guillaume /Riva, s. 602 vd.

<sup>59</sup> Guillaume /Riva, s. 606.



çözüme ulaşılması<sup>60</sup> ve yetkili mahkemenin belirlenmesine duyulan bir noktaya kadar ortadan kaldırılması mümkün olacaktır.

Blokzinciri uyuşmazlık çözüm yöntemlerini kendi içinde çevrimiçi tahkim (*online arbitration*), kitle-kaynaklı uyuşmazlık çözümleri (*crowdsourced online dispute resolution*) ve yapay zekâ destekli çözümler (*AI-powered resolutions*) olarak gruplandırılmak mümkündür. Her farklı grup altında hizmet veren *start-up* platformları bulunmaktadır.<sup>61</sup>

### A. Çevrimiçi Tahkim

Sözleşmelerde taraflar herhangi bir uyuşmazlığın tam ve nihai çözümünü sağlamak için genel olarak diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını tercih edebilirler. Bu yöntemlerinin en sık rastlanılanı tahkimdir. Tahkim, “kanunun tahkim yoluyla çözülmesine izin verdiği konular kapsamında olmak koşuluyla, taraflar arasında doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların mahkeme yerine, hakem adı verilen kişiler aracılığı ile kesin ve bağlayıcı olarak çözümlenmesi konusunda tarafların anlaşmaları”<sup>62</sup> olarak tanımlanmaktadır.

Tahkim yargılaması, kural olarak kamuya açık olarak yapılan mahkeme yargılamalarının aksine, kural olarak kamuya kapalı yapılır ve verilen karar, çok sayıda ülkede New York Konvansiyonu<sup>63</sup> uyarınca icra edilebilir. Bu nedenle tahkim, özellikle yabancı mahkeme kararlarının icrasına dair kararın alınmasının güç olduğu ülkeler için

<sup>60</sup> Guillaume /Riva, s. 596.

<sup>61</sup> Bu halde, tarafların teknik olarak akıllı sözleşmenin imkân vermesi halinde “iş bu akıllı sözleşmeden kaynaklanan veya bu sözleşmeyle ilgili olan ya da bu sözleşmenin ihlali, feshi veya geçersizliğine ilişkin her türlü uyuşmazlık çevrimiçi uyuşmazlık çözümü hizmeti veren... tarafından çözülecektir” (KAYA, s. 497.) veya daha spesifik ismiyle “blokzinciri uyuşmazlık çözümü hizmeti veren .... tarafından çözülecektir” ifadesiyle bir platforma atfı yapılmaları uygun olabilecektir. (Taraflar arasında akdedilmiş olan en az bir akıllı sözleşmede blokzinciri çözüm yönteminin seçildiğine dair ibarenin olması gerektiği ve bu seçimin taraf iradesine tabi bir seçim olduğu ve bu seçimin bir yetki anlaması olarak değerlendirildiğine dair bkz. Guillaume /Riva, s. 609. Yazar “opt-in” ifadesini de önermektedir.)

<sup>62</sup> Ansay, Sabri Şakir: Hukuk Yargılama Usulleri, 6. Bası, Ankara 1960, s. 404 (Akıncı Ziya: Milletlerarası Tahkim, 5. Bası, İstanbul 2020, s. 1’den naklen).

<sup>63</sup> 1958 Tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Konvansiyonu (1958- Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards- the “New York” Convention), <https://www.newyork-convention.org/new+york+convention+texts> (Erişim Tarihi: 05.09. 2023).



tarafların tercih ettiği bir yöntemdir.<sup>64</sup> Kurumsal tahkim ve *ad hoc* tahkim olarak iki farklı tahkim uygulaması bulunmaktadır.<sup>65</sup> Temelde bu ayırım, bir tahkimin uyumsuzlukların çözülmesi için oluşturulan tahkim kurumlarına ve bu kurumların kurallarına tâbi olup olmamasına ilişkindir. Tarafların tahkim için bir tahkim kurumunu seçmeleri halinde tahkim yargılaması kurumsal; hakem veya hakem kurulunu bizzat kendi iradeleriyle oluşturması halinde de *ad hoc* tahkim gündeme gelmektedir. *Ad hoc* tahkim, daha ziyade tarafların hakimiyetinin yoğun olduğu ve kurallarının da taraflarca konulduğu bir tahkim yöntemidir.<sup>66</sup> Tahkimin tercih sebebi olarak irade serbestisine dayanması,<sup>67</sup> hakemlerin uzman kişilerden seçilebilmesi,<sup>68</sup> yargılamanın gizli olarak yürütülmesi ve hakem kararlarının kural olarak yayımlanmaması,<sup>69</sup> yabancı devlet yargısı ile karşılaştırıldığında daha rahat tenfiz edilebilmesi<sup>70</sup> gibi özelliklerinin bulunması karşımıza çıkmaktadır.

Çevrimiçi uyumsuzluk çözüm yöntemlerinden biri olan çevrimiçi tahkim (bağlayıcı olmayan tahkim)<sup>71</sup> kapsamında verilen kararlar, kural olarak hukuken bağlayıcı ve icra edilebilir yargı kararı etkisine sahip değildir. Bu yöntemle verilen kararlar devlet mahkemeleri tarafın-

<sup>64</sup> Territt, para. 8.23.

<sup>65</sup> Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 6; Ayrıntılı açıklama için bkz.: Şit, Banu, Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara 2005; Demir Gökyayla, Cemile, Milletlerarası Tahkimde Ad Hoc Tahkim ve Kurumsal Tahkim, Uğur Alacakaptan'a Armağan, Derleyen Mehmet Murat İnceoğlu, İstanbul 2008, s. 161-181.

<sup>66</sup> Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 6-7.

<sup>67</sup> Akıncı, Ziya, "Milletlerarası Ticari Uyumsuzlukların Alternatif Çözüm Yolları", *BATİDER*, C. XVIII, S. 4, Aralık 1996, s.95-96 ve 101; Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 11.

<sup>68</sup> Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 11.

<sup>69</sup> Şanlı, Cemal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Sevinç Matbaası, Ankara 1986, s. 24; Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 11.

<sup>70</sup> Devlet mahkemelerinin tenfiz koşulları ve yabancı hakem kararlarının tenfiz koşulları farklılık göstermektedir: Akıncı, Ziya: Milletlerarası Ticarî Hakem Kararları ve Tenfizi, Ankara 1994, s. 40; Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 10. Yabancı hakem kararlarının tenfizinde uluslararası alanda yeknesak kurallar oluşturan New York Konvansiyonu da unutulmamalıdır.

<sup>71</sup> Terimin yaratıcısı olarak bkz. Schultz, Thomas, "Online Arbitration: Binding or Non-Binding?", *ADROnline Monthly*, November 2002, s. 3, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=898622](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=898622) (Erişim Tarihi: 26.01.2024). Bu terimle çevrimiçi tahkim ve klasik tahkimin çevrimiçi olarak yapılması hususunun farkı çizilmeye çalışılmıştır.

dan verilen kararlar gibi cebri icra gücüne sahip olmayıp ve New York Konvansiyonu kapsamına girmez. Bu nedenle, icra edilmesi tarafların iradesine bağlı<sup>72</sup> olduğundan, verilen kararların kural olarak sözleşme hükmü niteliğinde olacağı söylenebilecektir. Bununla birlikte, kararın uzman kişiler tarafından alınması tarafların karara uyma iradesini kuvvetlendiren bir etken olarak görülebilmektedir.<sup>73</sup> Çevrimiçi tahkim yönteminin blokzinciri teknolojisiyle bütünleşmesiyle tarafların karara uyma iradeleri beklenmeksizin verilen kararlar blokzinciri teknolojisinin kural olarak değiştirilmez yapısına entegre olarak verilir ve kararın zincire uyumlu bir şekilde icrası mecbur hale gelir.

### 1. Los Angeles- Sagewise Örneği<sup>74</sup>

Çevrimiçi tahkimin bir örneğini *Los Angeles- Sagewise* oluşturmaktadır. Sagewise platformunun kendisi tahkim yargılaması yapmamakta olup, Sagewise *start-up* şirketi akıllı sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar için bir uyuşmazlık çözüm altyapısı oluşturmayı hedeflemektedir.<sup>75</sup> Sagewise ile kullanıcıların akıllı sözleşmelerine bir maddede aracılığıyla, *sözleşmenin* bir uyuşmazlık halinde yürütülmesinin/ icrasının ne zaman ve ne kadar süreyle durdurulacağı ve bu uyuşmazlığın kim tarafından *çözeceği gibi hususlar* kodlanmaktadır. Buna göre, bu kod ile uyuşmazlık doğduktan sonra Sagewise “Anlaşmazlık Çözüm Modu”nu etkinleştirmek *mümkün olacak* olup, bunu etkinleştiren tarafın daha sonra uyuşmazlığın *çözülmesi ve verilen çevrimiçi kararların uygulanması çözüm yollarını seçebileceği ifade edilmektedir.*<sup>76</sup>

Sagewise, akıllı sözleşmeye yerleştirilmiş bir Yazılım Geliştirme Kiti (*Software Development Kit*) protokolünden yararlanır. Sagewise getirilen bu kitle akıllı sözleşme kodunun değişken olması, sözleşme taraflarının teknik bilgi eksikliği, sözleşmedeki gri alanlar ve taraflarca *öngörülemez uyuşmazlıklar gibi sorunları öngörerek geleneksel bir sözleşmedeki tahkim*

<sup>72</sup> Guillaume / Riva, s. 595.

<sup>73</sup> Guillaume / Riva, s. 595.

<sup>74</sup> Schmitz/ Rule, s. 116.

<sup>75</sup> Artificial Lawyer, Smart Contract Checker, Sagewise, Links with Hedera Hashgraph, *Artificial Lawyer*, 8 Haziran 2018, <https://www.artificiallawyer.com/2018/06/08/smart-contract-checker-sagewise-links-with-hedera-hashgraph/> (Erişim Tarihi: 05.09.2023).

<sup>76</sup> Artificial Lawyer, Smart Contract Checker, Sagewise, Links with Hedera Hashgraph.

*şartı gibi*<sup>77</sup> *düşünülebilecek bir “değişiklik yazılımı” olarak çalışmaktadır.*<sup>78</sup> *Sözleşmenin icra aşamalarını izleyen bu sistem, örneğin kusurlu veya güncelliğini yitirmiş bir kodu tespit ettiğinde akıllı sözleşmenin icrasını durdurmakta, sözleşmenin uygulanmasını adeta askıya almaktadır. Böylelikle taraflar, kodlama hatalarını, güvenlik açıklarını çözme ve akıllı sözleşmelerini değiştirme, sonlandırma şansına sahip olmaktadır. Ortaya çıkan uyuşmazlıklar da bu sistem sayesinde üçüncü bir tarafça çözülecek olup, varsa zararın hangi tarafça üstlenileceği tespit edilecek ve blokzincirine özgü gerekli çözümler devreye girebilecektir.*<sup>79</sup>

## 2. OpenBazaar Örneği

Bitcoin karşılığında mal ve hizmet satımı yapılan *OpenBazaar*<sup>80</sup> Platformu da benzer bir çevrimiçi tahkim mekanizması kurmuştur. *OpenBazaar*'da taraflar, belirli bir ücret karşılığında sistemde mevcut olan havuzlardan<sup>81</sup> anonim bir üçüncü tarafı (Noter), *Ricardian Sözleşme (Ricardian Contract)*<sup>82</sup> ile sözleşmeyi ve ödemeleri doğrulamak ve taraflardan her birinin yükümlülüklerini yerine getirdiğini tasdik etmek için dahil etmektedirler. Tasdik sonrası bu hususlarda bir uyuşmazlık doğması durumunda taraflardan biri zincirden edinilen kanıtlarla, söz konusu uyuşmazlığı *çözmesini* Noter'den talep edebilecektir. *OpenBazaar*'ın ortaya koyduğu noterlik sistemi, ilk aşamada tasdik işlevine sahip olup, gerekli görülmesi halinde de tahkim prosedürüne dönüşmektedir.<sup>83</sup>

<sup>77</sup> Artificial Lawyer, Smart Contract Checker, Sagewise, Links with Hedera Hashgraph.

<sup>78</sup> Allen, Darcy W.E./ Lane, Aaron M./ Poblet, Marta, “The Governance of Blockchain Dispute Resolution”, Harvard Negotiation Law Review, 2019, Vol. 25, No. 1, s. 85 <https://ssrn.com/abstract=3334674> (Erişim Tarihi: 21 Ağustos 2023).

<sup>79</sup> Allen/Lane/Poblet, 85-86.

<sup>80</sup> Sanchez, Washington, Dispute Resolution in OpenBazaar, Github Gist, <https://gist.github.com/drwasho/405d51bd1b1a32e38145> (Erişim Tarihi: 05.09.2023).

<sup>81</sup> Sistemde farklı uzmanlıklara göre noter havuzları oluşturulmuş olup, taraflar, noterin seçileceği havuzu serbestçe seçebilmektedirler. Kaal / Calcaterra, s. 146.

<sup>82</sup> Ricardian Sözleşme (Ricardian Contract) üzerinde anlaşmaya varılan koşullarda taraflar arasında yasal olarak bağlayıcı bir anlaşma işlevi gören sözleşenlerin doğal dilde sözleşmeyi okuyup imzalamalarının mümkün olduğu dijital sözleşmedir. Grigg, Ian, “The Ricardian Contract”, [https://iang.org/papers/ricardian\\_contract.html](https://iang.org/papers/ricardian_contract.html) (Erişim Tarihi:05.09.2023); Bybit, “How Are Ricardian Contracts Different From Smart Contracts?”, <https://learn.bybit.com/defi/how-are-ricardian-contracts-different-from-smart-contracts/> (Erişim Tarihi: 5 Eylül 2023).

<sup>83</sup> Schmitz/Rule, s. 117.

Verilen karardan memnun olmayan taraf için sistemde bir temyiz prosedürü de oluşturulmuştur. Buna göre, üzerinde anlaşmaya varılan noter havuzlarından yeni noterlerin rastgele seçilmesiyle uyuşmazlığın temyiz incelemesine tabi tutulması mümkün olmaktadır.<sup>84</sup>

Sistemde güvenlik, noterlerin anonim tutulmasıyla sağlanmaktadır. Noterlerin anonim kalmasıyla uyuşmazlığın da gizliliği sağlanmaktadır.<sup>85</sup>

### 3. Open Law Örneği

*Open Law* platformunun *Open Court* uygulamasıyla<sup>86</sup> akıllı sözleşmelerde ifadan ve kodlamadaki hatalardan kaynaklanan uyuşmazlıkların akıllı sözleşme destekli tahkim sistemiyle (bir diğer adıyla akıllı tahkim) çözülmesi hedeflenmiştir. Uygulamayla düşük maliyetli, adil, şeffaf ve erişilebilir bir mekanizma yaratmak hedeflenmekte olup, uygulama, çalışma prensibini merkezî olmayan uyuşmazlık çözüm sistemi olarak özetlemektedir. Uyuşmazlık doğduğunda tarafların bir arayüze uyuşmazlığa dair belge ve delilleri harç karşılığında yüklemeleri gerekmekte olup, ardından taraflar blokzincirindeki bir kullanıcıyı hakem olarak seçebilmekte ve bu hakem, uyuşmazlıkla ilgili arayüze ulaşarak karar vermektedir.<sup>87</sup>

### B. Kitle-Kaynaklı Uyuşmazlık Çözümleri

Kitle-kaynak kullanımının uyuşmazlık çözümüne entegre edilmesi, uyuşmazlıkların karara bağlanması için sistemdeki her katılımcının, bilginin elde edilmesi ve değerlendirilmesinde işbirliğine katılımı karşılığında bir ödüle hak kazanması ve yaratılan bu işbirliğiyle uyuşmazlıkların çözümünü hedeflemektedir.<sup>88</sup> Kitle kaynaklı blokzinciri uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin temelinde hukukçu vasfını taşımak

<sup>84</sup> Kaal / Calcaterra, s. 146.

<sup>85</sup> Kaal / Calcaterra, s. 146.

<sup>86</sup> Consensus Media, OpenCourt, Legally Enforceable Blockchain-Based Arbitration, 18 Ekim 2018, <https://media.consensus.net/opencourt-legally-enforceable-blockchain-based-arbitration-3d7147dbb56f> (Erişim Tarihi: 21.08.2023)

<sup>87</sup> Consensus Media.

<sup>88</sup> Ast, Federico/ Sewrjugin, Alejandro, "CrowdJury, a Crowdsourced Justice System for The Collaboration Era", [crowdjury.org](https://www.researchgate.net/publication/283687907), November 2015, s. 7, <https://www.researchgate.net/publication/283687907> (Erişim Tarihi: 06.09.2023).

zorunda olmayan jüri üyelerinin kişisel deneyimleri ve teknik yeterlilikleri sonucu karar vermesi yatmaktadır.<sup>89</sup>

Çevrimiçi tahkimden farklı olarak kitle-kaynaklı uyuşmazlık çözümlerinde blokzinciri kullanıcıları anonim bir şekilde kazanacağını düşündüğü taraf lehine oy vererek uyuşmazlığı çözmektedir.<sup>90</sup> Bu sistemlerin çoğunda katılımcıların bir miktarda token satın alması şartıyla hakemlik/jürilik yapması mümkün olmakta,<sup>91</sup> daha fazla token satın alan katılımcının jüri olma olasılığı da diğerlerine göre yükselmektedir.<sup>92</sup> Bu sistemle hangi tarafın iddiası sayıca daha fazla hakem tarafından haklı bulunduysa o taraf “davayı” kazanacak olup,<sup>93</sup> uyuşmazlıkta kaybeden tarafın iddiasını haklı bulan hakemler, satın aldıkları tokenlerini kaybetmektedirler. Ortaya çıkan bu kazanç ise kazananı haklı bulan hakemlere dağıtılacaktır. Bu ödül-ceza sistemiyle<sup>94</sup> hakemlerin adil bir karara ulaşması hedeflenmekte<sup>95</sup> olup, karar sürecinde hakemlerin birbirleriyle iletişime geçmeleri engellenmektedir.

Bu platformlar uyuşmazlık çözüm sürecinin blokzincirine aktararak demokratik bir şekilde gerçekleştirebileceğini savunmakta olup, mahkemelere göre verimli, uygun maliyetle uyuşmazlıkları çözeceklerini iddia etmektedirler.<sup>96</sup> Öyle ki, kripto teknolojisinin temeli olan muhtabakat mekanizması teşvik edildiğinden bu yöntemlerin blokzinciri katılımcıları tarafından benimsenme olasılığı yüksek görülmektedir.<sup>97</sup>

<sup>89</sup> Guillaume /Riva, s. 613.

<sup>90</sup> Schmitz/Rule, s. 117.

<sup>91</sup> Buchwald, Michael, “Smart Contract Dispute Resolution: The Inescapable Flaws of Blockchain-Based Arbitration”, *University of Pennsylvania Law Review*, 168, 2020, s. 1389, [https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9702&context=penn\\_law\\_review](https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9702&context=penn_law_review) (Erişim Tarihi: 06.09.2023); Dylag, Matthew / Smith, Harrison: “From Cryptocurrencies to Cryptocourts: Blockchain and The Financialization of Dispute Resolution Platforms”, *Information, Communication & Society*, 26:2, s. 372-387, s. 373. DOI: 10.1080/1369118X.2021.1942958 (Erişim Tarihi: 06.09.2023).

<sup>92</sup> Guillaume /Riva, s. 614.

<sup>93</sup> Dylag/Smith, s. 373.

<sup>94</sup> Rabınovich-Einy/ Katsch, s. 55 vd. Sistemin parasal anlamda getiri sağlanarak teşvik edilmesi sonucunda daha fazla sayıda doğru kararı veren jüri üyelerinin itibar kazanması da sağlanır. Bu sayede bu yönteme daha fazla talep olur ve hem ilgili uyuşmazlık çözümünde kullanılan tokenin değeri artar hem de bu yöntem diğerlerine göre daha fazla tercih edilir. Guillaume /Riva, s. 615.

<sup>95</sup> Howell, Bronwyn E./Potgieter, Petrus H., “Uncertainty and Dispute Resolution for Blockchain and Smart Contract Institutions”, *Journal of Institutional Economics*, 17(4), s. 555. doi:10.1017/S1744137421000138 (Erişim Tarihi: 06.09.2023).

<sup>96</sup> Dylag/Smith, s. 377.

<sup>97</sup> Guillaume /Riva, s. 615.

Ethereum blokzinciri üzerinde hâlihazırda kitle kaynaklı uyuşmazlık çözümünü aktif olarak gerçekleştiren Kleros, Aragon, JUR gibi platformlar<sup>98</sup> mevcuttur.

### 1. Kleros Örneği

Blokzinciri uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin ilki olarak gösterilen ve Ethereum üzerine kurulan Kleros platformuna ait aynı isimdeki Kleros sistemi, akıllı sözleşmeden doğan anlaşmazlıkların çözümünde kitle kaynaklı bir çevrimiçi tahkim mahkemesidir.<sup>99</sup> İddiasına göre her türlü sözleşmedeki<sup>100</sup> anlaşmazlığın tahkim yoluyla çözümü için merkezî olmayan bir üçüncü taraf olarak çalışan Ethereum özerk kuruluşu olan Kleros, tahkim sürecinin her adımını (delillerin sağlanması, jüri üyelerinin seçilmesi, kararın verilmesi vb.) tamamen otomatik hale getirmiştir. Kleros, ekonomik teşviklerle kitle kaynak kullanımını oyun teorisine dayandırmakta<sup>101</sup> ve blokzincirinden yararlanarak çalışmaktadır.<sup>102</sup>

Kleros platformunun çalışması için akıllı sözleşmede ayrı bir kod yer almalı ve bu kod uyuşmazlık çıktığında Kleros'un hakemlik yapaca-

<sup>98</sup> Buchwald, s. 1373. Schmitz/Rule, s. 118-121; Santosuosso, Amedeo, "About Smart Contract Dispute Resolution", Blockchain, Law and Governance, editörler Benedetto Cappiello, Gherardo Carullo, Springer, İsviçre 2021, s. 212.

<sup>99</sup> Lesaege, Clement/Ast, Federico/ George, William, "Kleros Short Paper v1.0.7", September 2019, s. 1.

<sup>100</sup> Bu noktada iki *off-chain* aktörün hukuki ilişkisinden doğan bir uyuşmazlığın da Kleros platformunda görülmesi mümkündür. Lesaege / Ast/ George, s. 1. Bununla birlikte, devletlerin bu platformda verilen kararları tenfiz edip etmeyeceği konusunda herhangi bir garanti verilmemektedir. Guillaume /Riva, s. 619.

<sup>101</sup> Kleros platformu, Thomas Schelling tarafından literatüre katılan "Schelling Point" teorisini benimsemektedir. Buna göre, taraflar birbirlerine güvenmese de hatta hiç iletişimle olmasalar dahi uyuşmazlıklarını "Focal Point" adı verilen fikir birliğine varılacak ortak bir noktayla çözebilmektedirler. Schelling, teorisini "yarın New York City'de bir yabancı ile buluşmanız gerekiyor. Onunla nerede ve ne zaman buluşursunuz?" basit sorusu üzerine kurmuştur. Bu soruya verilen en yaygın cevap "Öğlen Grand Terminal'deki bilgi standı" olmuştur. Bu durum da aslında tarafların herhangi bir yer ve zamanı seçme imkânı varken bunu yapmayarak birbirlerini hiç tanınmasalar dahi ortak bir nokta bulabilmeleri sonucunu doğurmaktadır. Lesaege/ Ast/George, s. 2-3. Bu sistemin kitle kaynaklı uyuşmazlık çözümlerinde uygulanmasıyla jüri üyelerinin kabiliyetlerinin diğer jüri üyelerinin çoğunluğunun vereceği kararı öngörmesiyle ölçülmesi gündeme gelmektedir. Guillaume /Riva, s. 615.

<sup>102</sup> Lesaege/ Ast/ George, s. 1.



ğını ve oluşan jüride<sup>103</sup> kaç kişi olacağını içermelidir.<sup>104</sup> Kleros platformu dünyanın dört bir yanına dağılmış olan blokzinciri katılımcılardan “*Pinakion*” adı verilen tokeni uyuşmazlığın çözümüne katılmak için yatıran jürilerden oluşan<sup>105</sup> bir yargılama gerçekleştirmektedir.<sup>106</sup> Anlaşmazlığı Kleros platformunda çözmek isteyen taraf öncelikle anlaşmazlığa ilişkin bir form doldurup, anlaşmazlığın türüne ilişkin birtakım işaretlemeler yapmaktadır.<sup>107</sup> Bu işaretlemeden sonra anlaşmazlığın her iki tarafı, iddialarını jüri üyelerine sunmakta ve jüri üyeleri, oylama kapanmadan önce oylarını değiştirmeme ve açıklayamama şartıyla, haklı bulunduğu taraf lehine oylarını kullanmaktadır. Jüri üyeleri verdikleri kararları gerekçelendirmek zorunda olup,<sup>108</sup> üyelerin oylama kapanmadan önce birbirleriyle iletişime geçmesi yasaktır. İletişime geçtikleri anlaşılan jüri üyeleri ise cezalandırılmaktadır. Oylama tamamlandıktan sonra oylamaya katılan jüri üyeleri oylarını açıklayarak davayı kazanan tarafı belirlemektedirler. Kazanan taraf lehine kararını veren jüri üyelerinin belirli miktarda token ödemesiyle ödüllendirilmesi hususuna ek olarak dava giderlerini ödemeye mahkûm olan tarafın ödemesinden de bir miktar kazanç sağladığı ifade edilmektedir.<sup>109</sup>

Sistemde Kleros’un tokenlerini kontrol edebilmesi ve gerektiğinde sistemin çatallanmasını<sup>110</sup> sağlayabilmesi eleştirilen bir husustur;<sup>111</sup>

<sup>103</sup> Kleros platformunda 12 Eylül 2023 tarihinde aktif olarak görev alan 755 jüri bulunmaktadır. <https://kleros.io/> (Erişim Tarihi: 09.09.2023).

<sup>104</sup> Allen/Lane/Poblet, s. 93.

<sup>105</sup> Jüri üyeleri Pinakion tokeni yatıran üyelerden rastgele seçilmekte, daha fazla token yatıran adayın seçilme ihtimali daha fazla olmaktadır. Howell/Potgieter, s. 555.

<sup>106</sup> Sistem tokeni olarak kullanılan Pinakion tokeni için bkz: Lesaege / Ast/ George, s. 4.

<sup>107</sup> Guillaume/ Riva, s. 594.

<sup>108</sup> Lesaege/ Ast/George, s. 6.

<sup>109</sup> Lesaege/ Ast/George, s. 3-7.

<sup>110</sup> Çatallanma yumuşak ve sert olarak ikiye ayrılan (soft fork- hard fork), zincirin iki ya da daha çok zincire bölünmesi anlamına gelen teknik bir terimdir. Yazılım değişikliği (yükseltme gibi) veya normal çalışma sırasında yeniden yapılanma nedeniyle geçici bir çatallanma yumuşak çatallanma olarak isimlendirilirken; sert çatallanma zincirin kalıcı olarak bölünmesiyle en az ikiye ayrılması anlamına gelir. Sert çatallanma sonucu zincirin bir kısmında işlem devam ederken diğer kısmı âtil hale gelmektedir. Morishita, Tetsou, “Technical Description of DLT for Conflicts Lawyers”, Blockchain and Private International Law, Editörler Andrea Bonomi, Matthias Lehmann, Shaheez Lalani, Brill Nijhoff 2023, s. 53.

<sup>111</sup> Kleros bu eleştiriye karşı tokenlerin %51’ini satın alarak jürinin tarafsızlığını sağladığını belirtmektedir. Rabinovic-Einy / Katsch, s. 61



zira bu durum sistemi dışarıdan müdahaleye açık hale getirmekte ve talebin artmasıyla birlikte Pinakion tokeninin de fiyatının artması muhtemel olacağından kitlesel olarak karara varılmasını da sekteye uğratmaktadır.<sup>112</sup> Ayrıca jüri olabilmek için davanın konusuyla ilgili hiçbir uzmanlığın aranmaması, hakemlerin yeterliliği konusunda bir takım soru işaretlerine yol açmaktadır.<sup>113</sup>

## 2. Aragon Court Örneği

Aragon Platformunun uyuşmazlık çözüm yöntemi olan Aragon Court örneği anlatılmadan önce bir merkeziyetsiz özerk kuruluş olan Aragon Platformu hakkında bilgi verilmesi uygun olacaktır.

Ethereum blokzinciri üzerinde tüm katılımcılarının merkezî olmayan özerk bir organizasyon<sup>114</sup> oluşturmasına ve yönetmesine imkân tanıyan Aragon platformu, kendi iç kurallarını koyarak üzerinde kurulan kuruluşları da Aragon'un yasal çerçevesine tâbi tutan çatı platformdur. Adeta bir Aragon Anayasası oluşturan bu platform, ağındaki girişimcilere önceden hazırlanmış düzenleme, tüzük ve sözleşme örnekleri de sunmaktadır.<sup>115</sup> Platformda merkeziyetsiz özerk kuruluş kurmaya dair getirilen yükümlülüklerin çoğu akıllı sözleşme olarak şifrelense de akıllı sözleşmelerle düzenlenemeyecek olan hususlar ve bu hususlara ek olarak katılımcılar arasındaki olası anlaşmazlıkları çözecek bir mekanizmaya ihtiyaç duyulduğundan<sup>116</sup> Platform, *Aragon Court* uygulamasını geliştirmiştir.<sup>117</sup> Aragon Court uygulamasıyla devletlerin egemenlik alanlarında yargı yetkisine sahip olması gibi kendi "egemenlik alanında" dijital bir yetki alanı yaratmayı amaçlamaktadır.<sup>118</sup> Aragon Court uygulaması ilk dijital

<sup>112</sup> Schmitz/Rule, s. 119.

<sup>113</sup> Schmitz/Rule, s. 119.

<sup>114</sup> "Merkeziyetsiz özerk kuruluşlar" olarak çevrilen "decentralise autonomous organizations" blokzinciri ortamında ekonomik ve sosyal faaliyetleri organize etmek için kullanılan yeni varlık biçimleridir. Guillaume/Riva, s. 505.

<sup>115</sup> Lisicka, Aleksandra, First Jurisdiction on The Blockchain, newtech.law, <https://newtech.law/en/first-jurisdiction-the-blockchain/> (Erişim Tarihi: 07.09.2023).

<sup>116</sup> Aragon White Paper, GITHUB, <https://github.com/jiangbubai/aragon-whitepaper> (Erişim Tarihi: 07.09.2023).

<sup>117</sup> Lisicka, First Jurisdiction on The Blockchain.

<sup>118</sup> Garner, Bennett, "What is Aragon (ANT)?", COIN CENT., 5 Kasım 2018 <https://coincentral.com/aragon-ant-beginners-guide/> (Erişim Tarihi: 07.09.2023).

mahkeme ve uyuşmazlıkları çözmeyi hedefleyen ilk merkeziyetsiz özerk kuruluştur.<sup>119</sup>

Tıpkı Kleros'da olduğu gibi Aragon platformunda da jüri yapmak isteyen katılımcılar, Aragon'a ait olan ANJ olarak isimlendirilen Aragon Court tokenini satın almaktadırlar.<sup>120</sup> Kleros platformuna benzer bir şekilde uyuşmazlığın tarafı, yaptığı uyuşmazlık özetiyle Aragon platformuna ANJ tokenini de yatırarak davasını platformun önüne getirmekte, platform tarafından beş bağımsız jüri, uyuşmazlığı görmek üzere atanmaktadır.<sup>121</sup> Uyuşmazlığın çözümü aşamasında jüri üyeleri yaptıkları ilk incelemede talepleri doğrudan reddetme hakkına sahip olup, sözleşmenin tadil edilmesine, dava teminatının taraflar arasında bölüştürülmesine ya da iddianın ayrıntılı olarak incelenmesine (davanın esasına girilmesi gibi) karar verebilir.<sup>122</sup> Davacı davayı kaybettiğinde, başvuru için yatırdığı ANC tokenleri kendisine iade edilmez<sup>123</sup> ve benzer şekilde kazanan taraf lehine oy kullanan olan jüri üyesi ödüllendirilirken, kaybeden tarafa oy veren jüri üyesi, ANT ile yatırdığı teminatlarını geri alamaz.<sup>124</sup>

Jürilerin karar açıklanana kadar kendi oylarını gizli tutması ve oylama aşamasında birbirleriyle anlaşma yapmaması gerekmektedir.<sup>125</sup> İlk derece olarak isimlendirilen bu sürecin sonunda taraflardan biri verilen kararı kabul etmezse, davanın "tahmin piyasası kurallarına" göre işleyen üst derece yargılama jürisine gönderilmesini talep edebilir. Eğer taraflar ikinci derece uyuşmazlık çözüm mekanizmasına başvurmazsa ilk derece kararı kesinleşir ya da yalnızca taraflardan biri ikinci derece incelemesi için gerekli tokeni yatırırca diğer taraf buna iştirak etmezse dava, tokeni yatıran taraf lehine sonuçlanmaktadır.<sup>126</sup> Tarafın ayrıca bu başvurusu için daha fazla ANT tokeni yatırması gerek-

<sup>119</sup> The Aragon Manifesto, Blog.Aragon, 5 Ağustos 2020, <https://blog.aragon.org/the-aragon-manifesto-4a21212eac03/> (Erişim Tarihi: 07.09.2023); Launching Aragon Court, Blog.Aragon, 5 Ağustos 2020, <https://blog.aragon.org/launching-aragon-court/> (Erişim Tarihi: 07.09.2023).

<sup>120</sup> Launching Aragon Court.

<sup>121</sup> Schimitz/Rule, s. 120; Lisicka, First Jurisdiction on The Blockchain

<sup>122</sup> Rabinovic-Einy / Katsch, s. 65.

<sup>123</sup> Lisicka, First Jurisdiction on The Blockchain.

<sup>124</sup> Kaal/Calcaterra, s. 49-50; Schmitz/Rule, s. 120.

<sup>125</sup> Lisicka, First Jurisdiction on The Blockchain.

<sup>126</sup> Kaya, s. 503.

tedir. Sistemdeki tüm hakemler ikinci derece yargılamalarında görev alabilmektedir. Süreç, ilk derece sürecinden farksız olup, ikinci derece jürisinin kararı ilk derece jürisinden farklıysa, ikinci derece jürisinin kararına karşı oy kullanan jüriler yüksek tutarda cezalandırılmaktadır.<sup>127</sup> Verilen karardan memnun olmayan taraf son olarak davasını temyiz sürecine götürebilmektedir. Bu aşamada dokuz jüri üyesinden oluşan bir yüksek jüri kurulmakta ve bu jüriler sistemde en fazla ANT tokenine sahip olanlardan seçilmektedir; bu nedenle, seçilen üyelerin sistemdeki en başarılı jüri üyeleri olduğu ifade edilmektedir.<sup>128</sup> Temyize başvuran taraf oldukça yüksek miktarda ANT tokenini yatırmak zorundadır. Burada işletilen karar verme süreci de önceki iki aşamayla aynıdır. Fakat verilen karar, tüm jürileri de etkilemektedir.<sup>129</sup>

Uyuşmazlık çözüm mekanizması ancak sonucun icrasının mahkemenin teknik erişimi dahilinde olması durumunda etkili olabilir; bu da Aragon üzerinde kurulan merkeziyetsiz özerk kuruluşların kodlarının, verilen kararın icrasına olanak vermesi halinde mümkündür. Bu durum, ilgili merkeziyetsiz özerk kuruluş ile Aragon Court arasında teknolojik bir bağlantı olduğunu göstermektedir.<sup>130</sup>

Aragon Court'un yalnızca kendi kurallarını koymas ve bu kuralardan doğan uyuşmazlıklara çözüm getirmesi, özellikle merkeziyetsiz özerk kuruluşların bir devlet hukukundan kaynaklı yaşayabileceği sorunlarda sistemin cevapsız kalması nedeniyle eleştirilmektedir.

### 3. JUR.IO Örneği

Katılımcılarına 24 saat içinde uyuşmazlıkları çözmeyi vadeden<sup>131</sup> kitle-kaynaklı uyuşmazlık çözümünü benimseyen platformlardan biri olan *JUR.IO* platformunun çalışma prensibi, Kleros ve Aragon'dan farksızdır. Bu platform üç hususta benzerlerinden ayrılmaktadır bunlardan ilki, JUR.IO'nun kullanıcılarına uygulanması için sektör özelinde kurallar getirebilmesiyken;<sup>132</sup> diğerleri JUR.IO jürisinde görev alan

<sup>127</sup> Yargılama aşamaları için bkz. Aragon White Paper.

<sup>128</sup> Kaal/ Calcaterra, s. 145.

<sup>129</sup> Aragon White Paper.

<sup>130</sup> Guillaume, s. 49.

<sup>131</sup> About Jur, JUR.IO. <https://jur.io/about-us/> (Erişim Tarihi: 07.09.2023)

<sup>132</sup> Schmitz/Rule, s. 121.

jüri üyelerinin *JUR* özelinde tokenlerinin olması şartının aranmaması ve tarafların jüri üyelerini seçebilmeleridir.

### C. Yapay Zekâ Destekli Çözümler

Uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde yapay zekânın kullanımıyla kullanılan algoritmaların, tahmine dayalı analiz yaparak ortaya koydukları çözümleri blokzincirine entegre edilebilmesiyle adil ve etkili bir yöntem oluşabileceği düşünülmektedir.<sup>133</sup>Bir görüşe göre, yapay zekânın hâkimlere/hakemlere *bot*<sup>134</sup> çözümler sunması ve bu çözümlerin karar vericiler tarafından kabul edilmesi, davalarda kararın botların tarafından verilmesine yol açmaktayken,<sup>135</sup> çözümleri botlar ortaya koysa da kararların, karar vericilerin çözümü kabul etmesine bağlı olduğu hususu da unutulmamalıdır. Öyle ki, blokzincirine dayalı akıllı sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda günümüzde yapay zekâ tarafından hazırlanan çözümler, insan katkısı olmadan karar verecek ve bu kararı uygulayacak seviyede değildir.

Yapay zekânın halihazırda karar verici konumunda olmaması, uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde ondan yararlanmayı engellememektedir. Yapay zekâ araştırmalarına ait karar destek sistemleri<sup>136</sup> (*decision*

<sup>133</sup> Schmitz/Rule, s. 121.

<sup>134</sup> Robot kelimesinin kısaltması olarak kullanılan “bot” kavramı, bilgisayar dilinde tekrarlayan, otomatik çalışan ve önceden tanımlanmış görevleri yerine getiren bir yazılım programı olarak açıklanmaktadır. İnsan kullanıcıların davranışlarını taklit ederek onların yerini almak amaçlanmaktadır. Kaspersky, <https://www.kaspersky.com.tr/resource-center/definitions/what-are-bots#:~:text=Robotun%20k%C4%B1saltmas%C4%B1%20olan%20%E2%80%9Cbot%E2%80%9D%2C,kullan%C4%B1c%C4%B1lardan%20%C3%A7ok%20daha%20h%C4%B1zl%C4%B1%20%C3%A7al%C4%B1C5%9F%C4%B1rlar.> (Erişim Tarihi: 11.11.2023)

<sup>135</sup> Schmitz/Rule, s. 121.

<sup>136</sup> Karar destek sistemi (Decision Support System -DSS), bir kuruluş veya işletmedeki kararları, kararları ve eylemlerini desteklemek için kullanılan bilgisayar programıdır. Büyük miktarlardaki verileri elekten geçirir ve analiz eder, sorunları çözmek ve karar vermede kullanılacak kapsamlı bilgileri derler. Investopedia, “What Is a Decision Support System (DSS)?”, <https://www.investopedia.com/terms/d/decision-support-system.asp> (Erişim Tarihi: 11.09.2023). Bu sistem hukuki alanda karmaşık davalarda karar almak için analiz edilmesi gereken büyük miktarda bilgi/veriyi analiz etmede kullanılmaktadır. Carneiro, Davide/ Novais, Paulo/ Andrade, Francisco/ Zeleznikow, John/ Neves, José, “Online Dispute Resolution: an Artificial Intelligence Perspective”, Springer, *Artif Intell Rev.* (2014) 41, s. 211-240, s. 217, <http://dx.doi.org/10.1007/s10462-011-9305-z> (Erişim Tarihi: 11.11.2023)

*support systems*), uzman sistemleri<sup>137</sup> (*expert systems*), bilgiye dayalı sistemler<sup>138</sup> (*knowledge-based systems*), akıllı arayüzler<sup>139</sup> (*intelligent interfaces*), vakaya dayalı muhakeme<sup>140</sup> (*case-based reasoning*), çok-etmenli sistemler<sup>141</sup> (*multi-agent systems*), hukukî ontoloji<sup>142</sup> (*legal ontologies*), kural tabanlı sistemler<sup>143</sup> (*rule-based systems*) blokzinciri uyuşmazlık

<sup>137</sup> Uzman sistemleri, belirli alanlardaki uzmanların düzeyinde (ve hatta bazen onlardan daha yüksek bir standartta) işleyebilecek şekilde yapılandırılmış bilgisayar programları olarak tanımlanmaktadır. E Ennals, Richard, "Expert systems in law-A jurisprudential inquiry", *The Knowledge Engineering Review*, editörler Peter Mcburney, Simon Arsons, Patrick Mannion, 4(2), Oxford University Press 1987, s. 178-179, s. doi:10.1017/S026988890000498 (Erişim Tarihi: 11.11.2023).

<sup>138</sup> Bilgiyi resmi olarak modelleyebilen sistemlerin geliştirilmesine dayanır. Brachman, Ronald J./Levesque, Hector J., Knowledge Representation and Reasoning, Elsevier, 2004, s. 6 vd. Hukuki bilginin karmaşıklığı bu sistemlerin hukuk alanında kullanılabilir olmasını sağlamaktadır. Carneiro/Novais/Andrade/Zeleznikow/Neves, s. 218.

<sup>139</sup> Akıllı arayüzler, içtihat ve kanun değişikliklerinin sayısının ve sıklığının artması nedeniyle verilere erişim yöntemlerinin kişiselleştirilmesini mümkün kılan ve ele alınan hukuki alanla ilgili spesifik verilerin yanı sıra hukuki bilginin, kurallarının ve süreçlerinin temsiline yönelik modeller oluşturmaktadır. Carneiro/Novais/Andrade/Zeleznikow/Neves, s. 219-220.

<sup>140</sup> Vakaya dayalı muhakeme, yeni sorunları anlamak ve çözmek için deneyimleri kullanmak anlamına gelir. Vakaya dayalı akıl yürütmede, akıl yürüten kişi mevcut duruma benzer bir önceki durumu hatırlar ve bunu yeni sorunu çözmek için kullanır. Kolodner, Janet L., "An Introduction to Case-Based Reasoning", *Artificial Intelligence Review*, Volume 6, 1992, s. 3-34.

<sup>141</sup> Çok-etmenli sistemler, sistemdeki her aracı arasında paylaşılan bilgilere dayanarak bazı ortak hedeflere (anlaşmazlıktaki taraflar için bir çözüm önermek gibi) ulaşmak amacıyla akıllı kararlar veren bir varlıklar (yazılım veya donanım) grubudur. Carneiro/Novais/Andrade/Zeleznikow/Neves, s. 222.

<sup>142</sup> Felsefede ontoloji, varoluşun doğası incelemektedir; belirli bir varlığın tanımı, varlığı ve bu varlığın diğerleriyle nasıl ilişki kurduğu sorularıyla ilgilenir. Bilgisayar biliminde ontoloji, bilgiyi bir alandaki kavramlar ve bu kavramlar arasındaki ilişkiler açısından temsil etmenin bir yoludur. Carneiro/Novais/Andrade/Zeleznikow/Neves, s. 223-224. Hukuk ontolojisi ise bilgisayar bilimindekiyle bağlantılı olarak hukuki kavramların ve bunların birbirleriyle olan bağlantılarının yapılandırılmış bir temsilini sağlamayı amaçlamaktadır. Bu ontolojiler daha sonra hukukî alanda bilgi çıkarma ve soru yanıtlamayı desteklemek için kullanılır. Leone, Valentina/ DiCaro, Luigi/ Villata, Serena, "Legal Ontologies and How to Choose Them: the Investigation Tool", International Semantic Web Conference, Ocak 2018.

<sup>143</sup> Akıllı sözleşmelerde de karşımıza çıkan "if/then" kalıbıdır. Kuralların bir sol ve bir sağ tarafı vardır. Sol tarafta kuralın uygulanabilmesi için gereken koşullara ilişkin bilgiler yer almaktadır. Sağ taraf ise kural tetiklendiğinde yapılması gereken eylemleri içerir. Fazla sayıda kural koyma ihtiyacı nedeniyle sistem eleştiril-

çözüm yöntemlerine entegre edilebilecek ve uyumsuzluğun çözümüne yardımcı olabilecektir.<sup>144</sup>

Bir yapay zekâ programı hem programcının hem de tarafın sağladığı bilgilerle sınırlı çalışmaktadır.<sup>145</sup> Yapay zekânın, karar verme sürecini hızlandırması mümkün olsa da temel besini veri olduğu için önyargılı ya da yanlış bir verinin, çıkan sonucu da olumsuz etkilemesi mümkündür ("*Garbage in, garbage out*").<sup>146</sup> Aynı zamanda yapay zekânın insandan en büyük farkı, duygusal zekâsının mevcut olmasıdır. İnsan, sözsüz ipuçları ve nüansları okuyabilir ve yorumlayabilir; bu durum da insana tarafların bakış açılarını anlama ve güven oluşturma, empati ve teknoloji tarafından kopyalanamayan duygulara yanıt verme yeteneği kazandırmaktadır. Benzer bir şekilde insan, teknolojiyle mümkün olmayan bir düzeyde esneklik ve uyum yeteneğine sahiptir. Böylelikle, bir insanın uyumsuzluk için getirdiği çözümler, mutlak ve görünür olan çözümleri aşabilmektedir.<sup>147</sup> Yapay zekânın bir uyumsuzlukta bu şekilde bir muhakeme yapabilmesi günümüz koşullarında mümkün değildir.

Yapay zekâ tabanlı arabulucular/hakemler daha verimli çalışabilir ve uyumsuzluğun çözümü taraflar açısından daha uygun maliyetli olabilir; ancak günün sonunda, yaklaşımlarını her vakanın özel ihtiyaçlarına göre uyarlama ve sürece duygusal zekâyı katma becerisine sahip olmaması, yapay zekânın tek başına bir uyumsuzluk çözüm sistemi olarak görülmesinden ziyade çevrimiçi uyumsuzluk çözüm sistemlerinde yardımcı olarak kullanılmasının daha etkili olacağını düşündürmektedir.

---

mektedir. Carneiro/ Novais/ Andrade/ Zeleznikow/ Neves, s. 224.

<sup>144</sup> Yapay zekânın arabuluculuk sürecine yardımcı olmak için "Sanal arabulucular" veya "dijital arabulucular" olarak kullanımı da mümkündür. Yapay zekâ tabanlı arabulucular ile uyumsuzluğa çözüm bulacak olan tarafların gelişmiş algoritmalar ve makine öğrenimi teknikleriyle çözüme yönlendirilmeleri mümkündür. Miles Mediation & Arbitration, "Artificial Intelligence (AI) and Mediation: Technology-Based Versus Human-Facilitated Dispute Resolution", JDSUPRA, <https://www.jdsupra.com/legalnews/artificial-intelligence-ai-and-1573917/> (Erişim Tarihi: 11.11.2023).

<sup>145</sup> Miles Mediation & Arbitration.

<sup>146</sup> Tabir için bkz. Schmitz/Rule, s. 121.

<sup>147</sup> Miles Mediation & Arbitration.

### III. BLOKZİNCİRİ UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİNİN DEZAVANTAJLARI

Blokzinciri uyuşmazlık çözüm yöntemleri blokzincirine entegre bir uyuşmazlık çözüm imkânı oluştursa da sistemin birtakım sorunlara yol açabileceği öngörülmektedir.

İlk olarak blokzinciri uyuşmazlık çözüm yolları konu bakımından yalnızca blokzincirinde var olan soyut varlıklar üzerinde yetkiye sahiptir. Verilen kararda blokzincirinin dışında herhangi bir edimin ifasına hükmedilmesinin gerekmesi halinde devletin yargı yetkisine müdahale edilemeyeceğinden blokzinciri uyuşmazlık çözüm yöntemleri etkisiz kalacaktır. Çünkü sistemlerde yetki, yalnızca blokzincirinde ve blokzinciri varlıklarıyla sınırlıdır.<sup>148</sup>

Blokzincirine dayalı akıllı sözleşme taraflarının blokzinciri, akıllı sözleşmeler ve blokzinciri uyuşmazlık çözüm platformları hakkında çoğu zaman yeteri teknik bilgisinin bulunmaması hususu birtakım sorunları beraberinde getirmektedir. Bu platformlarda işlem yapabilmek için sadece çeşitli merkeziyetsiz uygulamaları indirmek ve uygulamalarla ilgili bilgiye sahip olmak yeterli olmayıp,<sup>149</sup> kodlama dilini anlamak ve bu dili gerektiğinde kullanabilmek gerektirmektedir. Bu konudaki bilgi eksikliğinin tarafların iradelerinin sözleşmelere yansıtılmamasından, uyuşmazlık aşamasında nasıl başvuru yapılacağına bilinmemesine kadar birçok noktada hatalara yol açabileceği düşünülmektedir. Bununla birlikte, tarafların bu konulardaki bilgi eksikliğinin hukuki yönlendirmelerle giderilebileceği düşünülmekte olup,<sup>150</sup> platformlara kaydolarak tarafların bilgi eksikliğinden kaynaklanan riskleri göze aldıklarını söylemek yanlış olmayacaktır.

Blokzinciri uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvururken taraflar, çoğu zaman başvurdukları platforma özgü tokenleri satın almak zorundadır. Başvuru harcını anımsatan bu durum, sisteme özel tokenlerin oldukça yüksek fiyata erişebilmesi nedeniyle yöntemlere erişimi sınırlandırmaktadır. Genellikle sisteme özel tokenler, piyasadaki baskın kripto

<sup>148</sup> Guillaume / Riva, s. 609.

<sup>149</sup> Evans, Tonya M.: "The Role of International Rules in Blockchain-Based Cross-Border Commercial Disputes", *Wayne Law Review*, 65(1), 2019, s. 13-14; Kaya, s. 504.

<sup>150</sup> Kaya, s. 505.



varlık bitcoin olduğu için<sup>151</sup> bitcoindeki fiyat istikrarsızlıklarından etkilenmektedir. Bu durum da blokzincirindeki akıllı sözleşmelerine bu yöntemleri kodlayan tarafların, olası bir uyuşmazlık halinde başvuru maliyetini öngörememelerine ve uyuşmazlık çıktığında maliyetin yüksek olması nedeniyle bu yöntemlere başvurulamamasına yol açabilecektir.

Taraflar açısından yüksek teknolojik engeller ve fiyat dalgalanmaları nedeniyle ortaya çıkan sorunların jüri teşekkülüne de olumsuz etkileri vardır.<sup>152</sup> Özellikle kitle kaynaklı uyuşmazlık çözüm yönteminde jüri üyesi olabilmek belirli miktarda sisteme özel tokenin satın alınıp, teminat olarak yatırılması gerekmektedir. Bu halde, tokenlerin maliyetli olması nedeniyle uyuşmazlığın konusunda uzman olan bir katılımcının jüri üyesi olamaması gündeme gelebilecektir. Ayrıca token alan katılımcılardan oluşturulan jüri havuzlarından davayı görecek olan jüri üyeleri çoğunlukla rastgele seçilmekte olup, rastgele seçilen jürinin uyuşmazlık konusundaki yetkinliği dikkate alınmamaktadır. Bu noktada da gerekli yetkinliğe sahip olmayan katılımcıların jüri üyesi olması ihtimal dahilinde olacaktır.

Sistemin eleştirilebileceği en önemli nokta, jüri üyelerinin temel kaygılarının diğer jüri üyeleriyle aynı yönde karar vererek en azından jüri olmak için yatırdığı teminatı kaybetmemek olmasıdır. Bu noktada yapılan “yargılamanın”, bir yargılamadan ziyade gelir getirici bir işleme dönüşebileceği ve âdil bir çözümün ortaya çıkmasına dair kaygıdan uzaklaşılacağı düşünülmektedir. Özetle, uyuşmazlık çözümünün kitlelere ödül-ceza sistemi odaklı yaptırılması, işletilen süreci yargılamadan uzaklaştırmakta olup, adalet ve hukuka uygunluğun tesisinin sistem özelinde geri planda kalabileceği düşünülmektedir.<sup>153</sup> Bu nedenle, katılımcıların jüri yapmasındaki temel motivasyonunun süreç sonunda yatırdıkları tokenden daha fazlasını kazanmak olabileceği,<sup>154</sup> bu durumun tarafsızlığı da olumsuz etkileyebileceği söylenebilecektir. Sisteme uyuşmazlık çözümü açısından olumlu yak-

<sup>151</sup> Evans, s. 15.

<sup>152</sup> Evans, s. 10-11, 15; Taggart, Michael: “Itty Bitty Kitties are Killing Ethereum”, Medium, 7 Aralık 2017, <https://medium.com/@michaelx777/little-bitty-kitties-are-killing-ethereum-a1253b18b501> (Erişim Tarihi: 13.09.2023).

<sup>153</sup> Lisicka, First Jurisdiction on The Blockchain.

<sup>154</sup> Token yatırarak jüri üyesi olan katılımcıların, başvuruları incelemeksizin reddederek teminatı aralarında bölüşmelerini engelleyecek herhangi bir kural, özellikle kitle kaynaklı uyuşmazlık çözümlerinde karşımıza çıkmamıştır.

laşanların dahi tarafsızlık konusunda birtakım çekincelere sahip oldukları görülmektedir.<sup>155</sup>

Blokzinciri uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin temelde yazılıma dayanması ve kodlama faaliyetinin bir insan ürünü olması, işlemin karmaşıktıkça hata oranının artmasına yol açmaktadır. Uyuşmazlık çözümü içini getirilen bu sistemlerde yazılım ve kod hataları ya da *hacker* saldırılarının nasıl önleneceği yanıtız kalmakta olup, yöntemler bu noktada da eleştiriye açık hale gelmektedir<sup>156</sup>

Blokzinciri uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde, çevrimiçi tahkim haricinde, yapılan faaliyetin yargılama olarak adlandırılmayacağı düşünülmektedir. Tarafların uyuşmazlıklarını sistem üzerinde çözüme bağlanması maksadıyla doldurduğu başvuru formları ve arayüzler üzerinden delil<sup>157</sup> değerlendirmesi yapılması ve kararın verilmesi yargılama faaliyetini karşılayacak düzeyde değildir. Buna ek olarak, sürecin ve süreç sonunda verilen kararların kamu kudretinden yoksun olması da eleştiriye açık bir noktadır. Örneğin, Aragon platformunun temyiz sürecine yönelik yapılan incelemenin, taraflardan başvuru için gerekli token miktarını yatıran lehine sonuçlanması, bu faaliyetin yargılama olarak kabul edilememesine yol açacaktır.

Blokzinciri uyuşmazlık çözüm hizmeti sağlayan platformlar, start-up şirketleri olarak kurulmaktadır ve her şirket gibi kazanç odaklı çalışmaktadır. Platformların ve bu platform üzerinde kurulan start-up şirketlerinin, kazanç odaklı çalışması eleştiriye kapalı bir alanken; bu platformların ve şirketlerin istikrar ve sürekliliği tartışmaya açıktır.

Sistem özelinde yapılan faaliyetin bir yargılama olarak kabulünün henüz mümkün olmaması milletlerarası özel hukukta etki doğuran bir meseledir.

---

<sup>155</sup> Schimitz/Rule, s. 120.

<sup>156</sup> Kaya, s. 505-506.

<sup>157</sup> Blokzinciri sisteminin, bu sistemde kayıtlı verilerin ispat hukuku açısından değerlendirilmesi ve vasıflandırılması ayrı bir incelemenin konusudur. Ayrıntılı inceleme için bkz. Kocaçınar, Aslı, "İspat Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:20, Sayı:2, Temmuz 2021, s. 471-488; Bilgili, Fatih/Cengil, Fatih, "Medeni Usul Hukukunda İspat Aracı Olarak Blockchain Teknolojisi", *Ticaretkanunu.Net*, 17 Ağustos 2019, <http://www.ticaretkanunu.net/medeni-usul-hukukunda-ispata-araci-olarak-blokchain-teknolojisi-fatih-bilgili-fatih-cengil/> (Erişim Tarihi: 13.09.2023).

Faaliyetin yargılama olarak nitelendirilememesi, özellikle kitle-kaynaklı uyuşmazlık çözümü faaliyetinde görülen uyuşmazlığa bir hukuk kuralının uygulanmaması sonucunu doğuracak olup, yabancı unsurlu bir uyuşmazlığa uygulanacak yetkili hukukun da tespit edilmesine<sup>158</sup> yol açacaktır.

Blokszinciri uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde faaliyet esnasında takip edilen bir kurallar bütünü de olmadığı dikkat çekmektedir. Konu çevrimiçi tahkim özelinde değerlendirildiğinde tahkim yerinin belirlenmemiş olması halinde, tahkim usulünün taraflar açsısından<sup>159</sup> öngörülebilir olması da mümkün olmayacak olup, verilen kararın da hukuken bir hakem kararı olarak değerlendirilemeyeceği düşünülmektedir.<sup>160</sup>

Blokszinciri uyuşmazlık çözüm yöntemleri kullanılarak verilen kararın icrasının özellikle tarafların iradesiyle yerine getirilmemesi halinde dijital ortamı aşması gerekebilecektir. Örneğin taraflardan birinin malvarlığına yönelik icra takibinin yapılması gerektiğinde blokszinciri uyuşmazlık çözüm yoluyla verilen kararın devlet mahkemelerinde tenfizinin mümkün olup olmadığına şüpheyile yaklaşılabilecektir.<sup>161</sup>

<sup>158</sup> Çevrimiçi tahkim bakımından da kabul edilebileceği üzere tahkim yargılamasında uygulanacak hukukun öncelikle irade muhtariyeti ilkesi bakımından taraflarca seçilebileceği; tarafların seçim yapmaması halinde ad-hoc tahkimde tahkim yerinin milletlerarası özel hukuk kurallarının uygulanacak hukukun tespitinde kullanılacağına dair bkz. Nomer, s. 566.

<sup>159</sup> Usule tatbik edilecek kanunun da bir milletlerarası özel hukuk meselesi olduğu, taraflarca seçilmemesi halinde “tahkim usulünün cereyan ettiği yer hukukunun” tatbikinin gerektiğine dair bkz. Nomer, s. 564-565.

<sup>160</sup> Bu noktada verilen kararın bir hakem kararı olup olmadığına dair değerlendirme ilgili kararın verildiği ülke hukukuna göre yapılmaktadır. Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 449.

<sup>161</sup> Ömeroğlu, Ekin, Milletlerarası Özel Hukukta Akıllı Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk ile Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Tespiti, Ankara 2023, s. 151; Kayalı, s. 279.

Verilen kararın yabancı hakem kararı olarak görülmesi halinde hukukumuz açısından tanıma ve tenfize ilişkin MÖHUK’un m.60-63 hükümleri değerlendirilerek ayrıntılı inceleme yapılması gerekmekte olup, temel olarak verilen kararın “kesinleşmiş”, “icra kabiliyeti kazanmış”, “taraflar için bağlayıcı” olan bir karar olması gerekmektedir. Nomer, s. 571. Bu noktada verilen kararların bu şartları sağladığı düşünülmektedir.

Son olarak, blokzinciri uyuşmazlık çözüm yöntemleri kullanılarak verilen kararlara karşı Türk mahkemelerinde iptal davası açılmayacağı belirtilmelidir. Zira ilgili kararın, Milletlerarası Tahkim Kanunu uyarınca işletilen bir tahkim yargılaması sonucu verilmiş olması gerekmektedir.<sup>162</sup>

#### IV. BLOKZİNCİRİNE DAYALI AKILLI SÖZLEŞMELERDE BLOKZİNCİRİ UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMLERİNİN UYGULANACAK HUKUK KURALLARINA ETKİSİ VE LEX CRYPTOGRAPHIA İLİŞKİSİ

##### A. Özel Adalet Sisteminin Temeli Olarak Merkezizetsiz Özerk Kuruluşlar ve Blokzinciri Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri

Blokzinciri ortamında ortaya çıkan yeni varlık biçimleri olan merkezizetsiz özerk kuruluşlar, blokzinciri ağının tüm düğümlerine dağıtılacağı yeni bir dijital şirket biçimi kurma fikrine dayanmaktadır.<sup>163</sup> Dijital şirketin hisselerinin kripto varlıklardan oluşması ve bu varlıkların piyasada işlem görmesi nedeniyle dolaylı olarak şirket varlıklarının piyasada işlem görmesi sağlanır.<sup>164</sup> Doktrinde yapılan tanıma göre MÖKler, katılımcıların şeffaf bir temelde ve yazılım kodu tarafından tanımlanan kurallara uygun olarak etkileşime girmesine ve kaynakları yönetmesine olanak tanıyan, dağıtılmış bir sistem üzerinde çalışan özerk ve kendi kendini icra eden bir yazılımla oluşturulan varlıktır.<sup>165</sup>

Akıllı sözleşmelere dayanan bu oluşumlar temelde uzun vadeli akıllı sözleşmelerdir; olağan akıllı sözleşmeler belirlenen koşulların oluşmasıyla kripto varlıkların transferini tetikleyen basit kodlar olsa da MÖKler, kuruluşun yönetimini tanımlayan ve kripto varlıklarını yönetme prosedürünü belirleyen bir tür iç organizasyona sahiptir.<sup>166</sup>

<sup>162</sup> Ömeroğlu, s. 151.

<sup>163</sup> Guillaume/ Riva, s. 551. Özellikle akıllı tahkim sonucu verilen kararların tenfizinin istenip istenemeyeceği açısından henüz net bir yanıt verilemeyeceğine ilişkin bkz. Ömeroğlu, s. 152.

<sup>164</sup> Riva, Sven, "Decentralized Autonomous Organizations (DAO s) in the Swiss Legal Order", *Yearbook of Private International Law*, Vol. XXI- 2019/2020, s. 607-610, <https://doi.org/10.9785/9783504386962> (Erişim Tarihi: 18.01.2024).

<sup>165</sup> De Filippi/Wright, s. 38-39.

<sup>166</sup> Guillaume/Riva, s. 551. Bununla birlikte, akıllı sözleşmelerin takma isim kullanma, merkezizetsiz olma gibi temel özelliklerini MÖKler de taşımaktadır.

Herhangi bir ekonomik veya sosyal faaliyete ilişkin karar alınması gerektiğinde MÖK'e bir teklif sunulur ve bu teklif topluluk tarafından kabul veya reddedilir. Bu sistemle, bir yandan katılımcıların faydalı davranışları kripto varlıklarla ödüllendirilirken, bir yandan da sistemdeki güvenilir katılımcıların bir araya gelip zarar veren eylemlere yönelik karar almaları riski üstlenilir.<sup>167</sup> Kurulan dijital şirket benzeri varlıklarla işlem maliyetleri azalmakta, iç kontroller gelişmekte ve kuruluşun şeffaflığı artırılmaktadır.<sup>168</sup>

İlk MÖK girişiminin hacker saldırısı sonucu çatalanmayla ve *Ethereum* blokzincirinin bir üst sürümü oluşmuş, sonrasında devlet mahkemelerinin MÖK üzerinde yetkisi tespit edilemediğinden sistemin güvenli hale getirilmesinin bir parçası olarak sistem özelinde anlaşmazlık çözüm yollarının kurulması gerektiği fikri oluşmuştur.<sup>169</sup> Yukarıda ifade edilen blokzinciri teknolojisine entegre edilen blokzinciri uyumsuzluk çözüm yöntemlerinden bazıları da, örneğin *Aragon Court* ve *Kleros*, MÖK üzerine kuruludur.

MÖKler için önem arz eden bir nokta, kuruluşta yasal bir çerçeveden yararlanıp yararlanmadıklarıdır. Herhangi bir yasadan yararlanmayan MÖKlerde hukukî kişilikten bahsedilemeyeceğinden sınırlı sorumluluk gibi yasal güvencelerden de yararlanılamayacaktır. Bu nedenle gerek katılımcılarla gerekse de üçüncü kişilerle MÖKlerin kurdukları hukuki ilişkiler belirsiz olacaktır.<sup>170</sup> Bu noktada vasıflandırma belirsiz olduğundan<sup>171</sup> ve henüz MÖKlere dair bir bağama kurulu veya yetki kurulu öngörülmediğinden<sup>172</sup> bu uyumsuzlukların

<sup>167</sup> Guillaume/Riva, s. 554.

<sup>168</sup> The LAO, "The LAO: A For-Profit, Limited Liability Autonomous Organization", Medium, 3 Eylül 2019, <https://medium.com/openlawofficial/the-lao-a-for-profit-limited-liability-autonomous-organization-9eae89c9669c> (Erişim Tarihi: 18.01.2024).

<sup>169</sup> İlk MÖK'ün kuruluşu ve hacklenmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Guillaume/Riva, s.554-555.

<sup>170</sup> Guillaume/ Riva, s. 556.

<sup>171</sup> Bu noktada MÖKlerin kuruluş amacının üçüncü kişilerle ekonomik ve sosyal faaliyetlerde bulunması olduğundan yola çıkılarak bu yapıların şirket statüsünde olup olmayacağı, bu statüde olup olmadıklarının tespitinde hangi hukukun uygulanması gerektiği gibi çok temel sorunlar bulunmaktadır. Guillaume/Riva, s. 557-558.

<sup>172</sup> Guillaume/Riva, s. 567.

hangi yetkili mahkeme önünde görüleceği ve uyuşmazlıklara uygulanacak hukukunun tespiti noktasında sonuca ulaşmak mümkün olmayacaktır.

MÖKlerde kurulan ilişkilerin vasıflandırılması halinde de geleneksel bağlama noktalarının ve yetki sebeplerinin tespiti çoğu zaman mümkün değildir.<sup>173</sup> Öyle ki, yetkili mahkemenin saptanabilmesi ihtimalinde *lex forin* milletlerarası özel hukuk prensipleri uyarınca hukukî ilişki vasıflandırılarak şirketler hukuku hükümleri kapsamında ele alınsa ve yetkili yabancı hukuk bu sayede tespit edilse dahi, yetkili yabancı hukukun esasına dair ticaret hukuku kurallarının bu yapılar anlamında yetersiz kalacağı ifade edilmektedir.<sup>174</sup> Özetle, irtibatının geleneksel veya oluşturulacak yeni kurullarla belirlendiği ülke hukukuna göre geçerli bir şekilde kurulmamış olan şirket benzeri yapılar oluşmakta; bu durum yayılarak yeni bir iş modeli ve finansman kaynağı haline gelmektedir. Bu noktada, MÖKlerin katılımcılarının aslında hukuken varlığı tanınmayan ve hukukî güvenliğin sağlanamadığı bir yapıyla karşı karşıya kaldıkları söylenebilecektir.

Bir hukuka tâbi olarak kurulmayan MÖKlerde, kuruluş aşaması ve çalışma prensibi, organizasyon ve yönetime ait kurullar başta olmak üzere bu oluşumlara özgü kurullar oluşturulduğu görülmektedir. Blokzinciri teknolojisiyle kurulan hukukî ilişkilerde geleneksel anlamda irtibat noktasının tespit edilememesi uyuşmazlıkların MÖKler üzerinden alternatif yöntemlerle çözülmesine yol açmış olup, bu yöntemlerin getirdiği kurulların MÖKlerin değiştirilemez tokenleri yönetiminde ve blokzincirinin bir parçası olan cüzdanlar ve kripto değerlerin cebri icrayı sağlamasına dayandığı görülmektedir.<sup>175</sup> MÖKlerle ortaya çıkan bu kurullar bütünü uyuşmazlığın esasından usulüne kadar kapsayıcı bir çerçeveye sahip olabileceği düşünülmektedir. Özellikle blokzincirinin kural olarak değiştirilemez yapıya sahip olması, kamu gücünün devreye girmesine gerek olmaksızın icranın otomatikleştirilmesini sağlamakta olup, MÖKlerin artan faaliyetlerinin devam edebilmesi, bu alanda yatırımların korunabilmesi için bir uyuşmazlık

<sup>173</sup> Ayrıntılı inceleme için bkz. Guillaume/Riva, s. 579 vd.

<sup>174</sup> Bu hususta üç ayrı hukuk bağlamında regüle edilen MÖKlerin de olduğu unutulmamalıdır. Guillaume/ Riva, s. 563 vd.

<sup>175</sup> Guillaume/ Riva, s. 591.

çözüm yöntemi geliştirmelerinin bir anlamda mecburi bir gelişme olduğu düşünülmektedir.<sup>176</sup>

### **B. Blokzinciri Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Akıllı Sözleşmelere Özgü Kuralların Oluşmasındaki Etkisi ve *Lex Cryptographia* ile İlişkisi**

Mahkeme kararlarında ve alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıyla verilen kararlarda örneğin tahkimde, tarafların kendi rızalarıyla verilen kararı icra etmemeleri halinde devlet müdahalesi gerekmektedir. Yukarıda ele alındığı üzere, uyuşmazlık çözümlerindeki yeni alternatif yöntemlerin çoğu zaman bir MÖK altında organize edilmesiyle blokzinciri uyuşmazlık çözüm yöntemleri oluşmuştur. Bu hizmeti sağlayan MÖKler, blokzinciri ortamında faaliyet gösterdiklerinden, blokzinciri üzerinde sözleşme ilişkisinin tarafları, bir blokzinciri uyuşmazlık çözüm mekanizmasına, anlaşmazlık doğduğunda akıllı sözleşmelerinin uygulanmasını gözden geçirme ve ortaya çıkan sonucu doğrudan ve otomatik olarak uygulama yetkisi verme imkanına sahip olmuştur.<sup>177</sup> Verilen kararlar zincire entegre bir şekilde verilirken kararların icrası da otomatikleştirilmiştir.

Blokzinciri uyuşmazlık yöntemleri, genellikle MÖK şeklinde kurulup icra edildiğinden verilen kararlar MÖK katılımcılarının oluşturduğu topluluk tarafından blokzinciri kurallarına göre verilmekte olup, herhangi bir devletin egemenlik yetkisinden bağımsızdırlar.<sup>178</sup> Bu bağımsız alan, devletin bu yöntemle verilen kararları denetleme yetkisini de sekteye uğratmaktadır.<sup>179</sup> Bu durumda, uyuşmazlık çözümünde kararın uygulanması için yetkili bir mahkeme tespitine ihtiyaç duyulmadan verilen kararların icrası ve denetimi aşamasında da devletin sahip olduğu mahfuz yetki bu yöntemlerle bypass edilebilecektir.

Blokzincirinin varlık sebebi olan merkeziyetsizleşme fikrinin blokzinciri uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle uyuşmazlık çözümü sürecine de yansdığı görülmektedir. Öyle ki, tarafların akıllı sözleşmeleriyle

<sup>176</sup> Bu hususta en büyük örneğin Ethereum blokzinciri olduğu söylenmektedir. Guillaume/ Riva, s. 591.

<sup>177</sup> Guillaume/ Riva, s. 604.

<sup>178</sup> Guillaume/Riva, s. 604-605.

<sup>179</sup> Guillaume/Riva, s. 605.



devlet hukuklarının etkisi altından çıkmaya çalışması, bu ilişkiden doğacak olan uyuşmazlıkların da devlet yargısı dışında görülmesi gerektiği fikriyle tamamlanmaktadır. Bu anlamda, yersel irtibatın tespit edilememesi nedeniyle uygulanacak hukuk ve yetkili mahkeme tespitinde sorun yaşayan işlem tarafları, blokzincirine entegre çözüm yolları ve bu esnada kullanılacak kurallar bütününe erişmeye hatta bu kuralları bizzat yaratmaya yöneltilmektedir. Bu gerekçeyle, özellikle önem arz eden kripto ekonomi aktörlerinden MÖKler yoluyla ortaya atılan merkezizsiz adalet fikrinin yakın gelecekte daha fazla öne çıkacağı düşünülmektedir. Devletin yetki alanından uzaklaşılan bu kripto ekonomi dünyasında alana özgü, blokzincirine entegre edilebilecek kuralların oluşması ve gelişmesi sürpriz olmayacaktır.

Yukarıda sayılı gerekçelerle merkezizsiz adalet olarak isimlendirilen ve kripto ekonomisinin kalıcı hale gelmesindeki rolünün altı çizilen blokzinciri uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin, blokzincirine dayalı akıllı sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda başta yetkili mahkemenin tespiti ve uygulanacak hukukun tespitinde sistemin doğası gereği oluşan sorunların aşılmasında önemli bir rol üstlenmesi mümkün olacaktır.<sup>180</sup> Tarafların tıpkı yetkili bir mahkeme seçer gibi blokzinciri uyuşmazlık çözüm yöntemlerini sözleşmelerine bir kloz olarak derç etmeleriyle uygulanması mümkün olan bu sistemlerin, ilerleyen dönemde tıpkı *Lex Mercatoria'nın*<sup>181</sup> oluşumu gibi sistemin kullanıcıları

<sup>180</sup> Bununla birlikte, özellikle kitle kaynaklı blokzinciri uyuşmazlık yöntemlerinde jüri üyelerinin temel amacının ekonomik çıkarlarını koruyarak çoğunluğun haklı bulacağı uyuşmazlık tarafını öngörmek ve onun haklılığına dair karar vermek olduğu; bu şekilde verilen kararların adil olması beklenemeyeceği ifade edilmektedir. Benzer şekilde bu yöntemler, henüz asgari usüli teminatları da sağlamadığından eleştirilmektedir. Yazar burada sistem özelinde uyuşmazlığın ekonomik etkisine göre usuli teminatlara duyulan ihtiyacın değiştiğini anlatarak hukukun ekonomik analizi yöntemiyle blokzinciri uyuşmazlık çözümleri ve usuli teminatları ele almaktadır. Guillaume/Riva, s. 627 ve 631.

<sup>181</sup> *Lex mercatoria* milletlerarası hukukta mevcut sınırlı maddî hukuk kurallarını tamamlamak için getirilen milletlerarası ticaret hukukuna özgü normlar bütünü olarak tanımlanmaktadır. Mousseron, J-M/ Raynard, J./Fabre, R./Pierre, J-L, *Droit Du Commerce International Droit: Droit international de l'entreprise*, Lexis-nexis 2012, s. 72. Bu kurallar, ikinci dünya savaşından sonra milletlerarası ticarî faaliyetlerin hız kazanması doğrultusunda milli hukukların yetersiz kalmasıyla gelişim göstermiştir. Yener Keskin, Cansu, *Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklarda Lex Mercatoria'nın Uygulanması*, Ankara 2022, s. 26-27.

tarafından belirli uyuşmazlıklarda kullanılmak üzere bir kurallar bütünü oluşturacağı düşünülmektedir.

*Lex Mercatoria'nın* belirli uyuşmazlıklar için belirli bir çevrede uygulanmak üzere oluşması, merkezî olmayan, bir kurum veya kuruluş tarafından denetlenmeyen ve yapılan işlemlerde yersel irtibat tespit edilemeyen, milli hukuklardan bağımsız ve kanunlar ihtilafı kurallarıyla bir devlet hukukuna bağlanması oldukça zor olan blokzincirine dayalı akıllı sözleşmelerde çıkacak uyuşmazlıklara uygulanacak kuralların oluşturulması bağlamında oldukça yol göstericidir.<sup>182</sup> Öyle ki blokzincirinin en temelde ödeme sistemlerinden ve dolaylı olarak devlet egemenliğinden uzak bir işlem alanı yaratmayı hedeflemesiyle “özel adalet sistemi” kurması, elbette bu adalet sisteminin kendine has kurallarını oluşturmasına yol açacaktır. Bu noktada, yukarıdaki ele alındığı üzere blokzinciri topluluğunun blokzinciri sisteminde varlık bulan hukuki ilişkiler özelinde kurallar yaratması kaçınılmazdır. Blokzinciri uyuşmazlık çözümü yöntemlerinde jüri üyesi olarak karşımıza çıkan blokzinciri katılımcılarının *lex cryptogrtaphia* denilen topluluğa ve sisteme özgü kuralların yaratımında adeta kanun koyucu görevi görmesi ihtimal dahilindedir. Öte yandan, halihazırda mevzu hukuk bağlamında *lex cryptographiayı* bir uygulanacak hukuk olarak vasıflandırmak mümkün görünmemektedir.<sup>183</sup>

## SONUÇ

Blokzincirinin getirdiği milli hukuklardan bağımsız, merkeziyetsiz yapı, zincirde kurulan yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda milletlerarası yetkiyi tesis edecek olan yetki kurallarını da işlevsiz bırakmaktadır.

<sup>182</sup> Ömeroğlu, s. 104.

<sup>183</sup> Geleneksel kanunlar ihtilafı hukuku açısından konuya yaklaşıldığında, akıllı sözleşme taraflarının uygulanmak üzere seçtikleri ve sözleşmelerine derç ettikleri kurallar bütünü, *lex cryptographianın*, bir hukuk seçimi olarak kabul edilebilmesi mümkün görülmemektedir. Zira MÖHUK m. 24 gereği, hukukumuzda tarafların yetkili hukuk olarak seçtikleri hukukun bir “devlet hukuku” olması gerekmektedir; bununla birlikte, tarafların seçtikleri kurallar bütününe herhangi bir hukuki sonucun bağlanmaması da olası değildir. Bu kurallar adeta bir sözleşme hükmü gibi hüküm ve sonuçlarını doğuracak olup, herhangi bir uyuşmazlık çıktığında bu kuralların yetersiz kalması halinde MÖHUK m. 24 kuralı uyarınca yetkili hukukun tespitinin yapılması gerekecektir. Şanlı / Esen/ Ataman-Figanmeşe, s. 294.

Zira yetki kurallarında yetkili mahkemeye işaret eden yetki sebepleri uyuşmazlığa konu olan varlıkların ya da işlemin taraflarının konularına dayanmaktadır. Öyle ki, Kıta Avrupası hukuklarında milletlerarası yetkiye işaret eden temel kural, *actor sequitur forum rei* yani davalının yerleşim yeri prensibidir.<sup>184</sup> Yetkinin tesis edildiği hallerde ise blokzincirinin değişmez yapısı dolayısıyla verilen yargı kararlarının uygulanması noktasında sorun doğmaktadır.<sup>185</sup>

Blokzincirinin kendine has özellikleri, bu sisteme dayalı kurulan akıllı sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda yine blokzinciri üzerinde merkeziyetsiz özerk kuruluş olarak örgütlenen şirket benzeri yapılar tarafından sağlanan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin doğmasına yol açmıştır. Bu yöntemlerle, sisteme entegre, icrası otomatikleştirilmiş kararlar verilebilmekteyken, yapılan faaliyetin yargılama olarak nitelendirilememesi, katılımcıların bilgisizliği, jüri üyelerinin ekonomik odaklı seçimler yapması ve doğası gereği yabancılık unsuru ihtiva eden uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk tespiti yapılma endişesinin bulunmaması, sistem özelinde verilen kararlarında meşruiyetinin sorgulanmasına yol açmaktadır. Bu durum hukukî öngörülebilirliğe zarar verirken, bu yöntemlerle verilen kararların hukukun uygulanmasına değil, ekonomik teşviklere ve oyun teorisi gibi hususlara dayanması nedeniyle hakem kararı olarak vasıflandırılmamasına ve *res judicata* etkisinin de bulunmamasına yol açmaktadır. Öyle ki blokzinciri uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle verilen kararın üzerine aynı konuda bir devlet mahkemesinde dava açmayı halihazırda engelleyen bir kural yoktur.<sup>186</sup> Öte yandan, sistemin aslında devletin mahfuz yetkisine uzak bir işlem alanı yaratması, bu alana özgü ve bu alanın katılımcıları tarafından uygulanacak olan bir kurallar bütününe doğmasına da yol açmaktadır. Kripto ekonomisinin ve dolayısıyla blokzinciri uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin uzun soluklu olabilmesi ve devlet tarafından verilen kararların tanınması/tenfizi yolunun açılabilmesi için sistemin katılımcıları tarafından *Lex Cryptographia adı verilen* sisteme özgü kuralların ortaya çıkması oldukça önemli görül-

<sup>184</sup> Sindres, David, "Is Bitcoin out of Reach for Private International Law?", Blockchain and Private International Law, Editörler Andrea Bonomi, Matthias Lehmann and Shaheez Lalani, Brill/ Nijhoff, Leiden/Boston, 2023, s. 88.

<sup>185</sup> Bonomi, s. 164.

<sup>186</sup> Bonomi, s. 164.

mekte olup, bu kuralların tıpkı *Lex Mercatoria'* da olduğu gibi kendiliğinden ve ihtiyaçlara cevap vermek üzere oluşacağı öngörülmektedir.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Akıncı Ziya, Milletlerarası Ticarî Hakem Kararları ve Tenfizi, Ankara 1994.
- Akıncı Ziya, Milletlerarası Tahkim, 5. Bası, İstanbul 2020.
- Bilgili Fatih/ Cengil Fatih, Blockchain ve Kripto Para Hukuku, 2. Baskı, Bursa 2022
- Borgogno Oscar, "Usefulness and Dangers of Smart Contracts in Consumer and Commercial Transactions" (Usefulness and Dangers), The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms, editörler Larry A. DiMatteo, Michel Cannarsa, Cristina Poncibo, Cambridge University Press, UK 2019, s. 288-310.
- Brachman Ronald J./Levesque, Hector J., Knowledge Representation and Reasoning, Elsevier, 2004.
- Çağlayan Aksoy, Pınar, Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2021.
- De Flippi Primavera/Wright Aaron, Blockchain and the Law Rule of Code (Rule of Code), Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 2018.
- Guillaume Florence, "Aspects of Private International Law Related to Blockchain Transactions", Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law, editörler Daniel Kraus, Thierry Obrist ve Olivier Hari, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham 2019, s. 49-82.
- Güngör Gülin, Türk Milletlerarası Özel Hukuku, Yetkin Yayınları, 2. Bası, Ankara 2021.
- Katsh Ethan/Rabinovich-Einy, Orna: Digital Justice: Technology and The Internet of Disputes, Oxford University Press, Introduction, 2017.
- Morishita Tetsou, "Technical Description of DLT for Conflicts Lawyers", Blockchain and Private International Law, Editörler Andrea Bonomi, Matthias Lehmann, Shaheza Lalani, Brill Nijhoff 2023, s. 51-65.
- Nomer Ergin, Devletler Hususî Hukuku, Beta Yayınları, 23. Bası, 2021.
- Ömeroğlu Ekin, Milletlerarası Özel Hukukta Akıllı Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk ile Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Tespiti, Ankara 2023.
- Rühl Giesela, "Smart (Legal) Contracts, or: Which (Contract) Law for Smart Contracts?", Blockchain Law and Governance, editörler Benedetta Cappiello ve Gherardo Carullo, Springer, İsviçre 2021.
- Şanlı Cemal/Esen Emre/ Ataman-Figanmeşe, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayınları, 8. Bası, Ankara 2020: Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayınları, 8. Bası, 2020, İstanbul.
- Şanlı Cemal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Sevinç Matbaası, Ankara 1986.

Şit Banu, Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara 2005.

Territt Harriet, "Governing The Blockchain: What is The Applicable Law?", *Fintech Law and Regulation Second Edition*, Editör Jelena Madir, Elgar Online, Massachusetts 2021, s. 199-218.

Yener Keskin, Cansu, Milletlerarası Ticari Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklarda Lex Mercatoria'nın Uygulanması, Ankara 2022.

## Makaleler

Akıncı Ziya, "Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları", *BATİDER*, C. XVIII, S. 4, Aralık 1996.

Allen Darcy W.E./Lane, Aaron M./Poblet, Marta, "The Governance of Blockchain Dispute Resolution", *Harvard Negotiation Law Review*, 2019, Vol. 25, No. 1, s. 75-102, <https://ssrn.com/abstract=3334674> (Erişim Tarihi: 21.08.2023).

Bello, Adesina Temitayo, "Online Dispute Resolution Algorithm: The Artificial Intelligence Model as a Pinnacle", *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Editör Stavros Brekoulakis, Kluwer Online, Volume 84, Issue 2 (2018), s.159-168.

Bilgili Fatih/Cengil Fatih, "Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Ticaret Şirketlerine Sermaye Olarak Getirilmesi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXIII, 2019, Sayı. 3, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/790165> (Erişim Tarihi: 05.09.2023).

Bilgili Fatih/Cengil, Fatih, "Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Eşya Niteliği Sorunu", [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3432713](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3432713) (Erişim Tarihi: 05.09.2023).

Bonomi Andrea, "Blockchain and Private International Law - Some General Remarks", *Yearbook of Private International Law*, Köln 2023, Vol. XXIV, 2022/2023, editörler Andrea Bonomi Ilaria Pretelli ve Gian Paolo Romano, s. 153-164.

Borgogno Oscar, "Smart Contracts as the (New) Power of the Powerless? The Stakes for Consumers" (Smart Contracts), *European Review of Private Law*, Issue 6, 2018, s. 885-902.

Buchwald, Michael, "Smart Contract Dispute Resolution: The Inescapable Flaws of Blockchain-Based Arbitration", *University of Pennsylvania Law Review*, 168, 2020, s. 1369-1423, [https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9702&context=penn\\_law\\_review](https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9702&context=penn_law_review) (Erişim Tarihi: 06.09.2023).

Carneiro Davide/Novais, Paulo/Andrade, Francisco/Zeleznikow, John/Neves, José: "Online Dispute Resolution: an Artificial Intelligence Perspective", *Springer, Artif Intell Rev.* (2014) 41, s. 211-240, <http://dx.doi.org/10.1007/s10462-011-9305-z> (Erişim Tarihi: 11.11.2023)

Carney Mark, "The future of Money", *Bank of England*, 2018, <https://www.bankofengland.co.uk/speech/2018/mark-carney-speech-to-the-inaugural-scottish-economics-conference>(Erişim Tarihi: 05.09.2023).

Chevalier Maxime, "From Smart Contract Litigation to Blockchain Arbitration, a New Decentralized Approach Leading Towards the Blockchain Arbitral Order", *Journal of International Dispute Settlement*, 2021, Vol. 12, Issue 4, s.558-584.

- Cucuru Pierluigi, "Beyond Bitcoin: An Early Overview on Smart Contracts", *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 25 Issue:3, 2017, s.179-195.
- Çelener Balca, "Bitcoin ve Diğer Kripto Para Birimlerinin Vergilendirilmesine Yönelik Yaklaşımlar", *Mali Hukuk Dergisi*, 15(172), 2019, s.771-804.
- Dayanç Kuzeyli, Nazlı Nilay / Töremiş, Ebru, "Kripto Varlıkların Hukuki Niteliği", *Vergi Dünyası*, Yıl 42, Sayı 494, Ekim 2022.
- Demir Gökyayla, Cemile, Milletlerarası Tahkimde Ad Hoc Tahkim ve Kurumsal Tahkim, Uğur Alacakaptan'a Armağan, Derleyen Mehmet Murat İnceoğlu, İstanbul 2008, s. 161-181.
- Dylag Matthew/Smith, Harrison, "From Cryptocurrencies to Cryptocourts: Blockchain and The Financialization of Dispute Resolution Platforms", *Information, Communication & Society*, 26:2, s. 372-387, DOI: 10.1080/1369118X.2021.1942958 (Erişim Tarihi: 06.09.2023).
- Ennals Richard, "Expert systems in law-A jurisprudential inquiry", *The Knowledge Engineering Review*, editörler Peter Mcburney, Simon Arsons, Patrick Mannion, 4(2), Oxford University Press 1987, s. 178-179, s. doi:10.1017/S026988890000498 (Erişim Tarihi: 11.11.2023).
- Evans Tonya M., "The Role of International Rules in Blockchain-Based Cross-Border Commercial Disputes", *Wayne Law Review*, 65(1), 2019, s. 1-16.
- Everts Martin/Müller, Frank, "Will That Smart Contract Really Do What You Expect It To Do?", White Paper, NN8, January 2018, s. 4, <https://nn8.nl/publications/pdfs/Everts2018WTS.pdf> (Erişim Tarihi: 18.11.2022).
- Filatova Nataliia, "Smart Contracts from the Contract Law Perspective: Outlining New Regulative Strategies", *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 28, Issue:3, Autumn 2020, s. 217-242.
- Garriga Suau Georgina, "Blockchain-Based Smart Contracts and Conflict Rules for Business-to-Business Operations", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2021, Issue 41, s. 559-585, <http://www.reei.org/en/index.php/journal/num41/notes/blockchain-based-smart-contracts-and-conflict-rules-for-business-to-business-operations> (Erişim Tarihi: 05.09.2022).
- Grigg Ian: "The Ricardian Contract", [https://iang.org/papers/ricardian\\_contract.html](https://iang.org/papers/ricardian_contract.html) (Erişim Tarihi: 05.09.2023).
- Guillaume Florance/Riva Sven, "Blockchain Dispute Resolution for Decentralized Autonomous Organizations: The Rise of Decentralized Autonomous Justice", *Blockchain and Private International Law*, editörler Andrea Bonomi, Matthias Lehmann, Shaheez Lalani, Brill Nijhoff 2023, s. 594-641.
- Henderson Todd M./Raskin, Max, "A Regulatory Classification of Digital Assets: Toward an Operational Howey Test for Cryptocurrencies, ICOs, and Other Digital Assets", *Columbia Business Law Review*, vol. 2019, no. 2, 2019, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3265295](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3265295) (Erişim Tarihi: 05.09.2023).
- Howell Bronwyn E./Potgieter, Petrus H., "Uncertainty and Dispute Resolution for Blockchain and Smart Contract Institutions", *Journal of Institutional Economics*, 17(4), s. 545-559, doi:10.1017/S1744137421000138 (Erişim Tarihi: 06.09.2023).



- Jaccard Gabriel, "Smart Contracts and the Role of Law", *Jurisleter IT* 23, November 2017, s. 20, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3099885](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3099885) (Erişim Tarihi: 17.10.2022),
- Kaal Wulf A./Calcaterra, Craig, "Crypto Transaction Dispute Resolution", *The Business Lawyer*, Vol. 73, No. 1, Winter 2017-2018, s. 109-152.
- Karamanlioğlu, Argun, "Son Gelişmeler Işığında Kripto Paraların Hukuki Niteliği ve Kripto Para Borsalarına Dair Tespit ve Öneriler", *KHAS Hukuk Bülteni*, 30 Nisan 2021, <https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/45>(Erişim Tarihi: 05.09.2023).
- Kasprzyk Karolina, "The Concept of Smart Contracts From Legal Perspective", *Rewiew of Comparative Law*, Vol.34, Issue:101, 2018, s. 101-118.
- Kaya Serkan, "Blokzincir Tabanlı Akıllı Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü", *Medeni Usul ve İcra ve İflas Hukuku Dergisi (MİHDER)*, 2022(52), s. 519-542.
- Kayalı Didem, "Uluslararası Özel Hukuk Perspektifinden Akıllı Sözleşmeler", *TBB Dergisi*, Sayı 162, 2022, s. 251-284.
- Kolodner, Janet L., "An Introduction to Case-Based Reasoning", *Artificial Intelligence Review*, Volume 6, 1992, s. 3-34.
- Lehmann Mathias, "Who Owns Bitcoin? Private Law Facing the Blockchain" (Who Owns Bitcoin?), *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, Vol. 21, Issue 1, 2019, <https://scholarship.law.umn.edu/mjlst/vol21/iss1/4> (Erişim Tarihi: 18.11.2022).
- Lesaege, Clement/Ast, Federico/George, William: "Kleros Short Paper v1.0.7", September 2019.
- Kocaçınar Aslı, "İspat Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:20, Sayı:2, Temmuz 2021, s. 471-488.
- Koulu Riikka, "Blockchains and Online Dispute Resolution: Smart Contracts as an Alternative to Enforcement", *Script-ed*, Volume 13, Issue 1, May 2016, <https://script-ed.org/article/blockchains-and-online-dispute-resolution-smart-contracts-as-an-alternative-to-enforcement/> (Erişim Tarihi: 05.09.2023).
- Krysa Felix, "Taxonomy and Characterisation of Crypto Assets in Private International Law", *Blockchain and Private International Law*, Editörler Andrea Bonomi, Matthias Lehmann and Shaheez Lalani, Brill/Nijhoff, Leiden/Boston, 2023, s.157-208.
- Leone Valentina/DiCaro, Luigi/Villata, Serena, "Legal Ontologies and How to Choose Them: the Investigation Tool", *International Semantic Web Conference*, Ocak 2018.
- Lodder R. Arno, "The Third Party and Beyond: An Analysis of the Different Parties, in Particular the Fifth, Involved in Online Dispute Resolution", *Information and Communication Technology Law*, Vol. 15, No. 2, 2006, s. 143-155.
- Mik Eliza, "Smart Contracts: Terminology, Technical Limitation and Real World Complexity", *Law Innovation and Technology*, Vol.9 Issue 2, 2017, s. 269-300.
- Mousseron J-M/Raynard, J./Fabre, R./ Pierre, J-L: *Droit Du Commerce International Droit: Droit international de l'entreprise*, Lexisnexis 2012.



- Nakamoto Satoshi, "Bitcoin: A Peer-to-peer Electronic Cash System", 2008, <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> (Erişim Tarihi: 19.10.2022).
- Nyhart J.D., Computer Modeling in Dispute Resolution: An Overview, Dispute Resolution Forum, 1988, s. 11-15, Abstract, <https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/computer-modeling-dispute-resolution-overview> (Erişim Tarihi: 11.11.2023).
- Ng Michael: "Choice of Law For Property Issues Regarding Bitcoin Under English Law", *Journal of Private International Law*, Vol. 15/2, s. 315-338, DOI:10.1080/17441048.2019.1649235 (Erişim Tarihi: 07.04.2023).
- Pietro Ortolani, "The Impact of Blockchain Technologies and Smart Contracts on Dispute Resolution: Arbitration and Court Litigation at the Crossroads", *Uniform Law Review*, 2019, Vol. 24, s. 430-448.
- Rabinovich-Einy, Orna/Katsch, Ethan: "Blockchain and the Inevitability of Disputes: The Role for Online Dispute Resolution Dispute Resolution", *Journal of Dispute Resolution Journal of Dispute Resolution*, Vol.19, Issue:2, 2019, s. 47-75.
- Riva Sven: "Decentralized Autonomous Organizations (DAO s) in the Swiss Legal Order", *Yearbook of Private International Law*, Vol. XXI- 2019/2020, s. 601-638, <https://doi.org/10.9785/9783504386962> (Erişim Tarihi: 18.01.2024).
- Schultz Thomas, "Online Arbitration: Binding or Non-Binding?", *ADROnline Monthly*, November 2002, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=898622](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=898622) (Erişim Tarihi: 26.01.2024).
- Sindres David, "Is Bitcoin out of Reach for Private International Law?", *Blockchain and Private International Law*, Editörler Andrea Bonomi, Matthias Lehmann and Shaheez Lalani, Brill/ Nijhoff, Leiden/Boston, 2023, s. 81-100.
- Szabo Nick, "Smart Contracts", 1994, <https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html> (Erişim Tarihi: 17.10. 2022).
- Szabo Nick, "Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets", 1996, [https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart\\_contracts\\_2.html](https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html) (Erişim Tarihi: 17.10.2022).
- Temte Morgan N., "Blockchain Challenges Traditional Contract Law: Just How Smart Are Smart Contracts", *Wyoming Law Review*, Vol. 19, Nr. 1, 2019, s. 87-117.
- Turanboy, Asuman, "Kripto Paraların Ortaya Çıkmaları ve Hukuki Nitelikleri", *BA-TİDER*, C. XXXV, S. 3, Eylül 2019, s. 47-62.
- Vos S. Jeffrey, "Law Tech Smart Contracts and Artificial Intelligence", Bundesministerium Der Justiz Und Für Verbraucherschutz Ministry of Justice, Berlin Tuesday 14th May 2019, <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2019/05/CHC-speech-LawTech-Smart-Contracts-and-Artificial-Intelligence.pdf> (Erişim Tarihi: 12.09.2023)
- Werbach Kevin/Cornell, Nicholas, "Contracts Ex Machina", *Duke Law Journal*, Vol.67, 2017, s. 313-338.

## İnternet Kaynakları

- About Jur, JUR.IO. <https://jur.io/about-us/> (Erişim Tarihi: 07.09.2023)
- Aragon White Paper, *GITHUB*, <https://github.com/jiangbubai/aragon-whitepaper> (Erişim Tarihi: 07.09.2023).
- Artificial Lawyer, Smart Contract Checker, Sagewise, Links with Hedera Hashgraph, Artificial Lawyer, 8 Haziran 2018, <https://www.artificiallawyer.com/2018/06/08/smart-contract-checker-sagewise-links-with-hedera-hashgraph/> (Erişim Tarihi: 05.09.2023).
- Ast, Federico/Sewrjugin, Alejandro, "CrowdJury, a Crowdsourced Justice System for The Collaboration Era", *crowdjury.org*, November 2015, <https://www.researchgate.net/publication/283687907> (Erişim Tarihi: 06.09.2023).
- Bilgili, Fatih/Cengil, Fatih, "Medeni Usul Hukukunda İspat Aracı Olarak Blockchain Teknolojisi", *Ticaretkanunu.Net*, 17 Ağustos 2019, <http://www.ticaretkanunu.net/medeni-usul-hukukunda-ispata-araci-olarak-blokchain-teknolojisi-fatih-bilgili-fatih-cengil/> (Erişim Tarihi: 13.09.2023).
- Bot Nedir? Kaspersky, <https://www.kaspersky.com.tr/resource-center/definitions/what-are-bots#:~:text=Robotun%20k%C4%B1saltmas%C4%B1%20olan%20%E2%80%9Cbot%E2%80%9D%2C,kullan%C4%B1c%C4%B1lardan%20%C3%A7ok%20daha%20h%C4%B1z%C4%B1%20%C3%A7al%C4%B1%C5%9F%C4%B1rlar.> (Erişim Tarihi: 11.11.2023).
- Bybit, "How Are Ricardian Contracts Different From Smart Contracts?", <https://learn.bybit.com/defi/how-are-ricardian-contracts-different-from-smart-contracts/> (Erişim Tarihi: 05.09.2023).
- The Aragon Manifesto, *Blog.Aragon*, 5 Ağustos 2020, <https://blog.aragon.org/the-aragon-manifesto-4a21212eac03/> (Erişim Tarihi: 07.09.2023).
- Britannica, <https://www.britannica.com/technology/artificial-intelligence> (Erişim Tarihi: 11.11.2023).
- Consensus Media, OpenCourt, Legally Enforceable Blockchain-Based Arbitration, 18 Ekim 2018, <https://media.consensus.net/opencourt-legally-enforceable-blockchain-based-arbitration-3d7147dbb56f> (Erişim Tarihi: 21.08.2023).
- Garner, Bennett, "What is Aragon (ANT)?", *COIN CENT.*, 5 Kasım 2018 <https://coincentral.com/aragon-ant-beginners-guide/> (Erişim Tarihi: 07.09.2023).
- Inverstopedia, "What Is a Decision Support System (DSS)?", <https://www.investopedia.com/terms/d/decision-support-system.asp> (Erişim Tarihi: 11.11.2023).
- Isda/Clifford Chance/ R3/ Sal: Private International Law Aspects of Smart Derivatives Contracts Utilizing Distributed Ledger Technology (ISDA), 2020, <https://www.isda.org/a/4RJTE/Private-International-Law-Aspects-of-Smart-Derivatives-Contracts-Utilizing-DLT.pdf> (Erişim Tarihi: 05.09.2022).
- Kleros, <https://kleros.io/> (Erişim Tarihi: 09.09.2023).
- Launching Aragon Court, *Blog.Aragon*, 5 Ağustos 2020, <https://blog.aragon.org/launching-aragon-court/> (Erişim Tarihi: 07.09.2023).
- Lisicka Aleksandra, First Jurisdiction on The Blockchain, *newtech.law*, <https://newtech.law/en/first-jurisdiction-the-blockchain/> (Erişim Tarihi: 07.09.2023).

Sanchez, Washington, Dispute Resolution in OpenBazaar, Github Gist, <https://gist.github.com/drwasho/405d51bd1b1a32e38145> (Erişim Tarihi: 05.09. 2023).

Taggart Michael: "Itty Bitty Kitties are Killing Ethereum", Medium, 7 Aralık 2017, <https://medium.com/@michaelx777/little-bitty-kitties-are-killing-ethereum-a1253b18b501> (Erişim Tarihi: 13.09.2023).

Zaslowsky David, What to Expect When Litigating Smart Contract Disputes, LAW360, <https://www.law360.com/articles/1028009/what-to-expect-when-litigating-smart-contract-disputes>. (Erişim Tarihi: 05.09.2023).

UK Law Commission: "Reforming the Law, Smart Contracts- Advice to the Government" (Advice to the Government), <https://cloudplatforme218f50a4812967ba-1215eaecede923f.s3.amazonaws.com/uploads/sites/30/2021/11/Smart-legal-contracts-accessible.pdf> (Erişim Tarihi:04.10.2022).

### **Uluslararası Düzenlemeler ve Metinler**

1958 Tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Konvansiyonu (1958- Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards- the "New York" Convention), <https://www.newyorkconvention.org/new+york+convention+texts> (Erişim Tarihi: 05.09. 2023).

OECD, Taxing Virtual Currencies, <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/taxing-virtual-currencies-an-overview-of-tax-treatments-and-emerging-tax-policy-issues.pdf> (Erişim Tarihi: 05.09.2023)

Regulation of The European Parliament and of The Council on Markets in Cryptoassets, and amending Directive (EU) 2019/1937 (MiCA) (AB Kripto Varlıklar Piyasası Düzenleme Taslağı), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0593> (Erişim Tarihi: 14.11.2022).

UK Cryptoassets Taskforce: Final Report, 2018, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/752070/cryptoassets\\_taskforce\\_final\\_report\\_final\\_web.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/752070/cryptoassets_taskforce_final_report_final_web.pdf) (Erişim Tarihi: 24.08.2023).

uncitral: "Technical Notes on Online Dispute Resolution", United Nations, 2017, [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/v1700382\\_english\\_technical\\_notes\\_on\\_odr.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/v1700382_english_technical_notes_on_odr.pdf) (Erişim Tarihi: 29.01.2024).



# TEMİNAT MEKTUPLARINDA SAHTELİK İDDİALARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

## EVALUATION OF ALLEGATIONS OF FORGERY IN LETTERS OF GUARANTEE

Vahit DOĞAN\*

**Özet:** Teminat mektupları, pozitif düzenlemeye konu olmadığı için, sözleşmelerin kuruluşunda, genel kurallar uygulama alanı bulmaktadır. Ancak teminat mektubu ilişkisinin birden fazla sözleşmeden oluşması sebebi ile sözleşmelerin kuruluşuna ilişkin klasik uygulamadan bir kısım farklılıklar da ortaya çıkmaktadır. Zira, teminat mektubu ilişkisinin tarafları arasında hukuken birbirinden bağımsız birden fazla sözleşme ilişkisi bulunmaktadır. Bu farklılıklar sözleşmelerin kuruluşu bağlamında tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Türk bankacılık uygulamasının, banka ile muhatap arasındaki dar ve teknik anlamdaki teminat mektubu sözleşmesinin kuruluşundaki uygulaması da Türk hukukuna özgü problemlerin doğuma sebep olmaktadır. *Şöyle ki* banka, lehtarın lehine verilmesi için talep ettiği teminat mektubu önerisini lehtar aracılığı ile muhataba ulaştırmaktadır. Lehtar kendisine teslim edilen teminat mektubu önerisinin yazılı olduğu metni mekanik araçlarla çoğaltarak muhataba çoğaltılmış metni ulaştırmaktadır. Kendisine ulaşan öneriyi açık irade ya da zımnen kabul eden muhatap, teminat mektubu sözleşmesinin kurulduğu ve geçerli olduğuna güvenerek, lehtar ile aralarındaki temel ilişkideki yükümlülüklerini yerine getirmektedir. Temel ilişkinin borçlusu, teminat mektubu ilişkisinin lehtarı *güvence altına alınan ve risk teşkil eden edimini süresinde ya da sözleşmeye uygun ifa etmediğinde*, güvence altına alınan risk gerçekleştiği için, bankadan teminat mektubunun ödenmesi talebinde bulunmaktadır. Teminat mektubunun sahteliği problemi de bu aşamada ortaya çıkmaktadır.

2017 yılında çalışmalarına başlanılan, günümüzde hayata geçirilen elektronik teminat mektubu uygulaması, belli ölçüde probleme çözüm oluşturabilecektir. Ancak, elektronik teminat mektubunda limit sınırı gibi bir kısım kısıtların olması problemi tamamen ortadan kaldırmayacaktır.

\* Prof. Dr., İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, dvahit@gmail.com, ORCID: 0000-0001-8223-2128, Makalenin Gönderim Tarihi: 18.09.2024, Kabul Tarihi: 07.01.2025

Türk bankacılık uygulamasından kaynaklanan teminat mektubu sözleşmesinin kuruluşu aşamasında yaşanan aksaklıklar, ticarî hayata olumsuz etki ettiği gibi karmaşık hukukî problemlerin doğumuna da sebep olabilmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Banka Teminat Mektubu, Sahte Teminat Mektubu, Elektronik Teminat Mektubu

**Abstract:** Since guarantee are not subject to positive regulation, the general rules regarding the formation of contracts are applicable. However, due to the fact that the relationship of guarantee consists of more than one contract, some differences arise from the classical practice on the formation of contracts. This is because there is more than one legally independent contractual relationship between the parties of guarantee relationship. These differences bring along discussions in the context of the formation of the agreements. The Turkish banking practice in the establishment of guarantee agreement between the bank and the addressee in a narrow and technical sense also causes the emergence of problems specific to Turkish law. Therefore, the bank delivers of guarantee proposal requested by the beneficiary to the addressee through the beneficiary, not the bank itself. The beneficiary reproduces the written text of guarantee proposal delivered to the party by mechanical means and delivers the reproduced text to the addressee. The addressee, who explicitly or implicitly accepts the proposal received, fulfils its obligations in the basic relationship with the beneficiary, relying on the establishment and validity of the letter of guarantee agreement. When the obligor of the underlying relationship, the beneficiary of guarantee relationship, fails to perform its performance, which is secured and constitutes a risk, in due time or in accordance with the contract, it requests the bank to pay of guarantee since the secured risk has been realised. The problem of forgery of the letter of guarantee arises at this stage.

Started in 2017, the electronic guarantee application, which has been practicing nowadays, may provide a solution to the problem to a certain extent. However, the existence of certain restrictions such as limitations in electronic guarantee will not eliminate the problem.

Failures in the establishment of the letter of guarantee agreement arising from the Turkish banking practice may not only have a negative impact on commercial life, but also lead to the emergence of complex legal problems.

**Keywords:** Bank Guarantee, Forged Bank Guarantee, Electronic Bank Guarantee

Ticarî hayatta, edimlerin karşılıklı olarak aynı anda ifa edilmediği hâllerde, taraflar arasında güven problemi yaşanabilmektedir. Teminat mektupları, taraflar arasında *çıkması muhtemel* güven problemine çözüm olacak hukukî araçlardan birisidir. Teminat mektuplarında te-

minat veren (banka), asıl sözleşmenin taraflarından birisinin (lehtar) talebi üzerine, sözleşmenin diğer (muhatap) tarafına edimini sözleşmeye uygun olarak yerine getireceğini, hiç ya da gereği gibi yerine getirmez ise uğrayacağı zararı kendisinin karşılayacağını taahhüt etmektedir.<sup>1</sup> Verilen teminat, şahsî teminat olmasına rağmen, teminat veren tarafın (banka, finans kuruluşları, sigorta şirketi vb.)<sup>2</sup> ekonomik gücünün yüksek olması sebebi ile ilişkinin karşı tarafı kendini güvende hissetmektedir.<sup>3</sup>

Görüldüğü gibi teminat mektupları, birden fazla hukukî ilişkiden oluşmaktadır. Ancak teminat mektubunu verenin yükümlülüğü, başka bir borcun varlığına, geçerliliğine, dava edilebilir olup olmamasına bağlı olmayıp, tamamen bağımsızdır.<sup>4</sup> Farklı söyleyişle iktisadî açıdan birbirleriyle bağlantılı olan ilişkiler zinciri, hukukî açıdan birbirinden bağımsızdır. Bu sebeple ilişkilerden birinin geçersizliği diğerlerinin geçerliliğine doğrudan etki etmeyecektir. Zira Teminat mektubu, ilişkinin iktisadi temelini oluşturan lehtar ile muhatap arasındaki borcun hiç veya sözleşmeye uygun olarak yerine getirilmemesi riskinden doğması muhtemel zarar ile ilgilidir. Bu sebeple de soyut borç vaadi olarak da kabul edilemez.<sup>5</sup>

Karmaşık yapıya sahip üç köşeli hukukî ilişkilerden olan teminat mektuplarında, taraflar arasında sözleşmelerin kuruluşu aşamasında, özellikle Türk bankacılık uygulaması sebebi ile bir kısım aksaklıklar ya-

<sup>1</sup> Carsten Peter Claussen, Bank-und Börsenrecht, Handbuch für Lehre und Praxis, München 1996, s.198; Vahit Doğan, Banka Teminat Mektupları, b.6 Ankara 2020, s.25 vd.

<sup>2</sup> Ülkemizdeki uygulamada, bankalar ile finans kuruluşları dışında kalan kurum ya da kuruluşların, üçüncü kişiler lehine teminat mektubu verdikleri görülmektedir. Bu sebeple çalışmada, teminat veren olarak "banka" kavramı kullanılacaktır.

<sup>3</sup> Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bundan Doğan Sorumluluk", Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan, İstanbul 1995, s.(263-299.)266 vd.; Eugen A. ROESLE, Die internationale Vereinheitlichung des Rechts der Bankgarantien, Zürich 1983, s.2.

<sup>4</sup> Peter O. Mülberr, Missbrauch von Bankgarantien und einstweiliger Rechtsschutz, Tübingen 1985, s.32; Jürgen Dohm, Bankgarantien im internationalen Handel, Bern 1985, s.57.

<sup>5</sup> Abbas Samhat, J. Bankgarantie, (in. Münchener Kommentar zum HGB, band 6, Bankvertragsrecht, 5. Aufl. München 2024), Rn.4; Seza Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları, Kontrgarantiler, b.4, Ankara 2003, s.31 vd.; Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, C.II, b.2, Ankara 1982, s.603.



şanmaktadır. Banka ile muhatap arasındaki dar ve teknik anlamdaki teminat mektubu sözleşmesinin kurulması aşamasında ortaya çıkan aksaklıklar, teminat mektubu sözleşmesinin geçersizliği ya da sahteliği iddialarını gündeme getirebilmektedir.

*Çalışmada, sözleşmenin kuruluşu aşamasında yaşanan aksaklıkların, özellikle sahtelik iddiaları bağlamında teminat mektubu sözleşmesinin geçerliliğine etkisi ele alınacaktır.*

## I. TEMİNAT MEKTUBU KAVRAMI

Teminat mektubu, teşebbüs edilen bir işten dolayı uğranılması muhtemel zararları güvence altına almayı amaçlayan *şahsî* teminat sözleşmelerinden birisidir.<sup>6</sup>

Teminat mektuplarının hukukî niteliği hususunda tartışmalar bulunmaktadır. Doktrinde hâkim görüş, *Türk Borçlar Kanunu* (TBK) m.128'de düzenlenen üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğinde garanti sözleşmesi olduğunu kabul etmektedir. Ancak teminat mektubunun içeriğinden hareketle hukukî niteliğinin tespit edilmesinin isabetli olacağı, zira nadiren de olsa dar ve teknik anlamdaki teminat mektubu sözleşmesinin kefalet sözleşmesi niteliğinde yapılabileceği de kabul edilmektedir.<sup>7</sup>

Teminat mektupları, farklı esaslardan hareketle değişik ayrımlara tâbi tutulmaktadır.<sup>8</sup> Çalışma konusu bakımından saf garanti niteliğindeki teminat mektupları- kefalet benzeri teminat mektupları ayrımı önem taşımaktadır. Saf garanti niteliğindeki teminat mektuplarında garanti eden, lehine garanti verilen kişiyi belli bir işi yapması amacı ile kanun veya sözleşmede tanımlanmış riskin gerçekleşmesi hâlinde uğranılacak zararı tazmin etmeyi taahhüt ettiğinden, sözleşme karak-

<sup>6</sup> Geniş bilgi için bkz. Ünal Tekinalp, Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları, Yeniden yazılmış b.2, İstanbul 2009, s.372 vd.; Reisoğlu, s.10 vd.; Doğan, s.18 vd.

<sup>7</sup> Bkz. Beat Kleiner, Bankgarantie, 4.Aufl., Zürich 1990, s.23 vd.; Tekinalp, s.519 vd. Doğan, s.13 vd.

<sup>8</sup> Teminat mektubu ile ilgili ayrımlar için bkz. Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, Borçlar Hukuku Dersleri-Özel Hükümler, b.16, İstanbul 2019, s.832; Nami Barlas, Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, İstanbul 1986, s.45 vd.; Tekinalp, s. 515 vd.; Tandoğan, s.2 vd.; Doğan, s.71 vd.; Kurt Haefeli, Schweizerisches Bankenrecht Handbuch für Finanzfachleute, 4. Aufl. Schulthess 2019, s.269; Kleiner, s.27 vd.; Roesle, s.30.

terinde olup olmadığı tartışmalıdır. Kefalet benzeri teminat mektubu ilişkisi, lehtar ile muhatap arasında yapılan temel sözleşme konusu edimi güvence altına almayı amaçlamaktadır. Borçlunun edimini hiç ya da gereği gibi yerine getir(e)memesi durumunda uğraması muhtemel zararları güvence altına alma amacına hizmet etmektedir. Görüldüğü gibi, kefalet benzeri teminat mektupları, birbirinden bağımsız birden fazla sözleşmeden oluşan *üç köşeli hukukî ilişkilerden birisidir*. Lehtar ile muhatap arasındaki temel ilişki, lehtar ile teminat talep edilen (banka) arasındaki karşılık ilişkisi olarak da ifade edilen garanti ya da teminat mektubu temin etme sözleşmesi ve teminat veren (banka) ile muhatap arasındaki dar ve teknik anlamda garanti veya teminat mektubu sözleşmesi.

Teminat mektubu ilişkisini oluşturan sözleşmelerin kurulabilmesi için, sözleşmelerin kuruluşuna ilişkin genel ilkeler *çerçevesinde* tarafların sözleşme yapma iradelerinin karşılıklı ve birbirine uygun olması, yani *öneri* ve kabul iradelerinin uyumu gereklidir (TBK m.1).

*Çalışmada* lehtar ile muhatap arasındaki temel sözleşmenin kuruluşunu ele almayacağız.<sup>9</sup> Lehtar ile banka arasında yapılan teminat mektubu temin etme sözleşmesi ve banka ile muhatap arasındaki dar ve teknik anlamdaki teminat mektubu sözleşmesinin kuruluşunu ele almaya çalışacağız.

## II. LEHTAR İLE BANKA ARASINDAKİ İLİŞKİNİN (KARŞILIK İLİŞKİSİ) KURULUŞU

Temel ilişkinin borçlusu, *üstlenmiş olduğu borcu* usulüne uygun olarak ifa edeceğini, ifa etmeme (istisnai olarak, üçüncü kişinin üstlenmiş olduğu borcun ifa edilmemesi riskinin güvence altına alınması amacı ile de talepte bulunabilir) durumunda muhatapın uğraması muhtemel zararı karşılayacağını taahhüt etmesi için bankasına müracaat etmektedir. Banka, lehtar ile teminat mektubu temin etme ya da karşılık ilişkisinin şartlarında anlaşığında, muhatap ile dar ve teknik anlamda teminat mektubu sözleşmesi yapma borcunu üstlenmektedir. Teminat mektubu temin etme sözleşmesi ya da karşılık ilişkisinin

<sup>9</sup> Lehtar ile muhatap arasındaki temel ilişkinin yokluğu ya da güvence altına alınacak risk olmaması ya da riskin ortadan kalkmasının teminat mektuplarına etkisi çalışma kapsamında ele alınmayacaktır. Bkz. Doğan, s. 411 vd.

şartları, banka ile teminat mektubu talebinde bulunan lehtar arasında görüşülmektedir.

Lehine teminat mektubu verilmesi için bankasına müracaat eden lehtar, temel ilişkide temin etmeyi taahhüt ettiği şartlara uygun teminat mektubu arayışına girecektir. Farklı ifade ile teminat mektubu verilmesi için talepte bulunan taraf (lehtar), kural olarak, temel ilişkinin alacaklısı ile yaptığı sözleşmede tespit edilen şartlara uygun teminat mektubu temin edecektir. Bu yapı sebebi ile teminat mektubunun şartları, görünürde, teminat mektubu talebinde bulunan taraf (lehtar) ile banka arasında görüşülmesine rağmen, gerçekte temel ilişkinin tarafları arasında kararlaştırılmaktadır demek yanlış olmayacaktır. Bu sebeple lehtar, temel ilişkide muhatap ile tespit ettikleri şartlara uygun teminat mektubu vermesi için kendi bankasına müracaat edecektir. Banka ile lehtar teminat mektubu temin etme sözleşmesi olarak da nitelendirilen karşılık ilişkisinin şartlarında anlaşabildikleri takdirde, muhatap olarak nitelendirilen *üçüncü kişi ile dar ve teknik anlamda teminat mektubu sözleşmesi yapma borcunu üstlenmektedir.*

Lehtar ile yapılan sözleşmeye istinaden bankanın üstlenmiş olduğu teminat mektubu sözleşmesi yapma borcunun hukukî niteliği hususunda karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda biri eser diğeri vekalet sözleşmesi olmak üzere iki farklı görüş bulunmaktadır.<sup>10</sup> Banka ile lehtar arasındaki teminat mektubu temin etme sözleşmesi ya da karşılık ilişkisinin hukukî niteliği hususunda hangi görüş kabul edilirse edilsin, sözleşmenin kurulabilmesi için taraf iradelerinin uyuşması haricinde kanunlarda kabul edilen ek şart bulunmamaktadır.<sup>11</sup> Başka bir deyişle, her iki sözleşme de *rızaî sözleşmelerden olduğu için, lehtar ile banka arasında iradelerin uyuşması sözleşmenin kuruluşu için yeterlidir.*

Vekalet sözleşmesi olarak kabul edilen karşılık ilişkisinde, bankanın en önemli yükümü, teminat mektubu temin etme sözleşmesinde tespit edilen şartlara uygun olarak muhatap ile dar ve teknik anlamda

<sup>10</sup> Bkz. Friedrich Graf von Westphalen, Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr, (Heraus. Graf von Westphalen, Friedrich/Zochling-Jud, Brigitta), 4. Aufl. Frankfurt am.2014, s.335-343; Claussen, s.198; Doğan, s. 117 vd.; Tekinalp, s.519.

<sup>11</sup> Tandoğan, s.22 vd-194 vd.

teminat mektubu sözleşmesi yapmak için öneride bulunmaktadır.<sup>12</sup> Banka, lehtar ile yaptığı teminat mektubu temin etme sözleşmesine uygun olarak muhataba teminat mektubu önerisinde bulunmakla yükümünü yerine getirmiş kabul edilmektedir. Zira banka, lehtar ile yaptığı sözleşmede, muhatap ile teminat mektubu sözleşmesi yapmayı değil, muhataba lehtarın talebine uygun olarak dar ve teknik anlamda teminat mektubu önerisinde bulunmayı borçlanmaktadır.

Teminat mektubu ile güvence altına alınan riskin gerçekleşmesi halinde banka, muhatabın uğradığı zararı karşılayacaktır. Elbette bankalar da muhatap ile yapacakları sözleşme sebebi ile üstlendikleri riski güvence altına almak için, lehtardan ve/veya lehtar yanında üçüncü kişilerden, kontrgaranti olarak nitelendirilen aynı ya da şahsî teminat almaktadırlar. Güvence altına alınan riskin gerçekleşmesi hâlinde muhataba ödeme yapan banka, kontrgaranti aracılığı ile rücu edebilecektir.<sup>13</sup> Yargı kararlarına bakıldığında, teminat mektubunun sahteliği ile ilgili iddiaların, verilen kontrgarantinin serbest bırakılması için yapılan çabalardan kaynaklandığı görülmektedir.

### III. BANKA İLE MUHATAP ARASINDAKİ İLİŞKİNİN (TEMİNAT İLİŞKİSİ) KURULUŞU

Banka, lehtar ile yapmış olduğu teminat mektubu temin etme sözleşmesi ya da karşılık ilişkisi sebebi ile üstlenmiş olduğu yükümlülüğe binaen, temel ilişkinin alacaklısı teminat mektubu ilişkisinin muhatabı ile dar ve teknik anlamda teminat mektubu sözleşmesi yapacaktır. Banka, şartları ve kapsamının temel ilişkide belirlendiği ve lehtarın talebine uygun olarak hazırlayacağı teminat mektubu önerisini muhataba iletcek, muhatapın kabul iradesi ile dar ve teknik anlamdaki teminat mektubu sözleşmesi kurulacaktır. Bu yapı dolayısıyla uygulamada banka ile muhatap arasındaki ilişki garanti sözleşmesi olarak değil aksine garanti beyanı olarak da ifade edilmektedir. Bu anlayışa göre banka ile muhatap arasındaki ilişkinin sözleşme olarak kabul edilmesinin, taraf

<sup>12</sup> Graf von Westphalen, s.336 vd.; Doğan, s. 288 vd.; Tekinalp, s.525 vd.

<sup>13</sup> Geniş bilgi için bkz. Mülberr, s.9 vd.; Kleiner, s. 178 vd.; Reisoğlu, s.303 vd.; Kontrgaranti sözleşmesinin yapılmamış olması hâlinde banka, yaptığı ödemeyi, vekaletsiz iş görme, eksik teselsül ya da sebepsiz zenginleşme ilişkisine dayalı olarak lehtara rücu edebileceği kabul edilmektedir. Bkz. Emin Cem Kahyaoğlu, Banka Garantileri, İstanbul 1996, s.100 vd.; Doğan, s.252 vd.; Reisoğlu, s.274; Barlas, s.80 vd.

iradelerinin uyuşumuna ihtiyaç duyulmasından başka bir anlam taşımadığı kabul ediliyor.<sup>14</sup>

Banka ile muhatap arasındaki ilişki ister garanti beyanı ister garanti sözleşmesi olarak kabul edilsin, ilişkinin kurulup kurulmadığı, kurulmuş ise hangi anda kurulduğu problemleri ile karşılaşılıyor. Zira bankacılık uygulamasında, teminatın miktarı, muhatabın yabancı olup olması gibi hususlar nazara alınarak sözleşmenin kuruluş sürecinde farklı uygulamalar görülmektedir. İnceleme konumuz olan sahtelik problemi de kural olarak, bu aşamada yaşanan aksaklıklardan ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple, banka ile muhatap arasındaki dar ve teknik anlamdaki teminat mektubu sözleşmesinin kuruluşunu *ele almakta fayda var*.

### A. Teorik Boyut

Banka, lehtar ile yaptığı teminat mektubu temin etme sözleşmesine istinaden, muhataba teminat mektubu önerisinde bulunacak, muhatabın kabul iradesi banka ile muhatap arasındaki dar ve teknik anlamda teminat mektubu sözleşmesinin kuruluşu için yeterli olacaktır.

Bankanın önerisi süreli ya da süresiz olabilir. Öneri süreli ise, banka verilen sürede önerisi ile bağlı olacaktır. Muhatap, kural olarak, öngörülen süre içinde kabul iradesini açıklamaz ise, öneri reddedilmiş sayılacaktır (TBK m. 3).

Öneri süresiz ise, banka önerisinin makul sürede muhataba ulaştığını kabul ederek zamanında ve usulüne uygun olarak gönderilecek cevabın gelmesine kadar önerisi ile bağlı olacaktır (TBK m.5). Açık bir kabule ihtiyaç olmayan hâllerde, makul sürede reddedilmeyen öneri, kabul edilmiş sayılacak ve taraflar arasında sözleşmenin kurulması sonucunu doğuracaktır (TBK m. 6).<sup>15</sup>

Doktrinde,<sup>16</sup> banka teminat mektuplarının tam üçüncü kişi yararına sözleşmeler kategorisine dahil olduğu, bu sebeple muhatabın kabul

<sup>14</sup> Beat Kleiner/Kaspar Landolt/Dominique Gemperli, Bankgarantie, 5. Aufl. Zürich, 2016, s.10 vd.; Kleiner: s.153; Kahyaoglu, s.74 vd.; Doğan, s.126.

<sup>15</sup> Sözleşmelerin kuruluşu ile ilgili bkz. M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku- Genel Hükümler, C.1, b.19, İstanbul 2021, s.51 vd.; Haluk Nomer, Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, b.19, İstanbul 2023, s.42 vd.

<sup>16</sup> Bkz. Graf von Westphalen, s.110; Kleiner, s.153 vd.; Kleiner/Landolt/Gemperli, s.142; Kahyaoglu, s.46.

iradesine/beyanına gerek olmadığını savunmaktadırlar. Bu anlayışa göre, bankanın teminat mektubu verme yönündeki iradesinin muhataba ulaşması, sözleşmenin kurulması için yeterlidir. Bankanın muhataba yapmış olduğu öneri, işin özelliği sebebi ile açık kabule ihtiyaç duyulmayacağından, uygun bir zamanda reddedilmemiş ise, kabul edilmiş ve öneride tespit edilmiş şartlarda sözleşme kurulmuş nazarıyla bakılmaktadır.<sup>17</sup> Bu hâlde sözleşme, önerinin muhataba ulaşma anından itibaren hüküm ve sonuç doğuracaktır (TBK m. 11/2).

Bir kısım ülkelerin bankacılık uygulamasında, *zımnî kabul hususunda ortaya çıkabilecek belirsizliği gidermek için*; muhataba gönderilen öneride bağlı olacakları sürenin *açıkça tespit* edildiği, öngörülen sürede açık bir ret beyanında bulunulmadığı takdirde kabul edilmiş sayılacağı hüküm altına alınmaktadır.<sup>18</sup> Türk bankalarının bu yönde uygulaması ile karşılaşılmasına rağmen, TBK m .6 ve 11 birlikte değerlendirildiğinde aynı sonuca ulaşılmaktadır. Dolayısıyla, öngörülen süre içinde önerinin reddedildiği açık veya zımnî olarak bankaya bildirilmediğinde, muhatap ile banka arasında dar ve teknik anlamdaki teminat mektubu sözleşmesi kurulmuş olacaktır.

Bankanın yapmış olduğu öneri, lehtar ile muhatap arasındaki temel ilişkide öngörülen şartlara uygun ise, muhatabın susması banka ile muhatap arasındaki dar ve teknik anlamdaki teminat mektubu sözleşmesinin kurulmasını sağlayacaktır. Ancak lehtar, muhatap ile aralarındaki temel ilişkide kabul etmiş oldukları bir kısım şartları banka ile yapmış olduğu teminat mektubu temin etme sözleşmesine koymamış olabilir ya da banka lehtar ile yaptığı sözleşmede öngörülenden farklı şartlar taşıyan öneride bulunmuş olabilir. Bu gibi hallerde, muhataptan, bankanın yapmış olduğu öneriyi kabul etmesi beklenemez. Muhatap, lehtar ile yapılan temel sözleşmede öngörülenden farklı şartları taşıyan teminat mektubu önerisi ile karşılaştığında ya öneriyi reddedecek ya da kısmen kabul edecek, temel ilişkide öngörülenden farklılık olduğunu düşündüğü hususlara yönelik değişiklik talebinde bulunacaktır.<sup>19</sup>

Banka, lehtar ile yapılan teminat mektubu temin etme sözleşmesi ya da karşılık ilişkisinde öngörülen şartları taşıyan *öneride* bulunmuş

<sup>17</sup> Kleiner/Landolt/Gemperli, s.142; Graf von Westphalen, s.110.

<sup>18</sup> Graf von Westphalen, s.111.

<sup>19</sup> Kleiner, s.154; Graf von Westphalen, s.110.

fakat muhatap reddetmiş olabilir. Bu hâlde banka, lehtar ile aralarındaki sözleşmede üstlenmiş olduğu yükümü yerine getirmiş olacağından devreden çıkmış olacaktır. Zira banka, lehtar ile yaptığı sözleşmede, sonuç sorumluluğunu üstlenmemektedir. Bu ihtimalde bankanın yapmış olduğu *öneri* kabul edilmediğinden muhatap ile aralarında teminat mektubu sözleşmesi de kurulamayacaktır.

Banka, karşılık ilişkisinde öngörülen şartlardan farklı şartlar taşıyan *öneride* bulunduğu için muhatap reddetmiş ise, bu hâlde banka *önerisini* karşılık ilişkisinde öngörülen şartlara uygun hâle getirip tekrar *öneride* bulunabilir. Böyle bir hal, bankanın hatasından kaynaklandığından banka lehtara sormadan muhataba yeni bir teminat mektubu verme yönünde *öneride* bulunmalıdır. Bu ihtimâlde bankanın, lehtar ile yapmış olduğu teminat mektubu temin etme sözleşmesinde üstlendiği borcu gereği gibi yerine getirmediğinden lehtara karşı sorumluluğu da gündeme gelecektir.<sup>20</sup>

Muhatap, bankanın kendisine yapmış olduğu *öneriyi* kısmen kabul edebilir. Muhatabın bu beyanı nasıl değerlendirilecektir? Muhatabın ek şartlar ileri sürmesi, hâkim anlayışa ve bankacılık uygulamasına göre, muhatabın yeni bir *önerisi* olarak kabul edilmektedir.<sup>21</sup> Banka muhatabın yapmış olduğu karşı *öneriyi* kabul edebileceği gibi ret de edebilir. Çünkü, bu halde yeni bir hukukî durum ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, muhatap tarafından kısmen kabul kısmen reddedilerek bankaya karşı yeni bir *önerinin* yapılması, banka ile muhatap arasında teminat mektubu sözleşmesinin kurulması anlamına gelmez.

Muhatabın bankaya yapmış olduğu yeni *öneri*, banka ile lehtar arasında yapılmış olan teminat mektubu temin etme sözleşmesinden farklı hükümleri taşıyor olabilir. Bu durumda muhatap bankaya yapmış olduğu karşı *öneride*, lehtar ile aralarında yapmış oldukları teminat mektubu temin etme sözleşmesinde kabul edilmiş olan şartları ileri sürecektir. Fakat, muhatabın ileri sürdüğü şartlar, bankayı bağlamaz. Çünkü, teminat mektupları lehtar ile muhatap arasındaki temel ilişkiden bağımsız olduğundan, banka temel ilişkide öngörülen şartları bilemeyeceği gibi, bilse de kendiliğinden nazara alıp *kabul etmesi* bek-

<sup>20</sup> Geniş bilgi için Bkz. Doğan, s.130 vd.

<sup>21</sup> Graf Von Westphalen, s.110; Kleiner, s.154.



lenemez.<sup>22</sup> Dolayısıyla, muhatabın, teminat mektubu temin etme sözleşmesine dayanarak, bankadan herhangi bir talepte bulunması banka açısından anlam ifade etmeyecektir. Zira banka, teminat mektubunun şartlarını muhatap ile değil lehtar ile görüştüğünden muhatabın talimatlarını *nazara alarak* bankanın mektup metninde öngörülen şartları değiştirme yetkisi bulunmamaktadır. Bu ihtimalde banka ya muhatabın önerisini reddedecek ya da lehtara bildirip onay vermesini talep edebilecektir.<sup>23</sup>

## B. Türk Bankacılık Uygulaması

Teknolojinin gelişmesine paralel olarak 2017 yılından itibaren teminat mektubu sözleşmelerinin kâğıt formatının yanında elektronik formatta da yapılabilmesi için çalışmalara başlanmıştır. Çalışmalar olumlu sonuçlanmış ve teminat mektubu sözleşmelerinin elektronik ortamda yapılmasının altyapısı tamamlanmıştır. Günümüzde teminat mektubu sözleşmeleri hem kâğıt hem de elektronik ortamda yapılabilir. Halihazırda, muhataplarla elektronik ortamda yapılan dar ve teknik anlamdaki teminat mektubu sözleşmeleri ile ilgili olarak geçerlik ya da sahtelik bağlamında bir uyumsuzlıkla karşılaşılmamıştır. Ancak, teminat mektuplarında sahtelik iddialarını ele almadan önce, elektronik ortamda yapılan teminat mektubu sözleşmeleri hakkında kısaca bilgi verilmesinde fayda olduğu kanaatindeyim.

### 1. Elektronik Teminat Mektubu Uygulaması

Teknolojinin gelişimine paralel olarak, kamunun taraf olduğu iş ve işlemlerde bilişim teknolojilerinden faydalanma düşüncesi ile başlayan çalışmalar 2017 yılında sonuçlarını vermeye başlamıştır. Bu kapsamda “Bütünleşik Kamu Mali Yönetim Bilişim Sistemi Politika Belgesi ve Eylem Planı” hazırlanmıştır.<sup>24</sup> Eylem planının hedeflerine ulaşılabilmesine katkı sağlamak için Maliye Bakanlığı’nca “Bütünleşik Kamu Mali Yönetim Bilişim Sistemi Uygulama Usul ve Esasları Hakkında

<sup>22</sup> Graf Von Westphalen, s.110; Kleiner, s.154.

<sup>23</sup> Bankanın süresinde ve lehtar ile yapılan teminat mektubu temin etme sözleşmesine uygun öneride bulunmamasının sonuçları için Bkz. Doğan, s.131 vd.

<sup>24</sup> Kamuda Stratejik Yönetim Bütünleşik Kamu Mali Yönetim Bilişim Sistemi Politika Belgesi ve Eylem Planı (2017-2020) (Bh6dU+bkmybs-politika-belgesi-eylem-planı.pdf (sp.gov.tr) (ET. 12.06.2024).

Yönetmelik”<sup>25</sup> kabul edilmiştir. Yönetmeliğin verdiği yetkiye dayanılarak ve teknik altyapının hazırlanması sonrasında elektronik teminat mektubu işlemleri ile ilgili olarak Muhasebat Genel Müdürlüğü Genel Tebliği (sıra no.88) yayımlanmıştır.<sup>26</sup> Bu süreçte “Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği”nde değişiklik yapılmış ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamındaki idarelerin muhatap olacakları teminat mektuplarının elektronik ortamda düzenlenip muhatap kurum ya da kuruluşlara öneri olarak gönderilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır.<sup>27</sup>

Elektronik teminat mektubunu konu alan mevzuata bütüncül olarak bakıldığında, bankalar veya sigorta şirketlerinin teminat mektubunun elektronik belge olarak oluşturulması, iletilmesi, format ve standartlarının belirlenmesinde (m. 6/1) Hazine ve Maliye Bakanlığı’na tespit edilecek çerçeveye uyulması gerektiği hükme bağlanmıştır (m. 5/1). Bakanlıkça öngörülen usul ve standartlara uygun olarak düzenlenmeyen, düzenlense de Bakanlıkça oluşturulan Elektronik Teminat Mektubu Aktarım Platformu (TMAP) ile gönderilmeyen veya alınmayan elektronik belgelerin teminat mektubu olarak kabul edilmeyeceği hükme bağlanmıştır (m.6/5). Aynı şekilde kamu kurum veya kuruluşlarının muhatap olacakları teminat mektuplarının öngörülen şekle uygun olarak elektronik ortamda hazırlanıp muhatap kuruma öneri olarak gönderilmesinin usul ve esaslarına da yer verilmiştir.

Elektronik teminat mektubu uygulaması ilk olarak Ticaret Bakanlığı Gümrükler Genel Müdürlüğü’nce hayata geçirilmiş,<sup>28</sup> uygulamadan olumlu sonuç alınması üzerine diğer kamu kurumlarında da elektronik teminat mektubu kabulüne başlanmıştır. Hazine ve Maliye Bakanlığı’na elektronik teminat belgesi kurgusu ve elektronik teminat mektupları uygulamasına yönelik alt yapı çalışmaları hazırlanmıştır. Kamu İhale Kurumu, yönetmeliğin verdiği yetkiye dayanarak

<sup>25</sup> RG. 26.06.2018-30460.

<sup>26</sup> RG.02.03.2024-32477. Tebliğde elektronik teminat mektubu da tanımlanmıştır. Buna göre, “Bakanlık tarafından belirlenen standartlara ve kurallara uygun, güvenli elektronik imza ile elektronik ortamda oluşturulan ve muhataba yine elektronik ortamda iletilen banka teminat mektubunu ve kefalet senedini” (m.4(1)-ç). Çalışma kapsamında tebliğde yer alan tanımla ilgili değerlendirme yapılmayacaktır.

<sup>27</sup> RG.18.06.2018 T ve 30453.

<sup>28</sup> Elektronik Teminat Mektubu Uygulama Kılavuzu (E-Teminat Kılavuzu) (ticaret.gov.tr) (ET. 12.06.2024)

2024/DK.D-56 sayılı kararı ile 8 Nisan 2024 tarihinden sonra yapılacak ihalelerde isteklilerin elektronik teminat mektubu kullanmaları zorunlu tutulmuştur.<sup>29</sup>

Teminat mektuplarının elektronik ortamda hazırlanması ve muhataplara sunulması ile ilgili teknolojik altyapının hazırlanması sonrası, bankalar, özel kurum ve kuruluşların muhatap olacakları teminat mektuplarının da elektronik ortamda hazırlanmasına ve muhataba öneri olarak gönderilmesi uygulamasına başlamıştır. Hemen her banka, ülke içi ticarî ilişkilerden doğan riskleri güvence altına almak amacı ile elektronik ortamda teminat mektubu taleplerini kabul etmektedir. Talep edilen teminat mektubunun muhatabı ile banka arasında ETMP'ye üyeliğin yapılmış olması hâlinde, bankalar, hazırladıkları teminat mektubu önerisini muhataba elektronik ortamda gönderebilmekte ve muhatabın açık ya da zımni kabulü ile taraflar arasında dar ve teknik anlamda teminat mektubu sözleşmesi kurulmaktadır.<sup>30</sup>

Elektronik teminat mektubu uygulaması bakımından iki hususa dikkat edilmesi gereklidir. İlk olarak teminat mektubu muhatabının Elektronik Teminat Mektubu Platformuna üyeliğinin bulunması gereklidir. Türkiye'de faaliyet gösteren herhangi bir banka aracılığı ile ETMP'ye üye olunabilir. Üyeliğin gerçekleşmesinden sonra, kendisinden teminat mektubu talep edilen banka, hazırlayacağı teminat mektubu önerisini muhataba elektronik ortamda gönderilebilir.

İkinci olarak, elektronik teminat mektuplarında limit sınırlaması bulunmaktadır. Muhatabının Elektronik Teminat Mektubu Platformuna üyeliği bulunmuyor ise ya da talep edilen teminat mektubu elektronik teminat mektubu limiti üzerinde ise bankalar, muhataplarla elektronik teminat mektubu sözleşmesi yapamayacaklardır.

## 2. Kâğıt Formatında Teminat Mektubu Uygulaması

Türk bankacılık uygulamasında, lehtarın bankadan lehine teminat mektubu verilmesi için talepte bulunmasından sonraki aşama, teminat mektubunun ülke içi ya da yabancı unsur taşımaya veya miktar ola-

<sup>29</sup> DK-D-56.doc (live.com) (ET. 12.06.2024)

<sup>30</sup> Teminat mektubu ile güvence altına alınacak riski nazara alan bankaların farklı uygulamaları bulunmaktadır.

rak görece yüksek ya da düşük olmasına göre farklılaşmaktadır.<sup>31</sup> Banka ile muhatap arasındaki dar ve teknik anlamdaki teminat mektubu sözleşmesinin şekle bağlı olmaması,<sup>32</sup> sözleşmenin kuruluş aşaması ve tabii ki riskin tazmini aşaması bakımından önem arz etmektedir.

Uluslararası ticari ilişkiler ile miktar olarak görece yüksek olan teminat mektubu sözleşmelerinin kuruluşunda, bankalar, lehtarın talebine uygun olarak hazırladıkları teminat mektubu önerisini muhataba ön bilgi bağlamında göndermekte ve muhatabın onay vermesi ile dar ve teknik anlamdaki teminat mektubu sözleşmesi önerisine son hâli verilerek muhataba gönderilmektedir. Bu ihtimalde dar ve teknik anlamdaki teminat mektubu sözleşmesi, sözleşmelerin kuruluşuna ilişkin genel kurallara uygun cereyan etmektedir.<sup>33</sup>

Miktar olarak görece düşük olan ülke içi ticari ilişkilerden doğan riskin güvence altına alınması amacına hizmet için yapılan teminat mektubu sözleşmelerinde, sözleşmenin kuruluş süreci bir hayli farklı işlemektedir. Zira bankalar, teminat mektubu verilmesi için talepte bulunan lehtar ile yaptıkları teminat mektubu temin etme ya da karşılık ilişkisini konu alan hukukî niteliğinin vekalet olduğu kabul edilen sözleşmeye “*teminat mektuplarının (bankalarca hazırlanan genel işlem şartları niteliğindeki sözleşmede, teminat mektubu ifadesine yer verilse de henüz taraflar arasında sözleşme kurulmadığından, teminat mektubu önerisinden bahsedildiği şeklinde anlaşılmalıdır) yazılı talimat vermek suretiyle olsa da muhataba veya başkalarına tevdiini, teminat mektubunun onlara tesliminin bankadan istenemeyeceği*” yönünde hükümler koymaktadırlar. Banka ile lehtar arasındaki karşılık ilişkisine konulan bu tür hükümler, dar ve teknik anlamdaki teminat mektubu sözleşmesinin kurulması bağlamında bir kısım hukukî problemlerin doğumuna sebep olmaktadır.

Bankanın, lehtar ile yaptığı teminat mektubu temin etme sözleşmesi ya da karşılık ilişkisinde, önerinin muhataba ulaştırılmasının bankadan istenemeyeceği yönündeki hükmün sözleşme özgürlüğü kap-

<sup>31</sup> Geniş bilgi için bkz. Doğan, s.132 vd.

<sup>32</sup> Samhat, Rn.95; Aynı yönde, İBK 13.12.1967 T. ve E. 1966/16-K. 1967/7.

<sup>33</sup> Bkz. Graf von Westphalen, s.109 vd.; Doğan, s.126 vd. Bu hâlde, ön bilgi ile önerinin karışması ihtimal dahilinde olduğu için, ön bilginin tereddüde mahal bırakmayacak şekilde açıklanması, doğrusu “ön bilgi” olduğunun açıkça ifade edilmesi doğması muhtemel karışıklıkları bertaraf edecektir.

samında geçerli olduğu hususunda tereddüt yoktur (TBK m. 26-27). Ancak bu hüküm, teminat mektubu önerisinin muhataba ulaştırılmasında bankanın sorumluluğunu ortadan kaldırdığı şeklinde anlaşılmalı, bizzat ulaştırmanın istenemeyeceği fakat bilvasıta ulaştırılmasının hükme bağlandığı şeklinde anlaşılması gerektiği kanaatindeyim. Zira, teminat verme yönündeki önerinin muhataba ulaştırılması bankanın sorumluluğundadır. Banka muhataba yapacağı öneriyi, doğrudan kendisi ulaştırabileceği gibi vekil vasıtasıyla da ulaştırabilir.<sup>34</sup>

Uygulamada, teminat mektubu temin etme sözleşmesinde yer verilen bu hükümden hareketle banka, teminat mektubu önerisini hazırlamayıp lehtar aracılığı ile muhataba ulaştırmaktadır. Bankanın vekil tayin ettiği lehtar aracılığı ile muhataba ulaştırılan teminat mektubu önerisi, muhatapça açık ya da zımnen kabul edilmekle dar ve teknik anlamdaki teminat mektubu sözleşmesi kurulmuş olacaktır. Muhatabın açık kabul beyanı, kural olarak, garantör bankadan kendisine ulaşan teminat mektubu önerisinin teyit ettirilmesi şeklinde gerçekleşmektedir. Muhatap, kendisine ulaşan teminat mektubu önerisini aldıktan sonra herhangi bir itirazda bulunmaz ise, önerinin zımnen kabul edildiği sonucuna varılmaktadır.

#### IV. DEĞERLENDİRME

Garanti sözleşmesi niteliğindeki teminat mektupları, tam üçüncü kişi yararına sözleşme olarak kabul edilmesine rağmen, bankanın soyut anlamda teminat taahhüdünde bulunmadığı, bu sebeple muhatap ile dar ve teknik anlamda teminat mektubu sözleşmesi yapılması gerektiği kabul edilmektedir. Banka muhatap ile sözleşme yapmaz ise, lehtar ile yapmış olduğu teminat mektubu temin etme sözleşmesine aykırı davranmış olacaktır. Muhatap ile sözleşme yapılmadığı için, bankanın muhataba karşı sorumluluğundan da bahsedilemeyecektir.<sup>35</sup>

Banka ile muhatap arasında yapılan dar ve teknik anlamdaki teminat mektubu sözleşmesinin kuruluşu bağlamında yaşanan problemlerin temelinde, genel anlamda sözleşmelerin kuruluşundan farklı süreç işlemesi yatmaktadır. Şöyle ki, bankalar lehtar ile yaptıkları teminat

<sup>34</sup> Doğan, s.143.

<sup>35</sup> Samhat, Rn.94; Doğan, s.123 vd.

*mektubu temin etme sözleşmesine, hazırlanacak mektup metninin muhataba ulaştırılmasının bankadan istenemeyeceğine ilişkin hüküm koymakta ve bu hükme istinaden, hazırlanan mektup metni, lehtar aracılığı ile muhataba ulaştırılmaktadır. Bu uygulama banka ile muhatap arasındaki dar ve teknik anlamdaki teminat mektubu sözleşmesinin kurulup kurulmadığını veya kurulmuş ise, kuruluş anını tespit edebilmeyi oldukça güçleştirmektedir. Bankacılık uygulamasındaki farklılık sebebi ile banka ile muhatap arasındaki sözleşmenin kuruluş aşamasındaki öneri ve kabul sürecini ele almakta fayda var.*

### A. Teminat Mektubu Önerisinin Muhataba Ulaştırılması

*Sözleşmenin kurulmasından bahsedebilmek için taraf iradelerinin uyumu, yani önerinin kabul edilmiş olması gereklidir (TBK m.1). Dar ve teknik anlamdaki teminat mektubu sözleşmesinin kuruluşu için bankanın önerisinin muhataba ulaşması ve muhatapın kabul yönündeki iradesinin gerekli olduğu hususunda tereddüt yoktur. Banka, teminat mektubu önerisini muhataba bizzat ulaştırabileceği gibi yardımcı kişi ya da vekil aracılığı ile de ulaştırabilir. Önemli olan, nasıl ulaştırıldığı değil, teminat mektubu önerisinin, yani bankanın sözleşme yapma iradesinin muhataba ulaşmış olmasıdır.*

Türk bankacılık uygulamasında, teminat mektubu temin etme sözleşmesinde, önerisinin muhataba ulaştırılmasının bankadan istenemeyeceğine ilişkin hükme istinaden, öneri, lehtar aracılığı ile muhataba ulaştırılmaktadır. Teminat mektubu temin etme sözleşmesindeki bu tür hükümleri bankanın lehtar vekil tayin ettiği ya da yardımcı kişi olarak görevlendirdiği şeklinde değerlendirmek mümkündür. Aksi hâlde banka, lehtar ile yapmış olduğu teminat mektubu temin etme sözleşmesinde üstlendiği borcu ifa etmemiş olacaktır. Bankacılık faaliyeti, yetkili makamlarca verilen izne dayalı olarak icra edilmektedir.<sup>36</sup> Dolayısıyla bankalar kendi kusurlarından sorumlu oldukları gibi, yardımcı kişilerin kusurlarından da sorumludurlar.<sup>37</sup> Kanun'da, bankaların hafif kusurlarından sorumlu olmayacaklarına ilişkin sorumsuzluk anlaşmalarının geçersiz olacağı (TBK m. 115/3) gibi yardımcı kişilerin

<sup>36</sup> 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, RG.01.11.2005-25983 (mükerrer)

<sup>37</sup> Hulusi Gürbüz, Bankalarla Ticarî Senetler İlişkisi, Ankara 1981, s.62 vd.; Kenan Tunçomağ, Borçlar Hukuku, C.II, Özel Borç İlişkileri, b.3, İstanbul 1977, s.831.

kusurlarından sorumlu olmayacaklarına ilişkin sözleşme hükümlerinin de geçersiz olacağı hükme bağlanmıştır (TBK m.116/3).

Hasılı, lehtar ile teminat mektubu temin etme sözleşmesi yapan banka, teminat mektubu *önerisini* bizzat ya da bilvasıta muhataba ulaştırmakla yükümlüdür. *Öngörülen ya da makul sürede yükümlülüğünü* gereği gibi yerine getirmeyen banka, lehtar ile yapmış olduğu teminat mektubu temin etme sözleşmesine aykırı davranmış olacaktır.

Doğrudan ya da dolaylı olarak muhataba ulaşan öneri, muhatapça kabul edilmekle, dar ve teknik anlamdaki teminat mektubu sözleşmesi kurulmuş olacaktır.

## B. Muhatabın Kabul İradesi

Banka, *sözleşmelerin kurulmasına ilişkin genel kurallara uygun olarak* hazırladığı teminat mektubu *önerisini*, bizzat ya da bilvasıta (lehtar aracılığı ile) muhataba ulaştıracaktır. Muhatabın açık ya da zımnî kabul iradesi, banka ile arasındaki dar ve teknik anlamdaki teminat mektubu sözleşmesinin kurulması sonucunu doğuracaktır.

Türk bankacılık uygulamasında, *ülke içi* ve miktar olarak görece düşük teminat mektubu *önerilerinin* banka tarafından hazırlanması sonrasında lehtar aracılığı ile muhataba ulaştırıldığı görülmektedir. Lehtar, muhataba ulaştırılmak üzere kendisine verilen teminat mektubu *önerisinin yer aldığı* yazılı metni mekanik araçlarla çoğaltmakta ve çoğaltılmış metni muhataba ulaştırmaktadır. *Öneri metninin lehtar aracılığı ile muhataba ulaştırılması sonrasında* muhatabın açık ya da zımnî kabul iradesinin, banka ile muhatap arasındaki dar ve teknik anlamdaki teminat mektubu sözleşmesinin kuruluşuna etkisi hususunda farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Bankanın önerisinin açık veya zımnî kabul edilmesinin dar ve teknik anlamdaki teminat mektubu sözleşmesinin kuruluşu bakımından özellik arz eden yönlerini ele almakta fayda vardır.

### 1. Açık Kabul (Teyit Alınması)

Türk bankacılık uygulamasında, süreli ya da süresiz olmasından bağımsız olarak, bankanın önerisi ile karşılaşan muhatap, bankadan



teminat mektubunun teyidini (doğrulama, gerçekleştirme)<sup>38</sup> olarak kabul iradesini açıklamaktadır. Bankanın lehtar (bilvasıta) aracılığı ile gönderdiği teminat mektubu önerisini alan muhatap, bankadan teyit aldığı<sup>39</sup> yani kendisine ulaşan teminat mektubu önerisinin bankanın iradesini yansıttığını bankaya doğrulattığında, öneride öngörülen şartlar çerçevesinde, banka ile muhatap arasında dar ve teknik anlamda teminat mektubu sözleşmesi kurulmuş olacaktır.<sup>40</sup>

Muhatabın, kendisine ulaşan önerinin bankanın gerçek iradesi olup olmadığını tespit edebilmek için, bankanın hangi şubesinden teyit alınması gerektiği hususunda farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Bir görüş, mektubu veren şubeden değil, genel müdürlükten ya da başka bir şubeden teyit alınması gerektiğini savunmaktadır.<sup>41</sup> Bir diğer görüş, teminat mektubu önerisinde bulunan şubeden ya da genel müdürlükten teyit alınması gerektiğini savunmaktadır.<sup>42</sup> Bize göre muhatap, kendisine ulaşan önerinin gerçekte bankanın iradesini yansıtmayı yansıtmadığını doğrulamak için öneride bulunan bankanın genel müdürlük dâhil herhangi bir şubesine müracaat edebilir.<sup>43</sup>

Türk bankacılık uygulamasında, muhataba öneride bulunan şubeden başka bir şube ya da genel müdürlükten teyit talep edildiğinde, banka, kendi sistemi üzerinden veya öneride bulunan şube ile irtibata geçip gerekli bilgileri aldıktan sonra, muhataba ulaşan öneri-

<sup>38</sup> Bkz. TDK.

<sup>39</sup> Karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda uygulama alanı bulan teyitli teminat mektubu ile Türk bankacılık uygulamasındaki teminat mektubunun teyit edilmesi farklıdır. Teyitli teminat mektuplarında, teminat mektubunu veren bankanın yanında muhataba karşı sorumluluk üstlenen ikinci bir banka daha devreye girmektedir. Geniş bilgi için bkz. Graf von Westphalen, s.22; Samhat, Rn.39; Doğan, s.105.

<sup>40</sup> Ömer Teoman, "Teminat mektubunu Teyid Eden Bankanın Hukuki Sorumluluğu", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, 28-29 Nisan 1995, Ankara 1995, s. (107-119)113; Yavuz N. Okçuoğlu, Yargıtay Kararları ve Karşıoylarını, Ankara, 1991, s.392 vd.

<sup>41</sup> Teoman, s.115. Yazar, öneride bulunan şubenin limit aşımı, yetkili imzalarda sahtelik gibi bir kısım problemlerin önüne geçmek için, teminat mektubu önerisinde bulunan şubeden başka bir şubeden veya genel müdürlükten teyit alınmasının isabetli olacağı görüşündedir. Aynı yönde Yargıtay kararlarına da rastlanmaktadır. 11 HD, 01.10.2019 T ve E.2018/633-K.2019/6021.

<sup>42</sup> Reisoğlu, s.129.

<sup>43</sup> Doğan, s.169 vd.

nin bankanın iradesini yansıttığını doğrulamaktadır. Aksinin kabulü şubelere, banka tüzel kişiliğinden ayrı tüzel kişilik vermek anlamına gelebilecektir. Bunun yanında, öneride bulunan şube ya da genel müdürlükten teyit alınması gereğinin kabulü ticari hayatın hız unsuru ile de bağdaşmaz. Zira, teminat mektubu önerisinde bulunan şube, her zaman muhatap ile aynı yerde bulunmayabilir. Yargı kararlarında da aynı esasların kabul edildiği görülmektedir. Yargıtay,<sup>44</sup>

*“... lehdarın, teminat mektubunu lehdara (muhataba olması gerekir) ulaştırması ve muhatabın da teminat mektubunu alması ve reddetmemesi ile garanti sözleşmesi oluşur. Lehdar tarafından bankanın verdiği teminat mektubunun aynısı taklit edilerek sahtesinin muhataba iletilmesinin etkisi ne olabilir? Kural olarak, sahte bir teminat mektubunun bankayı bağlamaması gerekir. Ancak burada, mektubun teyit edilmiş olması hususu devreye girmektedir. Teminat mektubunun teyidi müessesesinin uygulamada kullanıldığı davalı banka vekilinin layihalarındaki beyanlarından da anlaşılmaktadır. Davacı muhatap, kendisine getirilen teminat mektubunun sıhhati yönünden tedbirli davranarak davalı bankanın bir başka şubesine yazı ile müracaat edip elindeki teminat mektubunun teyidini istemiş, bu şube de teminat mektubun veren şubeden böyle (yani tarih, sayı, miktar ve lehdarı belirtilen şekilde) bir teminat mektubu verilip verilmediğini soruşturmuş, olumlu cevap alması üzerine de bu hususları kayıt etmek ve teminat mektubunun şubece verildiğini teyit etmek suretiyle düzenlediği yazıyı muhataba vermiştir. Bu tarihte, asıl teminat mektubu henüz bankaya iade edilmiş değildir. Bu durumda ve işbu teyit ile şu sonuç doğmaktadır. Garanti sözleşmesi şekle bağlı olmadığına, mektubu veren banka teminat mektubunun verildiğini ve yürürlükte olduğunu kabul ettiğine, bu kabul bankanın diğer bir şubesi kararından teyit edildiğine (ispat), muhatap da bankanın bu irade beyanına ittila kasbedip reddetmediğine (taklit teminat mektubunu iade etmediğine), böylece zımnî kabulünü göstermiş bulunmasına ve mektubu veren şubenin de bu suret ile mektubun, muhatabın eline geçtiğini öğrenmiş olmasına göre taraflar arasında garanti sözleşmesinin oluştuğunun kabulü gerekir. Bu teyidin, teminat mektubunu veren banka şubesinden araştırılıp bilgi alınmak suretiyle verilmiş olması ve bunun sabit olması kaydıyla asıl veya taklit (sahte) teminat mektubunun üzerine yahut ayrı bir kâğıda yazılarak verilmesinin hiçbir önemi yoktur. Hangi şekilde yapılmış olursa olsun bu teyit, şekle tabi olmayan garanti sözleşmesinin oluştuğunun kanıtı niteliğindedir.”* yönünde hüküm kurmuştur.

Banka, hazırladığı teminat mektubu önerisini muhataba ulaştırmak için lehtara teslim ettiğinde, bankanın hazırladığı orijinal metni

<sup>44</sup> 11 HD, 27.12.1990 T ve E.1989/4046-K.1990/8459.

muhabata ulaştırılırsa herhangi bir problem çıkmayacak, muhabatın kabul iradesini gösteren teyit talebinde bulunması ile dar ve teknik anlamdaki teminat mektubu sözleşmesi kurulmuş olacaktır.

Lehtar, bankanın hazırlayıp muhabata ulaştırılması için kendisine verdiği teminat mektubu önerisini mekanik yöntemlerle çoğaltıp orijinal metni kedinde tutarak muhabata çoğaltılmış metni verirse, sözleşmenin kurulma ve dolayısıyla bankanın sorumluluğunun başlama anının tespiti çeşitli problemleri de beraberinde getirmektedir. Zira yargı kararlarında bankanın iradesini yansıtan teminat mektubu önerisini konu alan metnin orijinal ya da mekanik araçlarla çoğaltılmış hâlinin muhabata ulaştırılmasına etkisi hususunda farklı değerlendirmelerin yapıldığı görülmektedir.<sup>45</sup> Muhabata ulaşan metnin niteliğini de nazara alarak, muhabatın kabul iradesi ya da teyidin dar ve teknik anlamdaki teminat mektubu sözleşmesinin kuruluşuna etkisini uygulamada karşılaşılan iki hâl nazara alınarak ele almakta fayda var.<sup>46</sup>

<sup>45</sup> Yargıtay'ın nispeten eski tarihli kararlarında, mekanik araçlarla çoğaltılmış mektup metnine teyit verilmesi sebebi ile bankanın haksız fiil sorumluluğu bağlamında değerlendirmelerine rastlanmaktadır. 11.HD. 13.12.1990 T ve E.1989/3737-K.1990/7248, Okçuoğlu, s.392 vd.

<sup>46</sup> Uygulamada karşılaşılan bir problem; teminat mektubu düzenlemekle yetkilendirilen banka çalışanı, banka kayıtlarına girmeden teminat mektubu önerisi ile bankanın teyit yazısını hazırlayıp lehtar aracılığı ile muhabata ulaştırmaktadır. Bu hâlde banka, adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümleri çerçevesinde sorumlu olacaktır. Yargıtay kararında da benzer gerekçelere yer verilmektedir. Banka çalışanı tarafından teminat mektubu ve teyit yazısının hazırlanarak banka dışında verilmesinden doğan uyuşmazlıkta Yargıtay, "bir güven kurumu olan bankaların gerekli özeni göstererek en üst düzeyde tedbir alma yükümlülüğü altında bulunduğu ağır kusurlu tarafın davalı banka olduğu, davacının teminat mektubunun teslim alınmasında gerekli özeni göstermediği gibi, teslim alınması sonrasında da davalıdan ekonomik hayatın olağan akışına uygun olarak gerekli teyidi almadığı... bankaların güven kurumu olup, en hafif kusurlarından dahi sorumlu oldukları, sahte teminat mektubunun davalı banka çalışanı tarafından imzalandığından davalının adam çalıştırma sıfatıyla" sorumu olduğu yönünde hüküm kurmuştur. Muhalefet şerhinde, "davalı banka TBK 116/3. maddesi gereğince yardımcı kişi konumunda olan banka çalışanın eylemi nedeniyle davacıya garanti ettiği mektup bedeli açısından asli sorumlu olup, davacıya nazaran sorumluluğunun eşit olduğu yönündeki Daire bozması garanti sözleşmesinin niteliğine uygun düşmemiştir. Teminat mektubu ilişkisi içinde davacının lehtar ile birlikte el ve iş birliği içinde olduğuna ilişkin açık bir delil sunulmadığı takdirde teminat mektubunun banka dışında bir mekânda teslim alınmış olması ve teyit sorumluluğu bulunmadığı halde teyit alınmamış bulunması muhabatın kusurunu artıran neden olarak kabul edilemez." gerekçesine yer verilmiştir. 11 HD, 01.10.2019 T ve E.2018/633-K.2019/6021. Ancak, konu ile ilgili yargı kararlarında istikrar olduğunu söyleyebilmek mümkün değil. Geniş bilgi için bkz. Doğan, s.135 vd.

### a. Öneri ve Teyidin Birlikte Ulaşması

Türk bankacılık uygulamasında, teminat mektubu önerisi ile teyit yazısının hazırlanıp aynı anda lehtar aracılığı ile muhataba ulaştırıldığı görülmektedir. Yukarıda ifade edildiği gibi, teyit, bankanın muhataba yapmış olan öneri iradesinin varlığını doğrulama amacıyla hizmet etmektedir. Dolayısıyla öneri ile aynı anda teyit yazısının muhataba ulaşması, öneriden başka bir anlam taşımayacak, bankanın öneri iradesinin doğrulanması sonucunu doğurmayacaktır. Yani bankanın öneri iradesi ile teyit (doğrulama, gerçekleştirme) iradesinin aynı zamanda muhataba ulaşması, teyide bağlanan kabul iradesinin bankaya ulaşması sonucunu doğurmayacaktır. Bu hâlde, teyidin bankanın iradesini doğrulama fonksiyonundan bahsedilemeyeceği için lehtar aracılığı ile teminat mektubu ve teyit iradesinin aynı anda muhataba ulaştırılmasının banka ile muhatap arasındaki dar ve teknik anlamdaki teminat mektubu sözleşmesinin kuruluşuna olumlu ya da olumsuz etkisi olmayacaktır.

Uygulamada teminat mektubu önerisi ile teyit iradesinin birlikte muhataba ulaştırıldığı hâllerde, teminat mektubu metninin mekanik araçlarla çoğaltılmış hâlinin (teyit yazısının orijinal ya da çoğaltılmış olması önemli değil) muhataba verildiği görülmektedir. Güvence altına alınan riskin gerçekleşmesi hâlinde banka ödeme yapmaktan kaçınmakta ve muhatap da zarara uğramaktadır. Bu hâlde uğranılan zarardan banka ile muhatapın birlikte sorumlu olmaları gerektiğinin kabulü gerekir. Şöyle ki, banka teminat mektubu metnini ve teyit yazısını lehtar aracılığı muhataba ulaştırmış, muhatap da kendisine gelen yazılı metinlerin geçerliliğine güvenmiş, kabul iradesini bankaya bildirmemiştir. Yargı kararlarında da aynı esas kabul edilmektedir. Kararda,<sup>47</sup> muhatap şirketin “*dava dışı şirketten aldığı banka teminat mektuplarına ilişkin davalı bankadan doğrudan kendisi teyit yazısı almamış, dava dışı şirketin kendisine sunduğu teyit yazısı ile yetinmiş, teminat mektuplarının doğruluğu konusunda araştırma yapmamış ve bu şekilde zararı doğuran fiilin doğmasında etkili*” olduğu gerekçesi ile muhatapın da birlikte (müterafik) kusuru olduğu yönünde hüküm kurmuştur.<sup>48</sup>

<sup>47</sup> İstanbul 5 ATM, 17.05.2022 T ve E.2018/140-K.2022/414.

<sup>48</sup> Kararın istinaf edilmesi üzerine İstinaf Mahkemesi, “Banka teminat mektubunun aslının muhataba ulaşmaması hâlinde banka ile muhatap arasında geçerli bir te-

## b. Muhatabın Bankadan Teyit Alması

Banka, hazırladığı teminat mektubu önerisini bizzat ya da bilvasıta (lehtar aracılığı ile) muhataba ulaştırdığında, muhatabın bankadan teyit almak suretiyle kabul iradesini açıkça beyan etmesiyle taraflar arasında dar ve teknik anlamdaki teminat mektubu sözleşmesi kurulmuş olacaktır.

Uygulamada, garantör banka tarafından hazırlanarak muhataba ulaştırılması için lehtara verilen teminat mektubu önerilerinde, lehtarın bankanın yazılı önerisini teknolojik araçlar kullanarak çoğaltıp, orijinal metni kendinde tutup çoğaltılmış nüshayı muhataba verdiği, bir süre sonra da orijinal metni bankaya iade ederek, bankadan risk düşümü talebinde bulunduğu görülmektedir.<sup>49</sup> Güvence altına alınan risk gerçekleştiği gerekçesi ile ödeme talebinde bulunulduğunda banka,<sup>50</sup>

---

minat ilişkisi kurulamaz. Sahte bir teminat mektubu ile banka ile muhatap arasında icap ve kabul iradelerinin uyuşması ile geçerli bir teminat sözleşmesinin kurulduğundan söz edilemez.... Diğer yandan, bir teminat mektubunun ibrazı hâlinde banka, kendisine ait def'ileri ileri sürerek mektup bedellerinin ödenmesinden kaçınabilir. Teminat mektubunun sahte olması da bankaca ileri sürülebilecek def'ilerdendir. Sahte teminat mektubu itirazı ile karşılaşılması için, muhatabın kendisine lehtarca sunulan teminat mektubunu ilgili bankadan sorması ve gerekli araştırmaları yaparak kendisine ibraz edilen teminat mektubunun banka tarafından düzenlenip düzenlenmediğini ve bankanın teminat verme iradesi ile teminat kapsamına uygun olup olmadığını teyit etmesi gerekir." yönünde hüküm kurmuştur. İlk derece mahkemesi teyit alınmadığı için muhatabın müterafik kusuru olduğunu, istinaf mahkemesi ise muhataba ulaşan önerinin orijinal metnin ulaşmaması sebebi ile sözleşmenin kurulmadığı yönünde hüküm kurmuştur. İstanbul BAM 14 HD, 29.02.2024 T ve E.2021/260-K.2024/311. Benzer karar için bkz. İstanbul Anadolu 5 ATM, 17.05.2022 T ve E.2018/140-K.2022/414.

<sup>49</sup> Yargıtay'ın son dönemlerde verdiği kararlarda, teminat mektubu aslının lehtarın nasıl ele geçirdiğini araştırma yükümünün olmadığı yönünde hüküm kurduğu gibi (Örn. 11 HD, 27.10.2022 T ve E.2021/5608-K.2022/7506; 19 HD. 18.09.2017 T ve E.2016/10368-K.2017/5920) aksi yönde kararlar verdiği de görülmektedir (Örn. 11 HD, 15.05.2013 T ve E.2012-10093-K.2013/9996). Bunun yanında, teminat mektubu metni, muhatapça bankaya ibraz edilmiş ise herhangi bir problem olmayacak, risk düşümü yapılacaktır. Ancak mektup metni lehtar tarafından bankaya ibraz edilmiş ise, bankanın risk düşümü yapılabilmesi için, muhatabın haberdar edilerek riskin ortadan kalktığını doğrulaması ile risk düşümünün yapılabilmesi yönünde kararları da bulunmaktadır. Salt mektup aslının lehtar tarafından bankaya iade edilmesi bankanın riskini ortadan kaldırmaz. Bkz. 11. HD. 30.11.2015 T. ve 2015/10116-12679.

<sup>50</sup> Sahte teminat mektubu verilmesi hali, ceza hukuku bakımından Banka vasıta kullanılarak dolandırıcılık suçu olarak kabul edilmektedir. Yargıtay, "Sanığın müda-

*“bahsi geçen teminat mektubu aslı ... tarihinde bankamıza iade edilmiş olup, bankamız teminat mektubu risk düşüm işlemlerini gerçekleştirmiştir. Anılan teminat mektubu aslı bakamız nezdinde olup bu teminat mektubu kapsamında ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır” benzeri cevaplar vererek ödeme talebini reddetmektedir.*<sup>51</sup>

Mekanik araçlarla çoğaltılarak muhataba ulaştırılmış teminat mektubu metninin banka ile muhatap arasındaki sözleşmeye etkisi hususunda yargı kararlarında istikrar olduğunu söyleyebilmek mümkün değil. Bazı kararlarda bankaya ibraz edilen teminat mektubunun (mektup metni) sahte olmasından bahsedilmekte ve hatta teyit alınan teminat mektubu metninin orijinal olup olmadığının tespiti için uzman bilirkişi<sup>52</sup> ya da adli tıp<sup>53</sup> kurumundan rapor alınması, muhataba ulaşan ve bankadan teyit alınan metnin bankanın hazırlayıp muhataba gönderdiği metin olup olmadığının incelenmesi gerektiği yönünde hüküm kurulmaktadır. Yargıtay’ın mekanik araçlarla çoğaltılarak muhataba ulaştırılmış metnin verildiği hâllere yönelik olarak bankadan teyit alınmasının sözleşmenin kurulmasına etkisi hususunda farklı yaklaşımları olduğu, hatta aynı dairenin aynı olayla ilgili farklı karar verdiği görülmektedir.<sup>54</sup>

---

hil K.....A.Ş. tarafından verilmiş gibi sahte olarak düzenlediği teminat mektubu ile teyidini, şikayetçi Ç.. Ç ve M Sanayi Tic. A.Ş. yetkilisine ibraz ederek inşaat malzemesi almak istemesi üzerine, şikayetçinin müdahil banka ile irtibat kurarak teminat mektubunun sahte olduğunu öğrenip, satıştan vazgeçmesi şeklinde sübut bulan eyleminin TCK’nun 79. maddesi delaletiyle 504/3, 61. maddelerine uyan banka vasıta kılınmak suretiyle dolandırıcılığa eksik kalkışma suçunu oluşturduğu” yönünde hüküm kurmuştur. 11. CD. 30.9.2003 T. Ve E. 2002/10730-K. 2003/6358.

<sup>51</sup> İst. Anadolu 5. ATM 17.05.2022 T ve E.2018/140-K.2022/414.

<sup>52</sup> 11 HD, 15.05.2013 T ve E.2012-10093-K.2013/9996

<sup>53</sup> “... mektup üzerinde adli tıp kurumunca yapılan inceleme neticesinde mektubun sahte olarak düzenlenmiş olduğu” 11 HD, 13.04.2021 T ve E.2020/3930-K.2021/3587

<sup>54</sup> Yargıtay kararında “Garanti sözleşmesi şekle bağlı olmadığına, mektubu veren banka teminat mektubunun verildiğini ve yürürlükte olduğunu kabul ettiğine, bu kabul bankanın diğer bir şubesi kararından teyit edildiğine (ispat), muhatap da bankanın bu irade beyanına ıttıla kesbedip reddetmediğine (taklit teminat mektubunu iade etmediğine), böylece zımnî kabulünü göstermiş bulunmasına ve mektubu veren şubenin de bu suretle mektubun, muhatapın eline geçtiğini öğrenmiş olmasına göre taraflar arasında garanti sözleşmesinin oluştuğunun kabulü gerekir”. 11. HD, 27.12.1990 T. ve E. 1989/4046-K. 1990/8459. Aynı olay, karar düzeltme ve ilk derece mahkemesinin direnme gibi usuli süreçler sonrası aynı



Yargıtay'ın 1960'lı yıllardan<sup>55</sup> itibaren verdiği kararlarında, teminat mektuplarının kıymetli evrak niteliğinde olmadığı kabul edilmektedir. Mevzuatımızda garanti sözleşmeleri ya da teminat mektuplarının şekli hususunda herhangi bir düzenleme de bulunmamaktadır. Dolayısıyla sözleşmelerin şekline ilişkin genel kural, şekil serbestisi, dar ve teknik anlamdaki teminat mektubu sözleşmeleri bakımından da uygulama alanı bulacaktır (TMK m. 12/1).<sup>56</sup> Garanti sözleşmesi ya da teminat mektubunun yazılı olması sadece ispat hukuku bakımından özellik arz edecek, sözleşmenin kurulması ve geçerliliğine etkisi olmayacaktır.<sup>57</sup> Banka ile muhatap arasındaki dar ve teknik anlamdaki teminat mektubu sözleşmesinin kuruluşu bakımından önemli olan, bankanın sözleşme yapma iradesinin, yani önerinin muhataba ulaşması ve muhatabın da bankadan teyit alarak<sup>58</sup> kabul iradesini "açıkça"<sup>59</sup> beyan etmiş olmasıdır. Yukarıda da ifade edildiği gibi, banka ile muhatap arasındaki dar ve teknik anlamdaki teminat mektubu ilişkisine sözleşme denilmesinin sebebi, taraflar arasındaki irade uyumuna ihtiyaç duyulmasından başka bir anlam ifade etmemektedir. Bu aşamadan sonra, muhataba ulaşan önerinin bankanın hazırladığı orijinal metin ya da mekanik araçlarla çoğaltılmış metin olması nazara alın-

---

dairenin önüne tekrar gelmiştir. Daire "ilk kararında bankanın teyidi sebebiyle taraflar arasında bir garanti akdi oluştuğu görüşü benimsenmiş ise de daha sonra benzer davalarda da bu görüşten vazgeçilerek bankaya teminat mektubunun aslı ibraz edilmeden sadece mektup tarihi ve miktarı belirtilerek başvurma neticesi bankanın bu nitelikteki bir mektubun verildiğine ilişkin cevabına mektubun teyidi niteliğinde olmadığı" yönünde hüküm kurmuştur. 11. HD, 3.5.1993 T. ve E. 1992/1956-K. 1993/3128. Bkz. Doğan, s.163 vd.

<sup>55</sup> İİD 25.06.1960 T. ve E. 1960/427-K.1960/4542 Sayılı kararda, "ister kefaletname ister garanti akdi olarak tanzim edilmiş olsun, teminat mektupları hiçbir hâlde kıymetli evraktan madut değildir. Kıymetli evrak bir hakkı temsil eden, içinde bir hakkın mündemiac bulunduğu senetlerdir. Teminat mektubu ise bir hakkı temsil etmeyip, bir taahhüdü muhtevirdir. Ancak, mevzu şartın tahakkuku hâlinde ki tazminat ödeme veya borcu ifa etme mükellefiyetini doğurur". Reisoğlu, s.165. Aynı yöndeki kararlar; 11. HD, 21.05.2013 T. ve E.2012/12067-K.1013/10495; 11. HD, 12.04.2021 T ve E.2020/5317-K.2021/3560.

<sup>56</sup> Sözleşmelerin şekil kuralları için bkz. Nomer, s.123 vd.; Oğuzman/Öz, s.146 vd.

<sup>57</sup> Kısa süre öncesine kadar bankalarca hazırlanan teminat mektubu önerileri ayrırcı özelliği olmayan, renkli fotokopi ile dahi çoğaltılabilecek nitelikli sıradan kağıtlara yazılıp muhataplara gönderilmekteydi.

<sup>58</sup> 11.HD. 27.12.1990 T. ve E.1989/4046-K.1990/8459

<sup>59</sup> Bazı Yargıtay kararlarında, bankadan teyit alınması, "zımnî kabul" olarak nitelendirilmiştir. Örnek, 11. HD, 27.12.1990 T. ve E. 1989/4046-K. 1990/8459.



rak banka ile muhatap arasında dar ve teknik anlamdaki teminat mektubu sözleşmesinin kurulup kurulmadığının değerlendirilmesi doğru olmasa gerekir.<sup>60</sup> Yargıtay da benzer kararlar vermektedir. Kararda,<sup>61</sup> *“Banka teminat mektupları, kıymetli evrak niteliğinde olmayıp, somut olayda davalı bankanın davaya konu teminat mektubunu düzenledikten sonra muhatap yerine lehdara teslim etmesi yine aynı şekilde kendisine lehdar tarafından iade edilen teminat mektubuna ilişkin olarak durumu muhataptan sormak suretiyle işlem yapması gerekirken, değinilen hususların yerine getirilmemesi davalı banka yönünden kusur teşkil etmekte ve davacı muhataba karşı tazminat sorumluluğunu gerektir”* diğine hükmedilmiştir.

Banka ile lehtar arasında yapılan ve karşılık ilişkisi olarak nitelenen teminat mektubu temin etme sözleşmesine, “muhataba veya başkalarına tevdiinin, teminat mektubunun onlara tesliminin” bankadan istenemeyeceği yolunda hüküm konulması bankanın sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Çünkü bankalar, güven kurumu olarak görülmekte<sup>62</sup> ve Türk hukukuna göre yetkili makamlarca verilen izne dayalı olarak faaliyet göstermektedirler.<sup>63</sup> Hâl böyle olunca, bankalar TBK. m.115/III çerçevesinde, hafif kusurlarından dahi sorumludurlar. Bankalar kendilerine verilen izne dayanarak faaliyet gösterdiklerine göre, kendilerine tahmil edilecek hata veya eksikliklerden sorumlu olmaları gereklidir. Ancak, bankalar kendilerinden beklenen bütün ihtimamı göstermelerine rağmen, kullandıkları vasıtalar sebebi ile oluşacak hata veya eksikliklerden sorumlu olmayacaklardır. Somut olayın özelliğine göre lehtar vekil ya da yardımcı kişi tayin etmesi bankadan beklenen ihtimamı gösterdiği şeklinde değerlendirilebilirse, sorumsuzluk kayıtları geçerli olacak aksi halde sorumluluktan kurtulamayacaktır. Ancak her hâl ve şartta muhatap ile dar ve teknik anlamda teminat mektubu sözleşmesi yapma yükümü altına giren banka, teminat mektubu önerisini lehtar aracılığı ile muhataba ulaştırmış ise, basiretsiz davrandığına karine teşkil edecektir.

Lehtar aracılığı ile muhataba teminat mektubu önerisinde bulunulduğunda, muhatap, kendisine ulaşan öneriye yönelik kabul irade-

<sup>60</sup> Teoman, s.111 vd.

<sup>61</sup> 11 HD, 28.11.2011 T ve E.2009/14190-K.2011/15962.

<sup>62</sup> HGK, 08.11.2022 T ve E.2018/633-K.2019/6021.

<sup>63</sup> Tunçomağ, s.831; Gürbüz, s.62 vd.

sini bankadan teyit almak suretiyle açıklamış ise, dar ve teknik anlamdaki teminat mektubu sözleşmesinin kurulmadığından bahsedilemeyeceği gerekir. Zira sözleşmelerin kurulması için gerekli olan irade uyuşumu sağlanmıştır. Muhataba ulaşan önerinin yazılı olduğu evrakın orijinal ya da mekanik araçlarla çoğaltılmış olması sözleşmenin kurulmasına olumsuz etki etmeyecek, taraflar arasında sözleşme kurulmuş olacaktır. Aksinin kabulü, teminat mektubunun kıymetli evrak niteliğinde olmadığı yönündeki Yargıtay'ın yerleşik kararları ile doktrinde genel kabul gören görüş ile bağdaşmayacaktır. Mektup (sözleşme) metninin kıymetli evrak olmadığı kabul edildikten sonra, kıymetli evrak gibi algılanması bir çelişkiyi beraberinde getirmektedir. Garantör bankadan teyit alınmış ise, dar ve teknik anlamdaki teminat mektubu sözleşmesinin kuruluşu bakımından teminat mektubu öneri metninin orijinal ya da mekanik araçlarla çoğaltılmış olması bir fark yaratmayacaktır. Zira bankanın teminat mektubu sözleşmesi yapma yönündeki önerisi muhataba ulaşmış, muhatap da bankadan teyit almak suretiyle kabul iradesini açıklamıştır. Dolayısıyla sözleşmenin kuruluşu bakımından öngörülen süreç tamamlanmıştır. Bu aşamadan sonra banka ile muhatap arasında sözleşmenin kurulmadığının iddia edilmesi, sözleşmenin kuruluşuna ilişkin genel kurallara aykırı olacaktır.

## 2. Zımnî Kabul

Borçlar Kanunu'nda, açık bir kabule ihtiyaç olmadığı hâllerde, uygun bir zaman içinde reddedilmemiş *önerinin* kabul edilmiş sayılacağı hükme bağlanmıştır (m. 6; m.11).<sup>64</sup> Dar ve teknik anlamdaki teminat mektubu sözleşmesinde banka, temel ilişki sebebi ile muhatapın uğraması muhtemel risklerini güvence altına alma borcunu üstlenirken, muhatap, kural olarak, herhangi bir yükümlülük üstlenmeden yalnızca öngörülen hakları *elde etmektedir*. Tek tarafa borç yükleyen bu ilişkiye sözleşme denilmesinin sebebi, karşılıklı olarak irade uyuşumuna ihtiyaç duyulmasından başka bir anlam taşımamaktadır.<sup>65</sup> Dolayısıyla, lehtarın talebine uygun olarak bankaca hazırlanıp *muhataba* (doğrudan ya da lehtar aracılığı ile) ulaştırılan *önerinin* reddedilmemesi ile dar ve teknik anlamdaki teminat mektubu sözleşmesi zımnen kurulmuş

<sup>64</sup> Bkz. Oğuzman/Öz, s.69 vd.

<sup>65</sup> Schinnerer/Avancini, s.301; Kleiner/Landolt/Gemperli, s.142 vd.

olacaktır.<sup>66</sup> Bankanın muhataba yaptığı teminat mektubu *önerisi*, muhatabın lehine olduğu için, açık kabul beyanına gerek olmadan uygun bir zamanda reddedilmemiş ise, zımnen kabul edilmiş ve bankanın *önerisine* uygun olarak taraflar arasındaki dar ve teknik anlamdaki teminat mektubu sözleşmesi kurulmuş olacaktır.<sup>67</sup>

Banka ile muhatap arasındaki dar ve teknik anlamdaki teminat mektubu sözleşmesinin kuruluşu bakımından, bankanın *öneri* iradesinin yazıldığı metnin orijinal hâlinin ya da mekanik araçlarla çoğaltılmış hâlinin muhataba ulaşmasının *sözleşmenin kuruluşuna olumlu ya da olumsuz etkisi olmayacaktır*. Zira Yargıtay'ın yerleşik kararlarında ve doktrinde, teminat mektubunun kıymetli evrak niteliğinde olmadığı kabul edilmektedir. Bunun yanında, belge uzmanı olmayan muhataptan lehtar aracılığı ile gelen önerinin orijinal ya da mekanik araçlarla çoğaltılmış metin olup olmadığının tespit edebilmesi beklenemez. Bu kabulün doğal sonucu, taraflar arasındaki sözleşmenin kuruluşu bakımından muhataba ulaşan metnin orijinal ya da çoğaltılmış olmasının anlamı da yoktur.

Bankaların, lehtar ile yapmış oldukları sözleşmenin gereğini yerine getirirken, yani muhatap ile dar ve teknik anlamda teminat mektubu sözleşmesi yaparken, güven kurumu oldukları gibi yetkili makamlarca verilmiş izne dayalı faaliyet yaptıklarını, dolayısıyla hafif kusurlarında da sorumlu olduklarını gözden kaçırmamak gerekir. Kaldı ki, teminat mektubu sözleşmesi *şekle bağlı* değildir. Dolayısıyla *öneri* ve kabul iradeleri de *şekle bağlı* değildir. Tabii ki taraflar, aralarındaki sözleşmenin belli bir şekle tâbi olmasını kararlaştırabilirler. Bu bağlamda muhataba *öneride* bulunan banka, kabul iradesinin belli sürede ve belli şekilde yapılmasını *öngörebilir*. *Öneride*, ayrık düzenlemeye yer verilmemiş ise, makul sürede reddedilmeyen teminat mektubu *önerisi* zımnen kabul edilmiş ve dar ve teknik anlamdaki teminat mektubu sözleşmesi kurulmuş kabul edilmelidir. Muhatap, kendisine ulaşan bankanın *önerisini* bankadan doğrulatmamış ise, özellikle teminat mektubunun hazırlandığı metinlerin normal kağıtlara yazılmış metinler olması sebebi ile, muhatabın da kusuru olduğu kabul edilmelidir.

<sup>66</sup> Kleiner/Landolt/Gemperli, s.10 vd.; Schinnerer/Avancini, s.301; Kahyaoğlu, s.47 vd.

<sup>67</sup> Reisoğlu, s.37.

## SONUÇ

Teminat mektuplarında sahtelik iddiası, prensip olarak, Türk banka uygulamasından kaynaklanmaktadır. Bankalar, hazırladıkları teminat mektubu *önerisini* muhataba bizzat ulaştırmamakta, lehtarını vasıta olarak kullanmaktadırlar.

Elektronik teminat mektubu uygulamasının başlaması ve yaygınlaşması, özellikle, muhataba mekanik araçlarla çoğaltılmış metnin ulaştırılması uygulamasını, dolayısıyla şu ana kadar karşılaşılan sahtelik iddialarını da bertaraf edecektir. Ancak elektronik teminat mektubu uygulamasından yararlanılabilmesi için muhatabın, Elektronik Teminat Mektubu Platformuna üye olması gereklidir. Platforma üye olmayan muhatalara elektronik teminat mektubu verilebilmesi mümkün değildir. Diğer taraftan elektronik teminat mektubu uygulamasında limit sınırlaması bulunmaktadır. Hasılı, elektronik teminat mektubu uygulaması, kâğıt formatındaki teminat mektubu uygulamasını tamamen ortadan kaldırmayacaktır.

Platforma üye olmayan muhatalar ya da limit dışı teminat mektuplarında bankaların alacağı bir kısım tedbirler ile sahtelik iddiaları asgariye indirilebilecektir.

Bankalar, hazırladıkları teminat mektubu *önerisini* muhataba bizzat ulaştırırlar ya da mekanik araçlarla çoğaltılamayacak nitelikli evrak kullanırlar ise, mekanik araçlarla çoğaltma sebebi ile karşılaşılan sahtelik iddiaları da ortadan kalkacaktır. Ülkemizde teminat mektubu uygulamasının son derece yoğun olduğu ve bankacılık uygulaması da nazara alındığında, bankaların bizzat ulaştırma yolunu tercih etmeyecekleri görülmektedir. Ancak, elektronik teminat mektubu uygulaması, yoğun olarak talep edilen görece düşük miktartlı teminat mektubu uygulamasında rahatlatma sağlayacaktır. Bu sebeple, limit üzerinde hazırlanacak ülke içi ya da uluslararası nitelikli teminat mektuplarında, bankaların hazırlayacakları *öneriyi* muhataba kendilerinin ulaştırmaları beklenmelidir.

Bankalarca hazırlanacak teminat mektubu *önerileri* bizzat muhataba ulaştırılmasa da sözlenmesinin kuruluşu aşaması ile ilgili bir kısım basit tedbirler alınabilir. Bu bağlamda, tespit edilecek süre içinde bankadan teyit almakla muhatabın kabul iradesini açıklaması, verilen sürede teyit alınmaz ise sözleşmenin kurulmamış olaca-

ğının öneride açıkça ifade edilmesi, problemin çözümüne katkı sağlayacaktır.<sup>68</sup>

Bankanın teminat mektubu önerisini hazırlayıp muhataba göndermesinden sonra, sözleşme dışı üçüncü kişi konumundaki lehtarın, teminat mektubu sözleşmesi ile ilgili herhangi bir tasarruf hakkında bahsedilemez. Zira lehtar bankanın öneri iradesini muhataba ulaştırmaktan başka bir görev üstlenemez. Bu sebeple, bankalar, lehtardan gelebilecek soyut nitelikli talepleri, özellikle risk düşümü taleplerini nazara alamazlar. Ancak yine Türk bankacılık uygulamasında, mektubun lehtar tarafından bankaya iade edilmesi hâlinde, risk düşümünün yapılabileceği, bu yönde bankacılık uygulamasının geliştiği kabul edilmektedir. Yargıtay da aynı yönde karar vermiştir. Kararda,<sup>69</sup> “borcun ödenmesi üzerine... garanti alanın, taahhüdü muhtevi mektubu veren bankaya veya ona iade edilmek üzere fiili taahhüt edilen kimseye iade etmesi”nin risk düşümü yapılabilmesi için yeterli olduğu hükme bağlanmıştır. Kararda borcun ödenmesinden bahsedilmektedir. Oysa, teminat mektubu, lehtar ile muhatap arasındaki temel ilişkiden hukuken bağımsızdır. Yargıtay kararındaki bu kabul de, sözleşmelerin nisbiliği ilkesinin ihlâli anlamına gelecektir. Elbette teminat mektubu ile güvence altına alınan risk gerçekleşmemiş, yani lehtar muhataba borcunu ifa etmiş ise, teminat mektubu metninin bankaya iadesi, banka ile muhatap arasındaki dar ve teknik anlamdaki teminat mektubu ilişkisini sona erdirecektir. Riskin sona ermesinden sonra, teminat mektubu metninin bankaya kim tarafından iade edildiğinin önemi yoktur. Banka risk düşümünü yapmalıdır. Teminat mektubu metninin lehtarca iade edilmesi hâlinde, muhatapın bilvasıta teminat mektubu metnini iade ettiğinin kabul edilmesi isabetli olacaktır.<sup>70</sup>

<sup>68</sup> Tabii ki bankalar, hazırlayacakları teminat mektubu önerilerinde mekanik araçlarla kolay çoğaltılmayacak nitelikli kağıtlar kullanabilirler.

<sup>69</sup> İBK 13.12.1967 T. ve E. 1966/16-K. 1967/7.

<sup>70</sup> Yargıtay kararlarında da aynı esas kabul edilmektedir. “Teminat mektubu vermekle bankalarca, lehtar ile muhatap arasındaki temel ilişkiden bağımsız, belirli bir yükümlülüğün yerine getirilmesi garanti edilmektedir. Teminat mektubunun muhatap tarafından değil de lehtar tarafından iadesi halinde bankanın mutlaka muhatapı durumdan haberdar etmesi, teminat mektubunun verilmesine sebep olan riskin ortadan kalktığını teyit etmesi, bu doğrultuda risk çıkışını gerçekleştirme zorunludur. Aksi taktirde bankanın teminat mektubuna bağlı sorumluluğu devam edecek olup somut olayda davalılara rücu edilmek istenilen alacak da bu

Teminat mektubu ile güvence altına alınan riskin ortadan kalkmasına rağmen, muhatap mektubu bankaya iade etmiyor veya ibraname de vermiyor ise, lehtarın teminat mektubu ile güvence altına alınan riskin gerçekleşmeyeceğinin kesinleştiğine dair tespit davası açması ve alınacak karara istinaden risk düşümünü isteyeceğinin kabulü uygun olacaktır.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Barlas Nami, Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, İstanbul 1986.
- Claussen Carsten Peter, Bank-und Börsenrecht, Handbuch für Lehre und Praxis, München 1996.
- Doğan Vahit, Banka Teminat Mektupları, b.6 Ankara 2020.
- Dohm Jürgen, Bankgarantien im internationalen Handel, Bern 1985.
- Graf von Westphalen Friedrich, Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr, (Heraus. Graf von WESTPHALEN, Friedrich/ZOCHLING-JUD, Brigitta), 4. Aufl. Frankfurt am.2014.
- Gürbüz Hulusi, Bankalarla Ticarî Senetler İlişkisi, Ankara 1981.
- Haefeli Kurt, Schweizerisches Bankenrecht Handbuch für Finanzfachleute, 4. Aufl. Schulthess 2019.
- Kahyaoglu Emin Cem, Banka Garantileri, İstanbul 1996.
- Kleiner Beat, Bankgarantie, 4.Aufl., Zürich 1990.
- Kleiner Beat/Kaspar Landolt/Gemperli Dominiqe, Bankgarantie, 5. Aufl. Zürich, 2016.
- Mülbert Peter O., Missbrauch von Bankgarantien und einstweiliger Rechtsschutz, Tübingen 1985.
- Nomer Haluk, Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, b.19, İstanbul 2023.

---

sebepten kaynaklanmaktadır. Davalı banka tacir olup basiretli davranma yükümlülüğü uyarınca BK'nın 55. maddesi uyarınca adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğu hükümleri uyarınca da sorumluluğu bulunmaktadır. Somut olayda teminat mektubu aslının lehtar şirketin yöneticisi olan davalı ... tarafından iadesi sonrasında, muhatap ... İl Özel İdaresi'nden durumun sorulup teminat mektubunun verilmesine konu riskin ortadan kalkıp kalkmadığının araştırılması ve sonucuna göre işlem yapılması durumunda zararın oluşumunun önlenebileceği de kuşkusuzdur. Bu durumda zararın oluşumuna davalılarla birlikte, davacı bankanın da kusurlu eylemleriyle sebebiyet verdiği dikkate alınarak, davacı bankanın müterafik kusur oranı belirlenip, bu oran üzerinden BK'nın 44. maddesi uyarınca tazminat miktarından indirim yapılması gerektiği gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir." 11 HD, 30.11.2015 T ve 2015/10116-K.2015/12679. Aynı yönde 11.HD. 27.12.1990 T. ve E.1989/4046-K.1990/8459.

- Oğuzman M. Kemal/Öz M. Turgut, Borçlar Hukuku- Genel Hükümler, C.1, b.19, İstanbul 2021.
- Okçuoğlu Yavuz N., Yargıtay Kararları ve Karşıoylarım, Ankara, 1991.
- Reisoğlu Seza, Banka Teminat Mektupları, Kontrgarantiler, b.4, Ankara 2003.
- Roesle Eugen A., Die internationale Vereinheitlichung des Rechts der Bankgarantien, Zürich 1983.
- Samhat Abbas, J. Bankgarantie, (in. Münchener Kommentar zum HGB, band 6, Bankvertragsrecht, 5. Aufl. München 2024.
- Tandoğan Haluk, Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, C.II, b.2, Ankara 1982.
- Tekinalp Ünal, Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları, Yeniden yazılmış b.2, İstanbul 2009.
- Tunçomağ Kenan, Borçlar Hukuku, C.II, Özel Borç İlişkileri, b.3, İstanbul 1977.
- Yavuz Cevdet/Acar Faruk/Özen Burak, Borçlar Hukuku Dersleri-Özel Hükümler, b.16, İstanbul 2019.

### **Makaleler**

- Kuntalp Erden, Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bundan Doğan Sorumluluk, Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan, İstanbul 1995, s.263-299.
- Teoman Ömer, Teminat mektubunu Teyid Eden Bankanın Hukukî Sorumluluğu, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, 28-29 Nisan 1995, Ankara 1995 s.107-119.





# TRAFİK KAZALARININ NEDEN OLDUĞU SÜREKLİ İŞ GÖRMEZLİK HALLERİNDE TAZMİNAT HESAPLAMA YÖNTEMLERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

## A COMPARISON OF COMPENSATION CALCULATION METHODS IN CASES OF PERMANENT DISABILITY CAUSED BY TRAFFIC ACCIDENTS

Ali KÖSE\*  
Seher TEZERGİL\*\*

**Özet:** Güncel Anayasa Mahkemesi kararlarında sürekli iş görmezlik tazminat hesaplamalarına ilişkin bakiye ömrün belirlenmesinde tablo olarak PMF 1931 yaşam tablosu yerine TRH 2010 yaşam tablosunun, yöntem olarak da progresif rant yönteminin (%10 artırı-lıp %10 iskonto edilmesi suretiyle tazminat miktarının tespiti) kullanılması işaret edilmektedir. Dolayısıyla söz konusu kararlar neticesinde trafik sigortasından kaynaklanan tazminatların Genel Şartlar'a göre hesaplanamayacağı sonucuna varılmış olup söz konusu tazminat hesaplamalarında aktüeryal yöntemin kullanılacağı yönünde bir içtihat oluşturulmuştur.

Bu çalışmada sürekli iş göremezlik tazminat tutarlarının tespitinde Yargıtay Kararları ile Genel Şartlar'da işaret edilen yöntemlerin mukayesesi amaçlanmıştır. Bu amaç doğrultusunda 20, 40 ve 60 yaş kırılımlarında, %10 maluliyet oranı ve TRH 2010 yaşam tablosu kullanılarak farklı faiz oranlarıyla hem bakiye ömür hem de tam hayat anüitesi yaklaşımlarıyla, asgari ücret gelir tutarı dikkate alınarak progresif rant yöntemi ve aktüeryal yöntemle göre belirlenmiş olan sürekli iş görmezlik tazminat tutarları 42 adet örnek vaka üzerinde hesaplanmıştır. Elde edilen sonuçlar karşılaştırılarak yöntemlerin ürettiği sonuçlar arasındaki farklılıklar değerlendirilmiş ve önerilerde bulunulmuştur.

\* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Finansal Bilimler Fakültesi Aktüerya Bilimleri Anabilim Dalı, akose@marmara.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6114-1550.

\*\* Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Finansal Bilimler Fakültesi Aktüerya Bilimleri Anabilim Dalı, stezergil@marmara.edu.tr, ORCID:0000-0002-1257-0620.Makale-nin Gönderim Tarihi: 07.11.2024, Kabul Tarihi: 15.01.2025

**Anahtar Kelimeler:** Sürekli İş Görmezlik, Progresif Rant Yöntemi, Aktüeryal Yöntem, Teknik Faiz Oranı

**Abstract:** In the current Constitutional Court decisions, it is indicated that the TRH 2010 life table should be used instead of the PMF 1931 life table as a table in determining the remaining life for permanent disability compensation calculations, and the progressive annuity method (determining the compensation amount by increasing it by 10% and discounting it by 10%) as a method. Therefore, as a result of the decisions in question, it has been concluded that compensations arising from traffic insurance cannot be calculated according to the General Conditions, and a precedent has been established that the actuarial method will not be used in the calculations of compensation in question.

This study aims to compare the methods indicated in the General Conditions with the Supreme Court Decisions in determining the permanent disability compensation amounts. For this purpose, the permanent disability compensation amounts determined according to the progressive annuity method and actuarial method were calculated on 42 sample cases, considering the minimum wage income amount, with both residual life and full life annuity approaches with different interest rates, in the age ranges of 20, 40 and 60, with a 10% disability rate and using the TRH 2010 life table. The obtained results were compared and the differences between the results produced by the methods were evaluated.

**Keywords:** Permanent Disability, Progressive Annuity Method, Actuarial Method, Technical Interest Rate

## GİRİŞ

Trafik kazaları gerek yüksek ölüm ve yaralanma oranları gerekse yüksek ekonomik maluliyetler nedeni ile önemli bir sorundur.<sup>1</sup> TÜİK verilerine göre 2023 yılında 235.071 adet ölümlü yaralanmalı trafik kazası gerçekleşmiştir.<sup>2</sup> Söz konusu trafik kazaları sonucunda anatomik veya fonksiyonel olarak problem yaşayan bireyler mahkemelerden, sigorta şirketleri aracılığıyla ya da bireysel olarak adli tıp uzmanlarından sürekli iş görmezlik oranlarının hesaplamasına yönelik rapor talep ederek tazminat talebinde bulunabilmektedirler. Bu tazminat tutarlarının belirlenmesinde, gerçek zarar ilkesi ve tazminat prensibi açısından en doğru hesaplama yönteminin kullanılması son derece önem arz etmektedir. Bununla birlikte yargıtay kararlarında ve Genel

<sup>1</sup> Talip Vural, "Trafik kazası sonrasında düzenlenen maluliyet raporlarında çözülemeyen problem: Yönetmelik sorunu", *Adli Tıp Dergisi*. 2022; C. 36, S.3, s.105.

<sup>2</sup> <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Karayolu-Trafik-Kaza-İstatistikleri-2023-53479>, erişim tarihi: 31.05.2024.

Şartlar'da önerilen yöntemlerin farklı olması nedeniyle sektörde hesaplanan tazminat tutarları ile Yargıtay'ın benimsemiş olduğu hesaplama ilkeleri ekseninde hesaplanan tazminat tutarları arasında farklılıklar ortaya çıkmaktadır. Bu ise tazminat ödeme döneminde sigorta şirketleri ile hak sahiplerinin anlaşamaması sonucunu doğurmakta, çözümsüz kalınması nedeniyle sorunun yargıya taşınması durumunda ise oluşan zararın mümkün olan en kısa sürede telafisini engelleyerek ek maliyetleri beraberinde getirmektedir.

Bu çalışmanın amacı sürekli iş göremezlik tazminat tutarlarının tespitinde Yargıtay kararlarında ve Genel Şartlar'da işaret edilen yöntemler sonucu elde edilen tazminat tutarlarının karşılaştırılmasıdır. Örnek vakalar çerçevesinde gerçekleştirilen hesaplamalarla elde edilen tutarların karşılaştırılarak yöntemlerin ürettiği sonuçlar arasındaki farklılıkların değerlendirilmesi ve önerilerde bulunulması hedeflenmektedir.

## I. SÜREKLİ İŞ GÖREMEZLİK TAZMİNATI

Türk Borçlar Kanunu'nun 54. maddesinde bedensel zararlar sıralanmış olup geçici ve sürekli iş göremezlikten kaynaklanan kayıplar söz konusu maddenin 3. bendinde çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar olarak ifade edilmiştir. Sürekli iş göremezlik zararının tanımı kanunda yapılmamıştır. Sürekli iş göremezlik zararları, beden gücü kayıp oranlarına göre *sürekli kısmi iş göremezlik* ve *sürekli tam iş göremezlik* olarak da ikiye ayrılmaktadır. *Sürekli kısmi iş göremezlik*, organ eksilmesi veya organ zayıflaması sonucu beden gücünün belli bir oranda azalması durumu olarak tanımlanırken *sürekli tam iş göremezlik* ise beden gücünün bütünüyle yitilmesi durumudur.<sup>3</sup> Yargıtay ise sürekli iş göremezliği organ eksilmesi veya organ zayıflaması sonucu beden gücünün belli bir oranda azalması durumu olarak tanımlanmaktadır.<sup>4</sup> Sürekli iş göremezlik durumunda zarar görenin

<sup>3</sup> Çelik Ahmet Çelik, "Bedensel Zararlar Nedeniyle Tazminat", <http://www.tazminat hukuku.com/arastirma-yazilari/bedensel-zararlar-nedeniyle-tazminat.htm>, erişim tarihi: 07.01.2025.

<sup>4</sup> Yargıtay 17. HD 2018/959 E., 2018/11263 K., K.T. 26.11.2018, Yargıtay 17. HD 2015/6586 E., 2018/357 K., K.T. 29.01.2018, Yargıtay 17. HD 2014/1724 E., 2015/13653 K., K.T. 09.12.2015, Yargıtay 4. HD 2012/8598 E., 2013/7796 K., K.T. 25.04.2013, Kazancı İçtihat Bankası.

çalışma gücünün sürekli olarak azalması ya da tamamen kaybedilmesi söz konusudur.<sup>5</sup> Trafik Sigortası Genel Şartlar'ının A.5.b. bendindeki, teminat türleri içinde yer alan sürekli sakatlık teminatı “Üçüncü kişinin sürekli sakatlığı dolayısıyla ileride ekonomik olarak uğrayacağı maddi zararları karşılamak üzere, bu genel şart ekinde yer alan esaslara göre belirlenen tazminatları içeren teminattır.” şeklinde ifade edilmektedir.<sup>6</sup>

## II. SÜREKLİ İŞ GÖREMEZLİK TAZMİNATINA İLİŞKİN ZARAR TÜRLERİ

### A. Ekonomik Geleceğin Sarsılmasından Doğan Kayıplar

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun m. 54. maddesi ile 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 46. maddesinin 1. fıkrası hükmünde bedensel zararlar kapsamında ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar yer almaktadır. Bu kavram; kişilerin haksız fiil veya hukuka aykırı olaylar sebebiyle beden gücü kaybına uğrayan ve bundan dolayı geçici veya sürekli iş göremez hale gelen kimselerin uğrayabileceği ekonomik zararlarla mevcut ekonomik kazançlarında meydana gelen azalma veya kayıpları kapsamaktadır.

Bireylerin bedensel bütünlüklerinin bozulması halinde çalışma imkânı tamamen ortadan kalkmasa bile kişilerin bazı ekonomik kayıplara uğraması durumu söz konusu olabilir, bu ekonomik kayıplar kişinin;

- Mesleğini icra edemez halde olması,
- Meslek/iş değişikliği yapmak zorunda kalması,
- Mesleğinde yükselme imkanını yitirmiş olması,
- Maluliyet sebebiyle erken emekli olmak durumunda kalması,
- Beden gücü kaybından ötürü bazı işleri yapamayacak durumda olması,
- Tedavi ve iyileşme süresi içerisinde bazı fırsatları kaçırmak durumunda kalması

<sup>5</sup> Yıldırım Keser, “Karayolları Trafik Kanunu Kapsamında Geçici İş Göremezlik Tazminatı”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C. 18 S. 2, s. 1042.

<sup>6</sup> Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları. <https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=20752&mevzuatTur=Teblig&mevzuatTertip=5>, erişim tarihi:15.04.2024.

şeklinde sıralanabilir. Örneğin, bir kişinin bir kaza sonucu yaralanması ve bu nedenle bir uzvunu kullanamaz hale gelmesi nedeniyle mesleğini tamamen ya da kısmen icra edemeyecek ve gelir kaybı yaşayacak olup kişinin gelecekteki ekonomik durumu bu sonuçtan olumsuz etkilenecektir. Bu tür durumlarda, kişilerin yaşadığı ekonomik kayıplar da tazminat talebi olarak değerlendirilebilir.<sup>7</sup>

### III. SÜREKLİ İŞ GÖREMEZLİK TAZMİNATININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Hukuki açıdan sürekli iş görmezlik “insanların sigortalı olarak çalışmaya başladığı günden itibaren oluşan ya da bu tarihten sonra belirli bir seviyeye gelen fiziksel ya da zihinsel hastalığının yahut arızasının (sakatlığının) belirli oranda sürekli iş görmezlik oluşturması durumu” olarak tanımlanmaktadır.<sup>8</sup> Bununla birlikte çalışma dönemi olan aktif dönem dışında kalan dönemlerde de (çalışma yaşından küçük bireyler için efor dönemi, emeklilik dönemi için ise pasif dönem) hayatın olağan akışında maluliyet durumu oluşan bir kişinin maluliyeti olmayan bir kişiye nazaran daha fazla efor sarf etmesi nedeniyle sürekli iş görmezlik zararı söz konusudur.

Bu konu ile ilişkili olarak motorlu araç sahiplerinin sorumlulukları kapsamında Karayolları Trafik Kanunu düzenlenmiş olup bu kanunda motorlu aracın kullanımı sırasında oluşan yaralanma ve ölümler durumunda kusurla ilişkili hukuki sorumluluk belirtilmiştir. Yine ilgili kanunda tüm araçlar için mali sorumluluk sigortası yaptırılmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Büşra Bulut, İş Görmezlik ve Destekten Yoksun Kalma Tazminat Hesabına İlişkin Aktüeryal Hesaplamalar ve Değerlendirmeler, Karabük Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Aktüerya ve Risk Yönetimi Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Karabük, 2023, s.52.

<sup>8</sup> Talip Vural, Trafik Kazası Sonrasında Düzenlenen Maluliyet Raporlarında Yaşanan Sorunlar ve Maluliyet Oranlarının İlgili Yönetmeliklere Göre Karşılaştırılması, Atatürk Üniversitesi, Tıp Fakültesi, Adli Tıp Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Erzurum, 2020, s.9.

<sup>9</sup> Çağlar Özdemir, Trafik kazaları ve bilirkişilik, Birinci Basamakta Adli Tıp, Editör: Sermet Koç/Muhammet Can, İstanbul Tabip Odası Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2011, s. 90.

Bu konuda 14.05.2015 tarihli ve 29355 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları, Tanımlar kısmında, *zarar*; “motorlu bir aracın işletilmesi ile oluşan bir trafik kazası sonucunda üçüncü şahısların ekonomik değeri olan mal varlığında doğrudan azalma olmasına veya vücut bütünlüğünde eksilmeye, sürekli sakatlığa veya ölümüne sebebiyet verilmesi nedeniyle ilgililerin uğradıkları bu Genel Şartlar ile içeriği belirlenen maddi kayıplar” olarak ifade edilmiştir.<sup>10</sup>

#### IV. SÜREKLİ İŞ GÖREMEZLİK TAZMİNATININ HESAPLAMA YÖNTEMLERİ

Yargıtay’ın pek çok kararında benimsendiği üzere uygulamada, beden gücü eksilen kişinin kazançlarında bir azalma olmasa bile, aynı kazancı elde ederken yaşitlarına ve aynı işi yapanlara göre daha fazla güç-efor harcayacak olması nedeniyle güç (efor) kaybı tazminatı isteme hakkı söz konusudur. Bununla birlikte yine uygulamada, hangi yaşta olursa olsun, beden gücü kaybına uğrayan kişilerin bir işi ve kazançları olmasa bile, günlük yaşamlarını sürdürürlerken sakatlıkları oranında zorlanacak olmaları nedeniyle de bir tazminat hesabı yapılması gerektiği işaret edilmektedir.<sup>11</sup>

Tazminat davalarında hesaplama yöntemleri konusunda ülkemizde üç dönem yaşanmıştır. *1982’den önceki dönem*; bu dönemde ortalama kazanç ve sabit taksitli rant tekniği denilen yöntemle geleceğin kazançları %5 oranında artırılıp iskonto edilerek tazminat hesapları yapılmıştır. *1982-1994 arası dönem*; bu dönemde, ortalama ücret ve sabit rant tekniğine bağlı kalınmakla birlikte, geleceğin kazancının saptanmasında geometrik artış oranı %5’den %10’a çıkarılmıştır. Bu dönemin, önceki dönemden ayrılan bir yönü de işlemiş dönem zararının iskonto edilmeden ayrı hesaplanması ve yalnızca işleyecek dönemin iskontoya tâbi tutulmasının öngörülmesidir. *1994 yılından sonraki dönem*; bu dönemde ise progressif rant yöntemi adıyla, en son bilinen

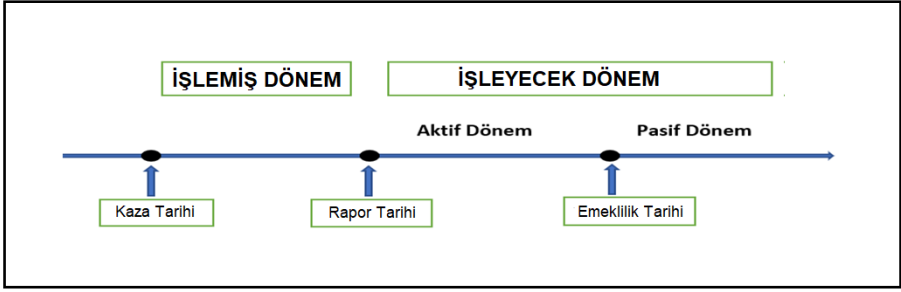
<sup>10</sup> Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları, erişim tarihi:15.04.2024).

<sup>11</sup> Çelik Ahmet Çelik, “Güç Kaybı Tazminatı Nedir Nasıl Hesaplanmalı”, <http://www.tazminathukuku.com/gorus-bildirimleri/guc-kaybi-tazminati-nedir-nasil-hesaplanmali.htm>, erişim tarihi: 07.01.2025.



kazanç unsurunun her yıl için ayrı ayrı %10 artırılıp %10 indirildiği, sonuçta kazançların hiç artmayıp hep başlangıçtaki rakamda kaldığı hesaplama biçimi uygulanmaya başlanmıştır.<sup>12</sup>

Günümüzde sürekli iş göremezlik tazminat yöntemlerine ilişkin hesaplamalarda kaza tarihi, rapor tarihi, kişinin yaşı dolayısıyla doğum tarihi, kişinin gelir durumu ve kusur oranı bilgilerine ihtiyaç duyulmaktadır. Ayrıca hesaplamalarda dönem açısından işlemiş ve işleyecek dönem olarak iki farklı dönem söz konusudur. Hali hazırda uygulamada aktüeryal yöntem ve progresif rant yöntemi olarak yer bulan yöntemlerin farklılaşan metodolojileri aşağıda detaylandırılmıştır.



Şekil 1. Tazminat Hesaplamalarına İlişkin Dönemler

### A. Aktüeryal Yöntem

Aktüeryal yöntemde hesaplama, *deterministik* ve *stokastik* olmak üzere iki bölümden oluşmaktadır.

- *Deterministik dönem*; kaza tarihinden itibaren hesap tarihine kadar geçen süreyi ifade eder. Bu dönemde "olasılıksal" bir durum söz konusu olmayıp hesaplama esas tüm unsurlar belirlidir. Uygulamada bu dönem "işlemiş/bilinen dönem" olarak ifade edilir.
- *Stokastik dönem*; hesap tarihinden itibaren kişinin muhtemel yaşam süresinin sonuna kadar geçen süreyi ifade eder. Bu dönemde

<sup>12</sup> Çelik Ahmet Çelik, "Geçmişten Bugüne Tazminat Hesapları", <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/gecmisten-bugune-tazminat-hesaplari.htm>, erişim tarihi: 07.01.2025.

hem “olasılık” hem de “faiz oranı” unsurları kullanılarak hesaplanmaktadır. Bu dönem kişinin yaşına göre efor, aktif ve pasif dönem olarak ayrılabilir gibi sadece aktif ve pasif ya da sadece pasif dönemden de oluşabilir. Uygulamada bu dönem “işleyecek/bilinmeyen dönem” olarak ifade edilir.

Aktüeryal yöntemde hem kişilerin yaşam olasılıklarının hem de faiz unsurunun hesaba dahil edilmesini sağlayan yaşam tablolarına faiz yüklemesi ile elde edilen komütasyon fonksiyonları kullanılır. Komütasyon fonksiyonları yaşama ve ölüme bağlı olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Sürekli iş görmezlik durumunda kaza tarihi sonrasında kişinin hayatına devam ediyor olması nedeniyle hesaplamalarda yaşayanların sayısına bağlı komütasyon fonksiyonları kullanılmaktadır. Bu fonksiyonlar;

$$D_x = v^x \cdot l_x$$

$$N_x = D_x + D_{x+1} + D_{x+2} + \dots$$

$$S_x = N_x + N_{x+1} + N_{x+2} + \dots$$

$$S_x = D_x + 2 \cdot D_{x+1} + 3 \cdot D_{x+2} + \dots$$

şeklinde ifade edilir. Burada,  $l_x$ , x yaşında hayatta olan kişi sayısını ifade ederken,  $v$ , iskonto faktörünü ifade etmekte olup içinde faiz oranını ( $i$ ) bulundurmaktadır. ( $v^x = \frac{1}{(1+i)^x}$ )

### 1. Teknik Faiz

Aktüeryal teknik faiz oranı, davacının toplu halde aldığı tazminatı tükenmeden önce elde edebileceği getiri oranıdır.<sup>13</sup>

Teknik faiz oranı, genellikle geçmiş yıllara ilişkin veriler dikkate alınarak, yatırım araçlarındaki reel artışlar ile gelirdeki reel artışlar arasındaki farkların ortalaması dikkate alınarak hesaplanmaktadır.

<sup>13</sup> Mustafa İsmail Kaya ve Funda Karaman, “Yargıtay 17. Hukuk Dairesi’nin 2019/3292 E., 2021/1848 K. Sayılı Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Kapsamında Tazminat Hesaplamasında Kullanılan Yönteme İlişkin Kararının Değerlendirilmesi”, *Karar İncelemeleri Dergisi*, Haziran-Aralık 2022, C. 1, S. 1-2, s. 418.

$$\text{Teknik Faiz} = \left\{ \begin{array}{l} \text{Yatırım Araçlarındaki} \\ \text{Ortalama Reel Artış} \end{array} \right\} - \left\{ \begin{array}{l} \text{Gelirdeki} \\ \text{Ortalama Reel Artış} \end{array} \right\}$$

Aktüeryal yönetime ilişkin hesaplamalarda iki farklı yaklaşımla tazminat sonuçları belirlenmektedir;

- **Hayat Anüite Yöntemi**, bu yöntemde kişinin yaşam tablosundaki bakiye ömür süresi ( $e_x$ ) dikkate alınarak tazminat tutarları belirlenmekte olup aşağıda belirtilen doğrultuda aktif ve pasif dönem tutarlarına ulaşılır.
  - Aktif dönem için,  $x$  yaşındaki bir kişinin  $x$  yaşından  $x+t$  (emeklilik) yaşına kadar elde edeceği 1 liralardan peşin değerini (bugünkü değerini) ifade eden sınırlı süreli anüite katsayısı formülü  $\ddot{a}_{x:t} = \frac{N_x - N_{x+t}}{D_x}$
  - Pasif dönem için,  $x+t$  yaşındaki bir kişinin  $x+t$  yaşından itibaren muhtemel yaşam süresi boyunca ( $x+t+n$  yaşına kadar) elde edeceği 1 liralardan peşin değerini (bugünkü değerini) ifade eden ertelenmiş anüite katsayısı formülü  ${}_t\ddot{a}_{x:n} = \frac{N_{x+t} - N_{x+t+n}}{D_x}$
- **Tam Hayat Anüite Yöntemi**, bu yöntemde ise kişinin bakiye ömür süresi ( $e_x$ ) yerine yaşam tablosundaki son yaş dikkate alınarak tazminat tutarları belirlenmektedir.
  - Aktif dönem için,  $x$  yaşındaki bir kişinin  $x$  yaşından  $x+t$  (emeklilik) yaşına kadar elde edeceği 1 liralardan peşin değerini (bugünkü değerini) ifade eden sınırlı süreli anüite katsayısı formülü  $\ddot{a}_{x:t} = \frac{N_x - N_{x+t}}{D_x}$
  - Pasif dönem için,  $x+t$  yaşındaki bir kişinin  $x+t$  yaşından itibaren yaşam tablosundaki son yaşa kadar elde edeceği 1 liralardan peşin değerini (bugünkü değerini) ifade eden ertelenmiş anüite katsayısı formülü  ${}_t\ddot{a}_x = \frac{N_{x+t}}{D_x}$

İşlemiş dönemin deterministik yapısı gereği bu döneme ait kişinin hak ettiği tazminat tutarı; söz konusu dönemdeki gelir, süre, maluliyet ve kusur oranı ekseninde aşağıdaki formül ile hesaplanır.

$$\text{İşlemiş Dönem Tazminat Tutarı} = \frac{\text{Aylık} \times \text{Aylık İşlemiş} \times \text{Maluliyet} \times \text{Kusur}}{\text{Gelir Tutarları} \times \text{Dönem Süresi} \times \text{Oranı} \times \text{Oranı}}$$

Hesap tarihinden sonraki aktif ve pasif dönem tazminat hesaplamalarının stokastik yapısı gereği ise yaşam olasılığı ve faiz oranını içinde bulunduran komütasyon fonksiyonları kullanılarak bu dönemlere ilişkin tazminat hesapları aşağıdaki şekilde yapılır.

$$\text{Aktif Dönem Tazminat Tutarı} = \text{Hesap Tarihindeki Yıllık Gelir Tutarı} \times \text{Anüite Katsayısı} \times \text{Maluliyet Oranı} \times \text{Kusur Oranı}$$

$$\text{Pasif Dönem Tazminat Tutarı} = \text{Hesap Tarihindeki Yıllık Gelir Tutarı} \times \text{Ertelenmiş Anüite Katsayısı} \times \text{Maluliyet Oranı} \times \text{Kusur Oranı}$$

Bu hesaplamalarda gelirin kişiden kişiye değişiyor olması nedeniyle gelirin doğru tespiti oldukça önemli olup kişinin geliri, gelir belgesinin olup olmaması, çocuk, öğrenci, ev hanımı veya emekli olması gibi unsurlar ekseninde değişkenlik göstermektedir. Yerleşik Yargıtay Kararları'na göre geliri belgelenemeyen ve çalışma yaşında olan kişilerin geliri AGİ dahil Asgari Ücret tutarları ekseninde hesaplamalara dahil edilirken, sürekli sakatlık durumu yaşayan kişinin çocuk, ev hanımı veya emekli olması durumunda AGİ hariç Asgari Ücret tutarları dikkate alınarak hesaplama yapılmaktadır. Sürekli sakatlık durumu yaşayan kişinin öğrenci olması durumunda ise mezuniyeti sonrası eğitimini aldığı melege ilişkin ilgili meslek kuruluşlarından ya da TUIK Kazanç Sorgulama biriminden ilgili mesleğe ilişkin ortalama gelir tutarları belirlenebilmektedir. Kişinin gelir belgesi söz konusu ise belgelenen gelir tutarları ekseninde hesaplama yapılarak tazminat tutarı belirlenmektedir. Bu çalışmada gelir parametresi asgari ücret tutarları olarak kabul edilerek hesaplamalar yapılmıştır.

## B. Progresif Rant Yöntemi

Progresif kelimesi İngilizce kökenli “progressive” kelimesinde alınmıştır. Tanım olarak “giderek ilerleyen” ve rant kelimesi ise Fransız kökenli “rente” kelimesinden türetilmiş sözlük anlamı “getirim” olarak tanımlanır. Dolayısıyla progresif rant kavramı, “giderek ilerleyen getirim” biçiminde ifade etmek mümkündür.<sup>14</sup>

Progresif rant yönteminde de aktüeryal yöntemde olduğu gibi işlemiş dönem tazminat tutarı

<sup>14</sup> Kaya ve Karaman, s. 411.

$$\text{İşlemiş Dönem Tazminat Tutarı} = \frac{\text{Aylık Gelir Tutarları}}{\text{Aylık İşlemiş Dönem Süresi}} \times \frac{\text{Maluliyet Oranı}}{\text{Kusur Oranı}}$$

formülü ile hesaplanır. Yöntemler arasındaki farklılık stokastik dönem tazminat hesabında ortaya çıkmaktadır. Bu dönemde yaşam olasılığı yaşam tablosundaki bakiye ömrün kullanılmasıyla hesaba dahil edilmektedir. Ancak burada gelirin aynı faiz oranı ile arttırılması ve yine aynı faiz oranında azaltılması sebebiyle gelecek yıllara ilişkin gelirlerde bir değişiklik olmayacak ve güncel gelir hesap tarihindeki gelire eşit olacaktır. Bu durumda hesaplamada faiz oranının etkisini yitirmiş olması nedeniyle hesaplamada kullanılacak gelirin, hesap tarihindeki gelir olarak belirlenmesi gerekmektedir.<sup>15</sup>

Yerleşik Yargıtay kararlarında, gelirin %10 oranında artırılması ve azaltılması uygulanması bilirkişi raporlarında hesaplamaların uzun tablolar şeklinde yer almasına neden olmakta olup bunun yerine yukarıdaki açıklamaya istinaden, hesaplamada sadece hesaplama yapılan dönem sayısı ile gelir tutarının çarpılmasının yeterli olduğu açıktır. Bununla birlikte bu yönteme ilişkin hesaplama formülasyonunda, faiz oranının etkisini yitirmiş olması nedeniyle yerleşik Yargıtay kararlarında %10 ya da farklı herhangi bir oran ile hesaplama yapılması sonuçları etkilemeyecek ve dolayısıyla değiştirmeyecektir.

$$\text{Aktif Dönem Tazminat Tutarı} = \frac{\text{Hesap Tarihindeki Yıllık Gelir Tutarı}}{\text{Hesap Tarihi ile Emeklilik Başlangıç Tarihi Arasındaki Süre (Yıl)}} \times \frac{\text{Maluliyet Oranı}}{\text{Kusur Oranı}}$$

$$\text{Pasif Dönem Tazminat Tutarı} = \frac{\text{Hesap Tarihindeki Yıllık Gelir Tutarı}}{\text{Emeklilik Başlangıç Tarihi ile Beklenen Ömre Göre Belirlenen Son Yaş Arasındaki Süre (Yıl)}} \times \frac{\text{Maluliyet Oranı}}{\text{Kusur Oranı}}$$

şeklinde hesaplanır.

<sup>15</sup> Örnek olarak, 100 TL'nin %10 faiz ile bir yıl sonraki değeri (100x1,10<sup>1</sup>) 110 TL olurken, bir yıl sonraki 110 TL'nin bugünkü değeri (110x1,10<sup>-1</sup>) yine 100 TL olacaktır. Bu nedenle gelirin aynı faiz oranı ile arttırılması ve yine aynı faiz oranında azaltılması neticesinde gelecek yıllara ilişkin gelirlerin bugünkü değeri hesap tarihindeki gelire eşit olacaktır.

## V. UYGULAMA

Yukarıda açıklanan hesaplama yöntemleri ekseninde cinsiyet, 20, 40 ve 60 yaş kırılımlarında, %10 maluliyet oranı ile TRH 2010 yaşam tablosu kullanılarak farklı faiz oranlarıyla hem bakiye ömür hem de tam hayat anüitesi yaklaşımlarıyla, asgari ücret gelir tutarı dikkate alınarak progresif rant yöntemi ve aktüeryal yöntemle göre belirlenmiş olan sürekli iş görmezlik tazminat tutarları belirlenmiştir. Belirtilen bilgiler ekseninde her yöntem açısından ayrı ayrı yapılan hesaplamalar sonucunda 42 adet örnek tazminat tutarı Tablo 1 de gösterildiği şekilde elde edilmiş ve sonuçları karşılaştırılmıştır. Bununla birlikte elde edilen tazminat tutarlarının oransal değişimi Tablo 2 de verilmiş olup söz konusu örneklerden elde edilen bulgular tartışılmıştır.

Tablo 1 de yer alan tazminat tutarları incelendiğinde bütün yaşlar için progresif rant yönteminin en yüksek tazminatı verdiği görülmektedir. Tam hayat anüitesi yaklaşımında ise hem kadın hem de erkek için bütün yaşlarda %0 teknik faizle hesaplanan tazminatın en yüksek tutarda olduğu ve bununla birlikte progresif rant yöntemiyle hesaplanan tazminata en yakın tutar olduğu görülmektedir.

	Progresif Rant Yöntemi		Aktüeryal Yöntem					
	Bakiye Ömür		Bakiye Ömür					
			0 Teknik Faiz		%1,65 Teknik Faiz		%1,8 Teknik Faiz	
	Kadın	Erkek	Kadın	Erkek	Kadın	Erkek	Kadın	Erkek
TRH - 20 yaş	1.200.709,91	1.101.632,07	1.117.512,41	1.005.308,56	739.275,56	689.075,53	714.720,32	667.955,52
TRH - 40 yaş	800.398,57	712.571,52	720.935,98	624.980,85	546.949,65	489.904,37	534.333,60	479.861,30
TRH - 60 yaş	424.261,24	359.496,32	357.887,25	291.873,22	310.319,49	259.189,58	306.492,30	256.512,64
			Tam Hayat Anüitesi					
			%0 Teknik Faiz		%1,65 Teknik Faiz		%1,8 Teknik Faiz	
			Kadın	Erkek	Kadın	Erkek	Kadın	Erkek
			1.210.885,23	1.111.817,44	772.198,05	729.246,79	744.697,80	704.758,42
			810.573,67	722.756,55	590.602,02	540.509,00	575.254,35	527.562,69
434.434,77	369.679,32	361.083,13	313.293,95	355.420,44	308.885,52			

**Tablo 1.** Progresif Rant ve Aktüeryal Yöntemlere İlişkin Hesaplanan Tazminat Tutarları

Tablo 2 de farklı teknik faiz oranları için aktüeryal yöntem ile progresif rant yöntemi ile elde edilen tazminatların oransal değişimi yer almaktadır. Bu tablodaki sonuçlara göre 20 ve 40 yaş için %1, 60 yaş için ise %2-3'lük bir progresif rant yöntemi ile tam hayat anüitesi aktüeryal yöntemin birbirine en yakın sonuçları veren yöntemler olduğu görülmektedir. %0, %1,65 ve %1,8 teknik faiz ve aktüeryal yöntem hayat yaklaşımı ile hesaplanan tazminatların ise progresif rant yöntemi ile hesaplanan tazminat tutarlarına göre %7 den %40'lara varan farklar olduğu görülmektedir.

	Aktüeryal Yöntem					
	Hayat Yaklaşımı					
	%0 Teknik Faiz		%1,65 Teknik Faiz		%1,8 Teknik Faiz	
	Kadın	Erkek	Kadın	Erkek	Kadın	Erkek
TRH - 20 yaş	0,07	0,09	0,38	0,37	0,40	0,39
TRH - 40 yaş	0,10	0,12	0,32	0,31	0,33	0,33
TRH - 60 yaş	0,16	0,19	0,27	0,28	0,28	0,29
	Tam Hayat Anüitesi					
	Kadın	Erkek	Kadın	Erkek	Kadın	Erkek
TRH - 20 yaş	0,01	0,01	0,36	0,34	0,38	0,36
TRH - 40 yaş	0,01	0,01	0,26	0,24	0,28	0,26
TRH - 60 yaş	0,02	0,03	0,15	0,13	0,16	0,14

**Tablo 2.** Farklı Teknik Faiz Oranları İçin Aktüeryal Yöntem ile Progresif Rant Yöntemi ile Elde Edilen Tazminatların Oransal Değişimi Tablosu

Aktüeryal yöntem ile Tam hayat anüitesi aktüeryal yöntemin sonuçları tüm teknik faiz oranları ekseninde karşılaştırıldığında ise tam hayat anüitesi aktüeryal yöntem sonuçlarının aktüeryal yöntemle göre daha fazla tazminat tutarı yarattığı görülmektedir. Tam hayat anüitesi aktüeryal yöntemin aktüeryal yöntemle göre daha fazla beklenen ömür süresi içermesi nedeniyle daha fazla tazminat tutarı yaratması matematiksel olarak beklenen bir sonuçtur. Yine teknik faiz oranı arttıkça tazminat tutarlarının bütün kırılımlarda azalıyor olması matematiksel olarak beklenen bir diğer sonuçtur.

## SONUÇ VE ÖNERİLER

Sürekli iş göremezlik tazminat tutarlarının tespiti, gerçek zarar ilkesi ve tazminat prensibi açısından değerlendirildiğinde en doğru hesaplama yönteminin dikkate alınmasının son derece önemli olduğu görülmekte-



dir. Yargıtay kararlarında ve Genel Şartlar'da işaret edilen yöntemlerin farklı olması nedeniyle sektördeki uygulamalarda elde edilen tazminat tutarları ile Yargıtay'ın benimsemiş olduğu hesaplama ilkeleri sonucu elde edilen tazminat tutarları arasında olağan olarak farklılıklar söz konusu olmaktadır. Bu farklılıklar ise tazminat ödeme döneminde sigorta şirketleri ile hak sahiplerinin anlaşamama durumunu doğurmakta ve sürecin yargıya taşınmasına sebep olmaktadır. Bu durum oluşan zararın mümkün olan en kısa sürede telafisini engellerken yargı süreci sonucu oluşan ek maliyetleri de beraberinde getirmektedir.

Bu çalışmada sürekli iş göremezlik tazminat tutarlarının tespitinde Yargıtay kararlarında ve Genel Şartlar'da işaret edilen yöntemler sonucu elde edilen tazminatlar örnek vakalar çerçevesinde hesaplanmıştır. Elde edilen sonuçlar karşılaştırılarak yöntemlerin ürettiği sonuçlar arasındaki farklılıklar değerlendirilmiştir.

Çalışmada 20, 40 ve 60 yaş kırılımlarında, %10 maluliyet oranı ile TRH 2010 yaşam tablosu kullanılarak farklı faiz oranlarıyla hem bakiye ömür hem de tam hayat anüitesi yaklaşımlarıyla, asgari ücret gelir tutarı dikkate alınarak progresif rant yöntemi ve aktüeryal yöntemle göre belirlenmiş olan sürekli iş görmezlik tazminat tutarları 42 adet örnek üzerinden hesaplanmıştır. Çalışma yaş kırılımları genişletilerek ve örnek adetleri çoğaltılarak gerçekleştirilecek yeni çalışmalara örnek niteliğindedir.

Tazminat tutarları ve oransal farklar genel olarak değerlendirildiğinde, progresif rant yöntemi ile aktüeryal yöntem tam hayat anüitesi yaklaşımı (%0 teknik faiz) sonuçlarının birbirlerine %1'ler civarında çok yakın sonuçlar ürettiği görülürken teknik faizin %0'dan farklı olması durumunda progresif rant yöntemi ile aktüeryal yöntemlere göre belirlenen tazminat tutarları arasında ortalama %25-%30'lar civarında ciddi farklar oluştuğu görülmektedir. Bu farklar doğru yöntemin kullanılması gerekliliğini gerçek zarar ilkesi ve tazminat prensibi ile birlikte matematiksel olarak da bir kez daha ortaya koymaktadır. Bu durumda kanunlara, aktüeryal prensiplere ve dolayısıyla gerçek zarar ilkesine uygun olarak doğru yöntemin hangisi olduğu sorusunun cevaplandırılıp uygulamaya alınması, hasarın doğru olarak belirlenmesi, en kısa sürede ödenmesi, sebepsiz zenginleşme ve tazminat dışı ek maliyetler gibi sorunların aşılmasını sağlayacaktır.

Anayasa Mahkemesi kararı sonrasında yargıya intikal eden vakalarda sürekli iş göremezlik tazminatına ilişkin olarak progresif rant yöntemi uygulanırken sektörel uygulamada ise Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'na göre aktüeryal yöntem tercih edilmektedir.

Gerçek zarar ilkesine uygun olarak sürekli iş göremezlik tazminat tutarlarının tespitinde hangi yöntem uygulanmalı sorusunun cevabı aranırken tazminat tutarında etkili olan parametrelerin değerlendirilmesi de son derece önemlidir. Bu parametrelerden ilki gelirdir. Kişilerin gelirlerini en az Asgari Ücret ve Asgari Ücret üstü tutarlar olarak iki sınıfa ayırmak mümkündür. Asgari ücret, 01.08.2004 tarihli Resmî Gazete'de yer alan Asgari Ücret Yönetmeliği'ne göre, "işçilere normal bir çalışma günü karşılığı ödenen ve işçinin gıda, konut, giyim, sağlık, ulaşım ve kültür gibi zorunlu ihtiyaçlarını günün fiyatları üzerinden asgari düzeyde karşılamaya yetecek ücret" olarak tanımlanmıştır. Asgari Ücret üstü tutarlar ise maaş bordrolarında belirtilen kişilerin çalışmaları karşılığı almış oldukları tutarları işaret etmektedir.

Bir diğer önemli parametre ise teknik faiz oranıdır. Dönemsel olarak değişkenlik gösterebilen teknik faiz oranının pozitif olması durumunda elde edilen gelirlerin yatırıma yönlendirilmesi söz konusu olacak olup bu durumda maaş artışlarından daha yüksek oranda reel getiri elde edilebilecektir. Teknik faiz oranının sıfır ya da negatif olması durumunda ise elde edilen gelirlerin yatırıma yönlendirilmesi rasyonel yatırımcı açısından anlamlı olmayacağı için reel bir getiri de söz konusu olmayacaktır.

Üçüncü önemli parametre ise yaşam tablosu tercihi ile ilgili olup Türkiye'ye özgü oluşturulmuş olan TRH 2010 yaşam tablolarının kullanımı hem Yargıtay'ın yerleşik kararlarında hem de sigorta sektöründe kabul görmüştür. Bu parametre ekseninde yeknesaklığın sağlanmış olduğu görülmektedir.

Çalışma bulguları ekseninde aşağıdaki önerilerde bulunulmuştur;

- i. Tazminat tutarında etkili olan en önemli parametrelerden biri olan gelir parametresinin hesaplamada Asgari Ücret olarak dikkate alınması durumunda teknik faiz uygulanmadan dolayısıyla da hesaplama yöntemi olarak progresif rant yönteminin kullanılması uygun olacaktır.

Asgari Ücret Yönetmeliği'nde yer alan Asgari Ücret tanımında da belirtildiği üzere Asgari Ücret bireyin zorunlu ihtiyaçlarını asgari düzeyde karşılamaya yetecek ücrettir. Dolayısıyla eğer birey Asgari Ücret düzeyinde gelire sahipse, geliri ancak zorunlu ihtiyaçlarını asgari düzeyde karşılamaya yeteceği için hayatın olağan akışında bireyin yatırıma yönlendirebileceği herhangi bir tutarı söz konusu olamayacaktır. Bu nedenle teknik faiz uygulanmadan dolayısıyla da hesaplama yöntemi olarak progresif rant yönteminin kullanılması uygun olacaktır.

- ii. *Bununla birlikte Asgari Ücretin üzerinde gelire sahip bireylerin gelirlerin reel artış değerinin negatif olması durumunda bireylerin yatırıma yönlendirebileceği herhangi bir tutarı söz konusu olamayacağı için teknik faiz uygulanmadan dolayısıyla da hesaplama yöntemi olarak progresif rant yönteminin kullanılması uygun olacaktır.*
- iii. *Ayrıca Asgari Ücretin üzerinde gelire sahip bireylerin gelirlerin ortalama reel artış değeri pozitif olsa bile hesaplanacak teknik faiz oranının negatif olması durumunda da rasyonel bireyler açısından gelirlerini yatırıma yönlendirilme durumu olmayacağı için teknik faiz uygulanmadan dolayısıyla da hesaplama yöntemi olarak yine progresif rant yönteminin kullanılması uygun olacaktır.*
- iv. *Gelirlerdeki ortalama reel artışın ve ayrıca hesaplanan teknik faiz oranının da pozitif çıkması durumunda karar vericiler tarafından belirlenecek olan bir teknik faiz oranı dikkate alınarak irat katsayılarının kullanıldığı aktüeryal yöntemin kullanılması uygun olacaktır.*

Pozitif ortalama reel gelir artışı ve pozitif teknik faiz oranının söz konusu olduğu durumlarda progresif rant yöntemi ile belirlenen tazminat tutarları zarar gören açısından sebepsiz zenginleşmeye neden olurken, karşı taraf açısından ise olması gerekenden daha fazla tazminat tutarı yaratacaktır. Dolayısıyla bu durumda progresif rant yöntemi yerine aktüeryal yönteminin kullanılması uygun olacaktır.

- v. *Tazminat tutarının belirlenmesinde aktüeryal yöntemin tercih edilmesi durumunda beklenen ömür sürelerini tablodaki son yaşa kadar dikkate alan ve Genel Şartlar eklerinde de işaret edilen tam hayat anüitesi ( $\ddot{a}_x$ ) yaklaşımının benimsenmesi uygun olacaktır.*

Aktüeryal yöntem ile yapılan hesaplamalarda progresif rant yöntemine göre daha düşük tazminat tutarlarına ulaşılmaktadır. Aktüeryal yöntem ile daha düşük tazminat tutarlarının oluşmasının ana sebeplerinden birisi de yaşam tablosundaki ölüm olasılığı parametresidir. Söz konusu ölüm olasılığı ekseninde belirlenen beklenen ömür süreleri gerek progresif rant yönteminde gerekse aktüeryal yöntemde dikkate alınmaktadır. Ancak aktüeryal yöntemde kullanılan irat katsayıları komütasyon fonksiyonları yardımıyla belirlenmiş olmaları nedeniyle bu yöntemde ölüm olasılıkları hem beklenen ömürde hem de irat katsayılarında mükerrer olarak hesaba katılmaktadır. Dolayısıyla bir kere kullanılması gereken ölüm olasılığı aktüeryal yöntemde iki kere çarpan olarak hesaba dahil edilmekte olup bu durum tazminat tutarlarının olması gereken tutardan daha düşük oluşmasına neden olmaktadır. Aktüeryal yöntemde bu hatalı yaklaşımın giderilebilmesi ve dolayısıyla da ölüm olasılığının bir kez hesaba dahil edilmesi için beklenen ömür sürelerini *tablodaki son yaşa kadar* dikkate alan ve Genel Şartlar eklerinde işaret edilen *tam hayat anüitesi* (ä.) yaklaşımının benimsenmesi uygun olacaktır.

Sonuç olarak yukarıda tartışılmış olan bulgulara istinaden, farklı gelir ve ekonomik durumlara bağlı olarak hangi yöntemin kullanılması gerektiğinin belirlenmesi tarafların zarar görmemesi açısından önem arz etmektedir. Dolayısıyla paydaşların bir araya gelerek ortak bir hesaplama metodolojisinin benimsenmesi tarafların mağduriyetini (düşük/yüksek tazminat, sebepsiz zenginleşme, mahkemelerde dosya yükünün artması, uzayan karar sürelerin doğurduğu mağduriyetler, sigorta sektörüne güvensizlik, yargı sürecinin beraberinde getirdiği ek maliyetler vb.) ortadan kaldıracağı düşünülmektedir.

## Kaynakça

### Kitaplar

Özdemir Çağlar, Trafik kazaları ve bilirkişilik, Birinci Basamakta Adli Tıp, Editör: Sermet Koç/Muhammet Can, İstanbul Tabip Odası Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2011.

### Makaleler

Kaya Mustafa İsmail/Karaman Funda, "Yargıtay 17. Hukuk Dairesi'nin 2019/3292 E., 2021/1848 K. sayılı zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamında tazminat hesaplamasında kullanılan yöntemle ilişkin kararının değerlendirilmesi", *Karar İncelemeleri Dergisi*, Haziran-Aralık 2022, C. 1, S. 1-2, s. 401-426.

Vural Talip, "Trafik kazası sonrasında düzenlenen maluliyet raporlarında çözülemeyen problem: Yönetmelik sorunu", *Adli Tıp Dergisi*. 2022, C. 36, S. 3, s. 102-108.

Keser Yıldırım, "Karayolları Trafik Kanunu Kapsamında Geçici İş Göremezlik Tazminatı", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C. 18, S. 2, s. 1037-1054.

### **Mahkeme Kararları**

Yargıtay 4. HD 2012/8598 E., 2013/7796 K., K.T. 25.04.2013, Kazancı İçtihat Bankası.

Yargıtay 17. HD 2014/1724 E., 2015/13653 K., K.T. 09.12.2015, Kazancı İçtihat Bankası.

Yargıtay 17. HD 2015/6586 E., 2018/357 K., K.T. 29.01.2018, Kazancı İçtihat Bankası.

Yargıtay 17. HD 2018/959 E., 2018/11263 K., K.T. 26.11.2018, Kazancı İçtihat Bankası.

### **İnternet Kaynakları**

Çelik Ahmet Çelik, "Bedensel Zararlar Nedeniyle Tazminat", <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/bedensel-zararlar-nedeniyle-tazminat.htm>, erişim tarihi: 07.01.2025.

Çelik Ahmet Çelik, "Geçmişten Bugüne Tazminat Hesapları", <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/gecmisten-bugune-tazminat-hesaplari.htm>, erişim tarihi: 07.01.2025.

Çelik Ahmet Çelik, "Güç Kaybı Tazminatı Nedir Nasıl Hesaplanmalı", <http://www.tazminathukuku.com/gorus-bildirimleri/guc-kaybi-tazminati-nedir-nasil-hesaplanmali.htm>, erişim tarihi: 07.01.2025.

Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları, <https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=20752&mevzuatTur=Tebliğ&mevzuatTertip=5>, erişim tarihi:15.04.2024.

<https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Karayolu-Trafik-Kaza-Istatistikleri-2023-53479>, erişim tarihi: 31.05.2024.

### **Diğer Kaynaklar**

Bulut Büşra, İş Göremezlik ve Destekten Yoksun Kalma Tazminat Hesabına İlişkin Aktüeryal Hesaplamalar ve Değerlendirmeler, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Karabük Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Aktüerya ve Risk Yönetimi Anabilim Dalı, Karabük 2023.

Talip Vural, Trafik Kazası Sonrasında Düzenlenen Maluliyet Raporlarında Yaşanan Sorunlar ve Maluliyet Oranlarının İlgili Yönetmeliklere Göre Karşılaştırılması, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Atatürk Üniversitesi, Tıp Fakültesi, Adli Tıp Anabilim Dalı, Erzurum 2020.

**“TÜRK’ÜN RUHUNDAN DOĞAN KANUNLAR İSTERİZ”: ERKEN CUMHURİYET DÖNEMİNDE MEDENİ HUKUK YAPIMINA YÖNELİK ÜÇ GÖRÜŞ VE HUKUK POLİTİKASININ DEĞİŞİKLİĞİ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME**  
**"WE DEMAND LAWS ROOTED IN THE SPIRIT OF THE TURK": AN EVALUATION OF THREE PERSPECTIVES ON CIVIL LAWMAKING AND THE TRANSFORMATION OF LEGAL POLICY IN THE EARLY REPUBLICAN ERA**

Çağatay ŞAHİN\*

**Özet:** Osmanlı İmparatorluğu’nda Batı temelli hukuk alımı tartışmaları Osmanlı-Türk aydınları arasında ideolojik bir kutuplaşmayı çok farklı boyutlarıyla sunmaktadır. Bu kutuplaşma Türkiye’de çağdaşlaşma serüveninin bir yansıması üzerinden hukukun oluşumunun nasıl olması gerektiği yolunda çeşitlilik göstermektedir. Burada özel hukuk alanı büyük önem arz etmektedir; zira başta aile hayatı olmak üzere medeni hukukun hangi kaynaklar üzerinden şekillenmesi gerektiği yolundaki ayrışmalar politik alandaki kutuplaşmalardan bağımsız değildir. İslamcı, Türkçü ve Batıcı kanatlar arasında hukukun toplum mühendisliği yolunda bir işlev görüp göremeyeceği ve burada medeni hukukun nasıl teşekkül edeceği hususu büyük tartışma konusudur. Ayrıca hukuk alımı veya yapımı, hâkime hak dağıtma faaliyetinde takdir yetkisinin ve hukuk yaratma faaliyetinin hangi sınırlar içerisinde tanınacağına doğrudan belirleyicisi olmaktadır. Çalışma milli bir medeni hukukun nasıl olması gerektiği konusunda o dönemdeki akımların yerleşik ideolojik pozisyonlarını ve tasarılarını hukuk teorisi üzerinden tartışmayı amaçlamaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Medeni Kanun, Örf ve Âdet Hukuku, Resepsiyon, Kodifikasyon, Tarihçi Hukuk Okulu

**Abstract:** In the Ottoman Empire, debates surrounding the reception of Western-oriented legal systems reveal a multifaceted

\* Dr. Arş. Gör., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0002-6184-5053, Makalenin Gönderim Tarihi: 10.12.2024, Kabul Tarihi: 08.01.2025

ideological polarization among Ottoman-Turkish intellectuals. This polarization reflects the diverse perspectives on how law should be constructed within the broader narrative of Turkey’s modernization process. The domain of private law occupies a particularly prominent position in this discourse; disagreements regarding the sources that ought to inform civil law -particularly in matters such as family life- are intrinsically linked to the political cleavages of the era. Central to these debates is whether law could function as a tool of social engineering and, within this framework, the manner in which civil law should be constituted. This issue was a focal point of contention among Islamist, Turkist, and Westernist factions. Moreover, the process of legal reception or creation served as a critical determinant of the boundaries within which judicial discretion and law-making authority would operate. This study seeks to analyze the established ideological positions and theoretical frameworks proposed by the intellectual movements of the period regarding the construction of a national civil code, through the prism of legal theory.

**Keywords:** Civil Code, Customary Law, Reception, Codification, Historical School of Law

## GİRİŞ

Erken Cumhuriyet Dönemi’nde yeni rejimin ilanı sonrası kanunlaştırma tartışmaları bu süreçte hukukun ne yönde ilerleyeceğine dair herhangi bir tartışma ortamının oluşmasına mahal verilmediği yönünde kuvvetli bir argüman barındırmaktadır. Bu argümana göre Türk devrimini gerçekleştiren kadro, bu alandaki politikasını en başında Batı hukukunun doğrudan benimsenmesi yönünde belirleyerek kanun alımlarını gerçekleştirmiştir. Buna karşılık hukuk politikasının ne yönde olacağına dair yapılan araştırmalar, eski rejimden kalan hukukun tadiline dair duraksama ve çabaların büyük farklılıklar arz ettiğini göstermektedir. Bu farklılıklar başta medeni hukuk olmak üzere o zamanki düzenlemelerin dayandığı hukuki yapı dolayısıyla cumhuriyetin ilk yıllarında şer’i hukuk ile Batı hukuku arasında bir sentez arayışını doğurmuştur. Gerçekten de Lozan Görüşmeleri’ne ait tutanaklardan görüldüğü üzere kurucu kadro arasında 1924 yılı itibarıyla Batı’dan doğrudan kanun alımı yapılacağına ilişkin herhangi bir somut bir işaret bulunmamaktadır. Bu süreçte farklı görüşler ağırlık kazanmış, eski hukukun düzenlenmesi amacıyla komisyonlar kurulmuş ve radikal görüş yaşanan şiddetli tartışmalar sonrasında giderek ağırlık kazanmıştır. Bu tartışmaların ana eksenini, İslam hukukunu savunan muhafazakar kesim ile Batı hukukunu öneren radikal kanat arasında temel bir çatışma olarak öne çıkmaktadır; ancak kanun yapımını uzun



döneme yayarak milli kanunlarla ülkeyi idare etme fikrinin Meclis'te destekçilerinin olduğu görülmektedir. Seyyid Bey'in Adliye Vekilliği döneminde Mecelle-i Âhkam-ı Adliyye'nin tadiline dair çalışmalar fıkıh temelli bir medeni hukuk yapımına işaret ederken, Mustafa Necati Bey'in vekillik döneminde kanunları hazırlamakla görevli komisyonlara yönelik eleştirilerin arttığı bilinmektedir. Radikal kanadın genç isimlerinden Mahmut Esat Bey ise Batı temelli hukuk alımının radikal destekçileri arasındadır. Bu yönüyle bakıldığında çalışma Türkiye Cumhuriyeti'nin ilk üç adalet vekili dönemindeki kanunlaştırma politikaları arasındaki farklılıkların kökenine hukuk felsefesi ve toplumbilim ekseninde bir açıklama sunmayı amaçlamaktadır.

## I. I. VE II. HÜKÜMETTE YENİDEN TANZİM ÇALIŞMALARI: SEYYİD BEY VE MUSTAFA NECATİ BEY DÖNEMLERİ

19. yüzyılda Osmanlı İmparatorluğu idari ve adli teşkilat yönünden içerisinde bulunduğu karışıklığı teşkilatları yeknesak hale getirerek aşmaya çalışmaktadır. Bunu sağlamanın yollarından biri ise kanunlaştırma faaliyetleri ile adliye teşkilatının ekonomik ve siyasi ihtiyaçların önüne geçebilmek için kapsamlı bir dönüşüm geçirmesidir. Bu dönüşümün bir uzantısı ise İslam hukukunun dağınık yazılı kaynaklarını bir araya getirecek bir *code* oluşturulması hususunda oluşan gerekliliktir; zira İslam âlimlerinin rey ve içtihatları karşısında bu düzenlemeleri bir araya getirme girişimi 18. yüzyıl sonuna kadar gerçekleşmemiştir.<sup>1</sup>

Hukuk sistemini düzenli hâle getirme arayışının önemli bir yansıması ise medeni kanun ile ilgili muhtelif topluluklara karşı uygulanacak hukuk ve davanın görüleceği mahkemelerde birlik sağlanmasına ilişkindir. Bu durum Batı temelli medeni kanun alımını destekleyenler ile milli kanun yapılmasını savunanlar arasında devletin yüksek kademelerinde bir tartışmayı beraberinde getirmiştir.<sup>2</sup> Bu hususta Fran-

<sup>1</sup> Sıddık Sami Onar, "Osmanlı İmparatorluğu'nda İslam Hukukunun Bir Kısımının Codification'u: Mecelle", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 20, Sayı: 1-4, İstanbul 1954, s. 57.

<sup>2</sup> Dikkat çekici şekilde Fransız elçisinin medeni hukuk alanında kendi ülkelerine ait bir kanun metninin kabulü hususunda büyük bir çaba sarf ettiği görülmektedir. Bu hususta Fransa'nın İstanbul'daki maslahatgüzarı M. Outrey tarafından çekilen bir telgraf, iktibas amacıyla bir komisyon kurulduğunu ve Code Civil'in tercih

sız Medeni Kanunu *Code Civil*'in alınması görüşünü destekleyen Âli Paşa ve Hanefi fıkıh ilkelerinden müktebes bir kanun hazırlanmasını savunan Ahmed Cevdet Paşa'nın başını çektiği iki ana görüş oluşmuş ve Cevdet Paşa'ya ait görüşün benimsenmesi sonucu 1876'da *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*<sup>3</sup> kabul edilmiştir. Fransız Medeni Kanunu'nun alınması gerektiğini savunan resepsiyon taraftarları karşısında Ahmed Cevdet Paşa fıkıh esaslarına bağlı kalarak yerli bir kanun hazırlayabileceğini ifade etmiş ve kurulan komisyon üslup bakımından oldukça sade bir metin oluşturmayı başarmıştır.<sup>4</sup> Sonraki yıllarda ülke sınırlarının ötesinde İslam coğrafyasında büyük bir etkinlik kazanan *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*'de 1916-1922 yılları arasında farklı zamanlarda değişikliğe gidilmiş ise de İmparatorluğun mevcut durumu sebebiyle değişiklikler tamamlanamamıştır.<sup>5</sup> 1916'da kurulan komisyonun diğer mezheplerden faydalanma ve şer'i hükümlere aykırı olmama kaydıyla farklı hukuk sistemlerini gözetme anlayışı bir ilke olarak benimsenmiş; ancak komisyon çalışmalarını sürdürme olanağını bulamamıştır. Cumhuriyet'in ilanı sonrası kurulacak ikinci komisyon da benzer nitelikte bir girişimde bulunmuş; ancak burada dayanılacak hukuki yapı hususunda bir görüş birliğine varılamamıştır.<sup>6</sup>

Cumhuriyetin ilan edilmesinden Hilafetin kaldırılmasına kadar olan süreçte İzmir mebusu Seyyid Bey, Hilafetin kaldırılmasından İsmet İnönü'nün üçüncü kez kurduğu hükümete kadar Mustafa Necati Bey ve ardından yine İzmir mebuslarından Mahmut Esat Bey Adliye Vekilliği makamlarında icraatta bulunmuşlardır. Bu hususta Seyyid

---

edileceğini haber vermektedir. Ebul'ula Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 2009, s. 61-65.

<sup>3</sup> 1855 yılından itibaren başlayan çalışmalarda *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*'nin hazırlanması yolundaki ilk teşebbüsler sırasında da benzer fikir ayrılıklarının olduğu görülmektedir. Komisyonun ilk dönemlerinde ağır basan *Code Civil*'in iktibas edilmesi görüşü daha sonra milli kanun hazırlanması fikrine yerini bırakmıştır. Ayrıca Cevdet Paşa'nın muhafazakâr görüşlerinden başta dönemin Fransız Büyükelçisi De Bourree olmak üzere Batılı devlet adamlarının rahatsızlığı bilinmektedir. Mehmet Âkif Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", TDV İslâm Ansiklopedisi Cilt 28, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 2003, s. 231-235.

<sup>4</sup> Esat Arsebük, "Türkiye'de Medeni Hukukun İnkişaf Safhaları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 1, Ankara 1943, s. 13.

<sup>5</sup> Ergun Özsunay, *Medeni Hukuka Giriş*, İstanbul İktisat Fakültesi Yayınları, İstanbul 1981, s. 163-164.

<sup>6</sup> Aydın, s. 231-235.

Bey ile başlayan süreçte cumhuriyetin ilanı sonrası tekrar kurulan Mecelle Tadil Komisyonu'nun ortaya çıkardığı tasarı, ekonomik hayatın gelişimiyle ilgili değişiklikleri kapsamı sebebiyle takdir edilmiştir; ancak ilgili metnin fıkıh dili son derece ağır bulunmuş, kişilik hakları, aile, nafaka ile miras hükümlerine yer vermemekle eleştirilmiştir.<sup>7</sup> Şüphesiz burada Hanefi mezhebine göre hazırlanmış olan Mecelle'nin gerçek anlamda bir medeni kanun niteliğini taşımadığını belirtmek gerekir; zira burada düzenlenmiş konularda yine fıkıh uygulaması benimsenmiş ve bir kanunlaştırma yoluna gidilmesi tercih edilmiştir. Buna karşılık Abdullah Cevdet, Celal Nuri, Ziya Gökalp ve Mansurizade Said gibi düşünürler ise aile hukukuna yönelik eksiklerin giderilmesi yönünde yoğun uğraş vererek 1917'de *Hukuk-i Aile Kararmamesi*'nin çıkarılmasında etkili olmuşlardır.<sup>8</sup> Bu kararnamenin çıkarılma sebebi, büyük oranda muhafazakâr görüşe sahip üyeleri olan yasa koyucu iradenin II. Meşrutiyet yıllarında geldiğinde toplumsal ihtiyaçlara karşılık verme kabiliyetini yitirmesidir. Devlet bu düzenlemeyle gayrimüslim azınlıklar da dâhil olmak üzere başta evlenme akdi ile boşanma meselesi olmak üzere özel alana müdahale ederek kendisini yetkili olarak göstermektedir.<sup>9</sup> İstiklal Savaşı'nın sona ermesi sonrasındaki dönemde gerek hukuki dayanağı tesis etmek gerek kanun hazırlamak amacıyla Mecelle Vâcibat, Mecelle Ahvali Şahsiye gibi

<sup>7</sup> Bu tasarıda Mecelle metninin kaldırılan madde ve fıkra sayısı 108'dir, 62 madde kısmen ya da tamamen değiştirilmiş ve 36 madde, fıkra ve terim eklenmiştir. Taha Akyol, Atatürk'ün İhtilal Hukuku, Doğan Kitap, İstanbul 2012, s. 536.

<sup>8</sup> Şaduman Halıcı, Yeni Türkiye Devleti'nin Yapılanmasında Mahmut Esat Bozkurt (1892-1943), Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Eskişehir 2004, s. 264. Onar'ın da ifade ettiği gibi Mecelle bir kodifikasyon değil, bir compilation'dur. Kelime anlamıyla bir kanun veya hukuk anlamı içermeyen Mecelle, esasen birtakım meseleleri derleyen, "adliyyeye taalluk eden kaideleri ihtiva eden" küçük bir hacme sahip kitap anlamına gelmektedir. Onar, 58.

<sup>9</sup> Zafer Toprak, Türkiye'de Kadın Özgürlüğü ve Feminizm (1908-1935), Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul 2015, s. 12-13. Osmanlı tarihinde Hasan Sırrı Bey tarafından kaleme alınan ilk devletler öze hukuku eserinde de Katolik ülkelerin ekseriyetle mezhebi nikâh(mariage religieux)ta, Protestan ağırlıklı ülkelerin ise medeni bir nikâh(marriage civil)ta ısrar ettiklerine yer verilmektedir. Boşanma (talak) meselesinin bu durumla doğrudan ilgisi olduğunu ifade eden yazara göre mezhebi nikâh uygulayan ülke hukuklarının izin vermediği boşanmaya medeni nikâh kurumuyla çalışan ülkelerde onay verilmektedir. Örikağasıza Hasan Sırrı, Hukuk-ı Husûsiyye-i Düvel, (trans. O. C. Saatcıoğlu), XII Levha Yayınları, İstanbul 2023, s. 158-159.

belirli komisyonlar kurulduğu bilinmektedir. Aydın’a göre bu komisyonların çalışma usulleri amacıyla oluşturulan talimatnamenin de hukuk politikasında sentez fikrine sahip olduğu açıktır.<sup>10</sup> Bu tartışmada talimatnameye muhalif bir mebus olarak görülen İzmir mebusu Şükrü Saraçoğlu’nun 1924’te kullandığı şu ifadeler oldukça dikkat çekicidir:

*“Milletimiz kendisini yalnız kendisi vasıtasıyla idare etmek istiyor ki bütün kavanin, ne Frengistan’dan gelsin ne de Arabistan’dan gelsin, istiyor ki kendi ihtiyacatı, kendi ruhiyatı kendi evlatları tarafından kanun şeklinde tanzim edilsin ve kendi tarafından tatbik edilsin: Adliyenin milli bir tane kanunu yoktur. Bütün kanunlarımız Freng ve Arap kanunlarının karmaşık edilmesinden mürekkep bir halitadır”<sup>11</sup>.*

“Türkiye’de Çağdaşlaşma” isimli ünlü eserinde Berkes, aslen bir İslam hukuku müderrisi olan Adliye Vekili Seyyid Bey’in gelenekler ile hukukun koşut şekilde ilerlemesi ve hukukun halkın örfi yorumuyla uyumlu olması gerekliliğine yönelik bir fikriyata sahip olduğunu ifade etmektedir. Bu doğrultuda tarihsel çizgi olarak Mecelle’nin kabulünden itibaren Cevdet Paşa ile gördüğümüz bu tutucu hukuk anlayışı, Seyyid Bey’in düşüncesi ile Ziya Gökalp’in “hars” görüşü üzerinden daha belirgin hale gelmektedir.<sup>12</sup> Gerçekten de Seyyid Bey’in Gökalp çizgisine yakın olduğunu gösteren ifadeler, kendisinin fıkıh açısından reformist ancak devrimci anlayışa göre muhafazakâr tarafta olduğunu ve hızlı bir kanunlaştırmanın ülkenin hukuk hayatına fayda yerine zarar getireceği fikrini benimsediğini göstermektedir.<sup>13</sup>

<sup>10</sup> Mehmet Âkif Aydın, “Türk Hukukununun Laikleşme Sürecinde Lozan’ın Oynadığı Rol”, *İslâmi Araştırmalar Dergisi*, C. 8, S. 3-4, Ankara 1995, s. 166-167.

<sup>11</sup> Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, 25.2.1340, Devre II, Cilt 6, s. 334.

<sup>12</sup> Niyazi Berkes, *Türkiye’de Çağdaşlaşma*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2013, s. 527-528.

<sup>13</sup> Akyol, s. 534. “Cumhuriyet Türkiye’sinde hukuk alanında yapılan çalışmalar özellikle ilk meclis hatta ikinci meclisin ilk yıllarına kadar Osmanlı son döneminde yapılan çalışmaların devamı niteliğinde olmuştur. Örneğin kurulan tadil komisyonları marifetiyle Hukuk-i Aile Kararnamesi neredeyse esas alınarak aile hukukunun yeniden düzenlenerek Meclis’ten bir medeni kanun çıkarma çalışmaları yürütülmektedir. Bu yöndeki çalışmalar esasen dönemin şartları düşünüldüğünde oldukça yavaş ve fakat muadili Avrupa ülkelerindeki medeni hukuk yapım süreçlerine bakıldığında ise hayli hızlı ilerlemektedir. Lakin medeni hukuk alanında yapılan iş hukuk alanını ilgilendirir gözükse de mahiyeti bakımından insan, toplum ve devlet tasavvurundan bağımsız yani ideolojik ve siyasi olmaktan uzak değildir”. Ömer Faruk Ocakoğlu, *Kodifikasyondan Resepsiyona: Aile Hukukundaki Gelişmeler ve Toplumsal Etkileri*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2014, s. 310-311.

1923 yılında Mecelle'yi tadille görevlendirilen Vâcibat Komisyonu<sup>14</sup>'nun başına getirilen Seyyid Bey'in kabinenin tek yeni üyesi olarak Adliye Vekili olması kendisinden hukuk politikası yolunda beklenti içerisinde olunduğunun bir işaretidir. Bununla beraber II. Meşrutiyet dönemi kanunlaştırmalarına sıklıkla atıf yapan Seyyid Bey'in dönemin şart ve gerekleri gözetilerek fıkıh ilmi içerisinde uygun bir yol bulunması gerektiğine dair görüşleri, vekillik dönemine ve akademik eserlerine yansımış bir husustur.<sup>15</sup> Halifeliğin kaldırılması öncesi başlanan Aile Kanunu girişiminde de çağrı yakalamak fikri benimsenmekle beraber kanunun İslam hukuk okullarının sınırları içerisinde kalması fikri daha ağır basmaktadır. Bu uyuşmazlıkla ilgili olarak çekeşlilik mevzusunu öne çıkaran Berkes, çekeşliliği kaldırmaktan kaçınan komisyon tasarısının 1923 ve 1924 yıllarında Meclis'te birçok tartışmaya sebep olduğunu vurgulamaktadır.<sup>16</sup> Ayrıca Mecelle özelinde eski hukukun ıslahı üzerinde çalışan komisyona ilişkin mevcut hükümet ile komisyon üyeleri arasında büyük bir görüş farkı bulunduğu dikkat çekilmektedir; zira komisyon açık biçimde hukukun fıkıh temeline dayanması gerektiğini düşünen ve detaycı bir metin yoluyla hâkimlerin takdir yetkisinin asgari sınırdan tutulmasını düşünen üyelerden oluşmaktadır.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> Vacibat Komisyonu'nun temel işlevi Mecelle'yi Tadil Komisyonu'nun alt encümeninden gelen layihanın müzakeresini tamamlamaktır. Gülnihal Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi*, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 2020, s. 185.

<sup>15</sup> Sami Erdem, "Seyyid Bey", TDV Ansiklopedisi 37. Cilt, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2009, s. 54-55.

<sup>16</sup> Berkes, s. 528-529. Fındıkoğlu gayrimeşru evlenme ve gayrimeşru çocuk mevzusunun 1926 sonrası oluşan durum bakımından bir benzerinin olmadığını ifade etmektedir. Kişiler Medeni Kanun öncesinde evliliklerini gayrimeşru olarak kabul etmemektedir; zira bu evlilik ya da evlilikten doğan çocuklar da dini nikâh sonucu olup meşru olarak addedilmektedir. Bu durum o kadar yerleşik bir hâl almıştır ki resmi nikâh, toplum tarafından uzun süre gayrimeşru olarak görülüp dini nikâh ile kuvvetlendirilmesi istenmiştir. Ziyaeddin Fahri Fındıkoğlu, "Medeni Kanunumuz Etrafında Bazı Sosyolojik Meseleler", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 13, S. 1, Ankara 1958, s. 183.

<sup>17</sup> Arsebük, s. 18-19. Belgesay'a göre Mecelle yüzyıllar önceki İslam âlimleri tarafından ortaya konan kanaatlerin zamanın ihtiyacına göre yorumlanması sebebiyle çağının ötesinde yeni bir kavram veya kurama sahip olmayan bir metindir. Buna ek olarak yargıçlara yeniliklere ve değişen şartlara uygun bir içtihat getirme olanağı bırakmayan Mecelle, külli kaideler vasıtasıyla bu yolun önünü kapatmayı seçmiştir. Mustafa Belgesay, "Mecellenin Külli Kaideleri Ve Yeni Hukuk", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 2011, C. 12, S. 2-3, s. 561-608.

İlgili kanun tasarısı 1923 yılında Seyyid Bey tarafından Meclis’e sunulmuş ve muhafazakar temelli hukuk çizgisine sahip mebusların kanunlar ile gelenekler arasında açık şekilde bir uyumluluk arayışında olduğu hususu belirgin hale gelmiştir. Diğer bir ifadeyle geleneklerin sürdürülmesine dair görüşün baskın olması, Seyyid Bey’in içerisinde olduğu bu görüş taraftarlarının nazarında hukukun gelenekler üzerinde değiştirici gücünü kısıtlı bularak mevcut hukukun dine bağlı kalması gerekliliğini yansıtmaktadır.<sup>18</sup> Tüm bu gelişmeler ise hukuki manada esaslı değişiklik beklentisi içinde olanların komisyonlara olan desteklerini çekmelerine neden olmuştur. Bununla beraber ticaret hukuku ile ilgili kurulan komisyonun medeni hukuk çalışmalarındaki durum karşısında daha farklı bir yol izlediği ifade edilmektedir. Tasarı temel olarak “âdât-ı kadime”yi yani köklü gelenekleri hukuk yoluyla çağdaşlaştırma amacını taşımakla beraber özel hukuk alanında çok hukukluluğu kaldırmamaktadır. Diğer bir ifadeyle yaşanan uyumsuzluklarda Hristiyan ve Yahudi topluluklar kendi dinlerinin emrettiği kurallara göre bunları çözecekler, Müslümanlar ise Hanefî mezhebi dışında Şafiî, Malikî, Hanbelî okullarına göre meselelerini halletme olanağına sahip olacaklardır.<sup>19</sup> Bu konuda İnalçık, Osmanlıda yeni mahkemelere dair ihtiyacın öncelikle ticaret hukukuyla başladığına dikkat çekmektedir. Bu ihtiyaç doğrultusunda şer’î mahkemeler ile işleyen devlet uhdesindeki laik mahkemelere atıfla kullanılan “*nizam*” sıfatı, 1860 yılında Müslim ve gayrimüslimler için geçerli Nizamîye Mahkemeleri’nin kurulmasına sebep olmuştur.<sup>20</sup> Seyyid Bey’in Meclis’te ifade ettiği şu görüşler de bu hususta oldukça önemlidir:

<sup>18</sup> Berkes mevcut hukuk politikasının nasıl çizileceği tartışmasında Ziya Gökalp’in hars ve medeniyet ayrımının belirleyici olduğuna inanmaktadır. Gökalp’in Türkleşmek-İslamlaşmak ve çağdaşlaşmak arasında bulunduğu eşitliğin hukuk kurallarıyla ilgili tartışmalı olduğuna dikkat çeken düşünür, dikkat çekici biçimde Gökalp çizgisinin devrimci görüşten ziyade tutucu hukuk görüşüyle uyum gösterdiğine dikkat çekmektedir. Berkes, s. 528-529

<sup>19</sup> Berkes, s. 528.

<sup>20</sup> Halil İnalçık, Osmanlı Tarihinde İslâmiyet ve Devlet, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2023, s. 141-142. Uluslararası alanda egemenlik mücadelesi ve gayrimüslim Osmanlı vatandaşlarının hukuki durumlarındaki düzenleme değişiklikleri İslam kamu hukuku prensiplerinin devlet yönetiminde daraltılmasına sebep olmuştur. Büyük oranda padişah fermanlarıyla gerçekleşen bu uygulamalar zimmi-müslüman ayrımının yerini yeni düzene alışmaya çalışan Müslümanlar ile mükellefiyetlere karşı gelen gayrimüslimler olarak ikiye ayırmıştır. Düşünsel zeminde Osmanlılık fikri ise son tahlilde İslami düşüncenin Batı düşüncesine galip gelmesine sebep olmuştur. Gülnihal Bozkurt, Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasî Gelişmelerin Işığı Altında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu (1839-1914), Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1989, s. 216-217.



*“Ben size bir ayda büyük bir kanun, Devletin Kanunu Medenisini bile getirebilirim, ne yaparım? Alman veya İsviçre Kanunu Medenisini tercüme ettirerek Heyeti Âliyenize takdim edebilirim. Lâkin ona Türkiye Kanunu denmez. Muhterem Saraçoğlu Şükrü Bey’in tâbiri veçhile «Türk’ün ruhundan doğan kanun» denmez, Alman veya İsviçre Kanunu denir. Almanya ve İsviçre başka, Türkiye başkadır. Türkiye’de Türkiye kanunu lâzımdır. Bu da uzun uzadıya tetkike muhtaçtır. Kaş yapalım derken göz çıkarmayalım, metin ve sağlam esaslar üzerinde yürüyelim<sup>21</sup>”.*

Seyyid Bey, hilafetin ilgasına dair görüşmelerde yaptığı akademik derinliği yüksek konuşmalar ile Meclis’te büyük bir takdir toplamıştır; ancak 6 Mart 1924 tarihinde İsmet Paşa hükümetinin göreve gelmesiyle kabine dışı bırakılmıştır. Bu durum Seyyid Bey’in Batıdan medeni kanun alınmasına karşı çıkan mebuslardan biri olmasıyla ilişkilendirilmektedir<sup>22</sup>. Seyyid Bey’den sonra kurulan İsmet Paşa hükümetinin Adliye Vekili olan Mustafa Necati Bey döneminde ise yargı birliği açısından büyük bir engel teşkil eden şer’iye mahkemeleri kaldırılmış, bu mahkemelerin alanlarına asliye hukuk mahkemeleri ve Yargıtay’ın bakmasına karar verilmiştir.<sup>23</sup> Genç ve teşkilatçı bir kişiliğe sahip olan Mustafa Necati Bey’e göre milli değerleri gözeten bir kanun alımı anlayışı öne çıkartılmalıdır; ancak bunun yabancı kanunların doğrudan tercümesi şeklinde yapılmamasına önem verilmelidir.<sup>24</sup> Ayrıca Mustafa Necati Bey’in TBMM’nin 3 Nisan 1924 tarihli toplantısında Ahval-i Şahsiye Komisyonu’nun hazırladığı tasarıyı yeniden görüşüleceği gerekçesiyle geri çekmesi ve 3 Mart 1924 tarihinde kabul edilen “Hilafetin İlgasına ve Hanedanı Osmaninin Türkiye Cumhuriyeti Memaliki Haricine Çıkarılmasına Dair Kanun” da gerekli siyasi ortamın hazırlanmasında tamamlayıcı unsurlar olmuştur.<sup>25</sup> Buna ek olarak Ahkâm-ı

<sup>21</sup> Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, 3.3.1340, Devre II, Cilt 7, s. 60-61.

<sup>22</sup> Bu tercih Seyyid Bey’in mebusluktan istifa ederek Darülfünun’daki görevine dönmesinin başlıca sebebidir. Seyyid Bey daha sonra İlahiyat Fakültesi’ne kurucu dekan olarak görevlendirilecek ve 1925’te yaşama veda edecektir. Akyol, s. 407.

<sup>23</sup> Tanzimat sonrası Nizamiye Mahkemeleri ile yetki alanı daraltılan bu mahkemeler, amaçlanan yargı birliğinin önünde bir engel olarak görülmüş ve Şeyhülislam-ıktan alınarak Adliye Nazırlığı’na bağlanmıştır Akyol, s. 537- 538.

<sup>24</sup> Mustafa Eski, Cumhuriyet Döneminde Bir Devlet Adamı Mustafa Necati, Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları, Ankara 1999, s. 94-98.

<sup>25</sup> Gülnihâl Bozkurt, Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi Osmanlı Devleti’nden Türkiye Cumhuriyeti’ne Resepsiyon Süreci (1839-1939), Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 2020, s. 185-186. 2 Mart 1924 tarihinde gerçekleşen Grup Toplantısı tutanaklarında Seyyid Bey’in Hilafetin kaldırılmasının dinen ge-



Şahsiye Komisyonu’nun işleyişi, Mustafa Necati Bey’in döneminde Batılı ülkelerin yasalarından faydalanılması talimatnamede açık şekilde yazılmış biçimde değişikliğe uğramıştır; ancak komisyonun aile hukukuna dair tasarısı talimatnamedeki esaslara uymadığından ötürü yeni hukukun iktibas fikrine doğru ağırlık kazanması gerektiği görüşü benimsenmeye başlanmıştır.<sup>26</sup> Dokuz ay gibi kısa süren Adliye Vekilliği açısından önemli bir dönemde görev yapan Saruhan Mebusu Mustafa Necati Bey Nisan 1924’te sunulan tasarıdan sonra Meclis’teki konuşmasında şunları ifade etmektedir:

*“Türkiye Cumhuriyeti’nde kanun birdir. Bunu kabul etmek de elzem ve zarurîdir. Dünyanın hiçbir yerinde böyle muhtelif şekillerde, muhtelif usullere tabi mahkemeler görülmemiştir. Onun için vahdet-i kaza’yı kabul ettik. Ve bir mahkeme esasını kabul ettik. Buna giderken orta yerde halli lazım gelen bir mahkeme vardı, şeriye mahkemeleri ne olacaktı? Asliye mahkemeleri ile birleştirilmiştir. Nasıl diğer mahkemeler birleştirilmiş ve bir mahkeme yapılmış ise bunlar da birleştirilmiş ve bir mahkeme haline konulmuş ve asliye mahkemesi olmuştur<sup>27</sup>”.*

İsmet Paşa’nın III. ve IV. kabinelerinde İzmir milletvekili olarak görev yapan Mustafa Necati Bey 6 Mart-22 Kasım 1924 arasında görev yapmıştır.<sup>28</sup> Mustafa Necati Bey döneminde Mecelle çalışmaları devam etmiştir; ancak sıklıkla eleştiri konusu olan ağıdalı fıkıh dili ve Mecelle sistematığı korunmuştur, ayrıca kişilik hakları, nafaka, aile ve miras

---

rekli olduğuna ilişkin uzun bir konuşma yaptığı görülmektedir. Karesi Milletvekili Ali Şuuri Bey’in hilafetle ilgili itirazına ilişkin olarak Seyyid Bey, hilafetin bir nevî vekâlet akdi olduğunu ve milletin müvekkil, halifenin ise onun vekili konumunda olduğunu bu konuşmasında dile getirmektedir. Şayet millet kendi işini kendi görmek niyetindeyse ve herhangi bir zâta vekâlet vermeyecekse bir vekil olarak hilafete ihtiyacı olmadığını göstermiş olmaktadır. Konu “basit bir mesele-i hukukiye” olmuştur. Demirel / Konur (haz.), s. 420-427.

<sup>26</sup> Bozkurt, 2020, s. 188. Mahmut Esad Bey “Türk Medeni Kanunu Nasıl Hazırlandı?” isimli yazısında bu komisyonların amaçlarını eleştirmektedir. Komisyon üyelerinin temelde Türk toplumunun ihtiyaçlarına İslami esaslarla cevap verme amacıyla olduğunu ifade eden Bozkurt’a göre bu komisyonlar her milletin âdet ve ihtiyaçlarını ayrı olarak değerlendirmektedir; ancak Türk devletinin Batı dünyasına mündemice medeni haklar sistemine sahip olması gerekliliği anlayışından yoksundurlar. Mahmut Esad Bozkurt, “Türk Medeni Kanunu Nasıl Hazırlandı?”, Medeni Kanunun XV. Yıl Dönümü İçin, Kenan Matbaası, İstanbul 1944, s. 7-20.

<sup>27</sup> Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, 8.11.1340, Devre II, Cilt 8, s. 140.

<sup>28</sup> Fahri Çoker, Türk Parlamento Tarihi Milli Mücadele ve TBMM I. Dönem 1919-1923 III. Cilt, Türkiye Büyük Millet Meclisi Vakfı Yayınları No: 6, Ankara 1994, s. 842.

hükümleri metne eklenmemiştir. 108 madde kaldırılmış, 62 madde değişikliğe uğramış ve metne 36 fıkra veya terim eklenmiştir.<sup>29</sup>

1924 Anayasası'nın kabul edilmesi sürecinde Adliye Vekili olarak görev yapmış<sup>30</sup> olan Mustafa Necati Bey'in başkanlığında Mecelle Tadil Komisyonu ile diğer komisyon çalışmaları devam etmiştir; ancak 3 Mart 1925'te kurulan Fethi Okyar hükümetinde Adliye Vekilliği görevine İzmir mebusu Mahmut Esat Bey getirilmiştir.<sup>31</sup> Bununla beraber esasen Mahmut Esat Bey'in vekilliği döneminde çıkacak Ticaret Kanunu, Ceza Kanunu gibi birçok temel kanunun hazırlığının Mustafa Necati Bey döneminde başladığı bilinmektedir<sup>32</sup>. Mahmut Esat'ın Adliye Vekilliği görevine gelmesiyle Mecelle ile ilgili çalışmalara son verildiğine işaret eden Halıcı, bu görevlendirmeye uzun vadeli bir program belirlendiğini ve 1930 sonuna kadar bu programa sadık kalarak çalışmaların yürütüldüğünü ifade etmektedir<sup>33</sup>. Görüldüğü üzere yeni kanun konusunda düzenlemenin hangi kaynağa dayanarak yapılacağı hususundaki politika, yarım asır boyunca benzer biçimde devam etmişse de Cumhuriyet'in ilanı, Halifeliğin Kaldırılması ve şer'i mahkemelerin ilgası gibi gelişmeler kanunlaştırma çalışmalarının istikametini açık ve net bir şekilde değişikliğe uğratan gelişmeler olmuştur.

<sup>29</sup> Örneğin telefon yoluyla yapılan sözleşmelerin geçerli oluşu, dilsizlerin işaret dili yoluyla yaptıkları sözleşmelerin kabul edilmesine dair meseleler bunlar arasında gösterilebilir. Akyol, s. 536.

<sup>30</sup> Özbudun 1924 Anayasası ile ilgili çalışmasında Mahmut Esat Bozkurt'un Recep Peker, Şükrü Saraçoğlu, Refik Koraltan gibi isimlerle Meclis üstünlüğünü en hararetle savunan isimlerden biri olduğunu ifade etmektedir. Terakkiperver Cumhuriyet Fırkası'nın gelecekte kurucuları olacak isimleri ile Cumhuriyet Halk Fırkası'nın önemli bazı isimlerinin meclis üstünlüğü fikrinde birleşmeleri konusunda Özbudun tüm milletvekillerinin ortak arzusunun bu yönde olduğunu ifade etmektedir. Ergun Özbudun, 1924 Anayasası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012, s. 6.

<sup>31</sup> Uyar'a göre Mahmut Esat Milli Mücadele döneminde kendisine yapılan Adliye Vekilliği teklifini geri çevirmiş ve hukuk alanında gördüğü eğitimin Türk adliyesinde radikal değişiklikler yapılmasını gerektirdiğini, bunların hayata geçirilmesinin o dönemin şartlarında mümkün olmadığını belirtmiştir. Hakkı Uyar, Sol Milliyetçi Bir Türk Aydını: Mahmut Esat Bozkurt, Büke Yayınları, İstanbul 2000, s. 72.

<sup>32</sup> Eski, s. 116-117.

<sup>33</sup> Mahmut Esat'ın adliye örgütünü düzenlemesindeki iki temel amaç mahkemelerden adil ve hızlı biçimde kararlar çıkmasını sağlamak ve adliye örgütünü halkın tüm üyeleri için erişilebilir hale getirmektir. Halıcı, s. 267.

Diğer bir ifadeyle radikal kanat izleyeceği hukuk politikasında bu gibi büyük değişikliklerden faydalanmış **gözükmektedir**.<sup>34</sup> Buradan hareketle Seyyid Bey döneminin hukuk politikasında ağırlığını sürdüren organik gelişim tezinin Mustafa Necati Bey ile değişim gösterdiği ve Mahmut Esat Bey ile sert bir dönüşüme uğradığı ifade edilmelidir.

## II. DEVRİMCİ BİR POZİTİVİST OLARAK MAH MUT ESAT BEY VE TÜRK HUKUK POLİTİKASININ DEĞİŞİMİ

Adliye Vekilliğine atanan Mahmut Esat Bey, Mustafa Necat Bey’den 22 Kasım 1924 tarihinde görevi devralmıştır. 5 Kasım 1925 tarihinde Ankara Hukuk Mektebi’nin açılışında konuşan Gazi Mustafa Kemal yeni bir hukuk rejiminin eski hukuku temelinden kaldırma yoluyla olacağını ve bu temelde gerçekleşen kanunlarla yeni hukukçu neslinin yetişmesini hedeflediklerini ifade etmiştir.<sup>35</sup> Ardından Hukuk Mektebi’nin kurulma amacı hakkında ulusun yüksek yararlarını gözetecek ve çağdaş bilimlerle uygarlık ilkelerini benimseyecek çağdaş bilimler ışığında ilerleneceğini ifade eden Mahmut Esat Bey konuşmasında cumhuriyetin hukuk politikası ile ilgili olarak İslam hukukunun yeniden tanzimini destekleyenlere ilişkin eleştirilerde bulunmuştur:

*“(...)Mukadderatını bir Arap müçtehitinin sözlerine bağlı görece kadar Türk ulusunun bilinçten, anlayıştan, düşünceden yoksun olduğunu kim söyleyebilir? Türk’ü böyle ağır suçlama altında bırakmaya kimin hak ve yetkisi vardır? Böyle bir tarih var ise ki vardır, onun yanması ve kül olması gerekir. Fıkıh ve onun müntesipleri tarihin en büyük eureninde istibdat ve bozgunların gerekçesi oldular. Böyle sakat ve bozuk ilkelerle Türk ulusu gibi büyük bir ulusun mukadderatı yirminci yüzyıl ortasında yönetilebilir mi? Ayıp ve günah değil midir<sup>36</sup>?”*

<sup>34</sup> Seda Örsten Esirgen, “Tanzimat’tan Cumhuriyet’e Türk Hukukunda Kanunlaştırma Hareketleri”, *Adalet Dergisi*, Ankara 2019, S. 62-63, s. 462-463.

<sup>35</sup> “(...) Bütünü yeni kanunlar vücade getirerek eski esasatı hukukiyeyi temelinden kal’etmek teşebbüsündeyiz. Ve yeni esasatı hukukiye ile elifbasından tahsile başlayacak bir yeni hukuk neslini yetiştirmek için bu müessesatı açıyoruz.” Sadi Borak/Utkan Kocatürk (der.), Atatürk’ün Söylev ve Demeçleri I-III, Atatürk, Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi, Divan Yayıncılık, Ankara 2006, s. 249.

<sup>36</sup> Metin Prof. Dr. Coşkun Üçok tarafından sadeleştirilmiştir. Ankara Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 210, Ankara 1966, s. XXVIII.

Görüldüğü üzere Mahmut Esat Bey'in vekilliği sonrası Mecelle-i Âhkâm-ı Adliyye'nin tanzim edilmesine dair çalışmaların Türk devriminin ihtiyaçlarını karşılamaktan uzak olduğu görüşü öne çıkmıştır. Mahmut Esat'ın ciddi bir program içerisinde hedeflerini hayata geçirmeye başlamasının ardından resepsiyon<sup>37</sup> çalışmaları ağırlık kazanmış ve fıkıh temelli hukuk görüşüyle birlikte milli kanunlar yapma fikri devrimin hukuk gündeminde ikinci plana atılmıştır. Özellikle yeni hukuk inşasında izlenecek yolun, 1923-1925 arasındaki belirsizliği Mahmut Esat'ın vekil olmasından sonra son derece hızlı bir şekilde yabancı kanun alımı fikrine doğru dönüşüm göstermiştir. Eski hukukun ikinci plana atılarak Batı'dan kanunlar yoluyla hukuk sisteminin yenilenmesine karar verilmiş ve hükümet İsviçre Medeni Kanunu'nun bazı değişikliklerle iktibasına yönelik bir çalışma içerisine girmiştir.<sup>38</sup> Burada özellikle Mahmut Esat Bey'in göreve gelmesinin ardından Mecelle Tadil Komisyonu'nun görevine son verdiği konuşma önemlidir:

*"Sayın arkadaşlar, Türk ihtilalinin kararı, Batı medeniyetini kayıtsız şartsız kendisine mal etmek, benimsemektir. Bu o kadar kesin bir azme dayanmaktadır ki, önüne çıkacaklar demirle, ateşle yok edilmeye mahkûmdurlar. Bu prensip bakımından kanunlarımızı oldukları gibi Batı'dan almak zorundayız. Böylelikle Türk ulusunun iradesine uygun harekette bulunmuş olacağız. Keyif ve isteklerimize göre değil, milletimizin dileklerine göre iş*

<sup>37</sup> Türkçeye yabancı hukuk alımı biçimi biçiminde tercüme edilebilecek olan resepsiyon, yabancı hukukun benimsenmesi, benimsetilmesi, bir bütün halinde alınması, kısmen alınması, eski bir hukukun yeniden canlanması gibi tüm olgulara karşılık gelen bir sözcüktür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Cahit Can, Türk Hukukunun Kökenleri ve Türk Hukuk Devrimi, Kaynak Yayınları, İstanbul 2012, s. 23. Yasalar alanındaki değişimle ilgili olarak Tanör, ana değişimin yabancı hukuk alımı olduğunu ifade etmektedir. Batı dillerinde reception, Osmanlıcada iktibas denilen bu ifadeye Yeni Türkçe karşılık olarak Gülnihal Bozkurt tarafından "benimseme", Sami Selçuk tarafından "alıntı" ve Cahit Can tarafından "alma" gibi terimler önerilmiştir. Bülent Tanör, Kurtuluş Kuruluş, Cumhuriyet Kitapları, İstanbul 2006, s. 224.

<sup>38</sup> Coşkun Üçok/Ahmet Mumcu/Gülnihal Bozkurt, Türk Hukuk Tarihi, Savaş Yayınevi, Ankara 1996, s. 308. Kelime anlamı olarak iktibas "Kur'an ve hadisten alınmış bir ibareyi cümleye yerleştirmek anlamında edebî sanat" anlamına gelmekle beraber "birinin ilminden faydalanma" anlamını da ihtiva etmektedir. İslam medeniyetinde anlatımda dikkat çekici olması sebebiyle Kur'an ve hadis temelli iktibaslar edebî sanatlar arasında gösterilmiştir; ancak bunların kelime olarak kullanılması yeterli görülmemektedir, bir bütünden faydalanılması gerekmektedir. İsmail Durmuş, "İktibas", TDV İslam Ansiklopedisi 22. Cilt, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 2000, s. 52.

*başarmaya borçluyuz. Şimdiye kadar geçen hizmetlerinize teşekkür eder ve komisyonların vazifelerine son veririm".<sup>39</sup>*

Hukukun bir sosyal dönüşüm aracı olarak kullanılması Mahmut Esat Bey'in hukuk söyleminde son derece belirgin bir unsurdur. Mecelle komisyonuna hitaben yaptığı konuşmada görüldüğü üzere hukuk, bir anlamda sosyal dönüşümün en önemli enstrümanı konumundadır. Mahmut Esat'ın özellikle medeni kanun alım sürecinde kullandığı sert pozitivist üslup en temel kanunların dahi birkaç saatlik tartışmalarla kabul edilmesi hukuk politikasındaki hızlı dönüşümün karar süreçlerine yansımaları açısından önemlidir.<sup>40</sup>

Şüphesiz bir ülkenin içsel dinamiklerini kullanarak kendi kanunlarını yaratması yerine iktibas yoluna gitmesi, meşruiyet meselesi bağlamında resepsiyon kararının toplum tarafından ne derece benimsenmiş olduğunu tartışmaya açmaktadır. Türk resepsiyonunun başarısı ise kanun alımında neden söz konusu kanunun benimsendiğini ortaya koymayı gerektirmektedir.<sup>41</sup> Diğer bir deyişle yeni hukuk inşasına dair izlenecek yol, Mahmut Esat'ın bakanlığının ilk günlerinden itibaren kesindir. Hangi kanunun kabul edileceği konusu ise tartışmalıdır; ancak *Code Civil*'in eski olması, Alman Medeni Kanunu *BGB*'nin muğlak ifadeler içermesi, İtalyan Medeni Kanunu'nun özgün bir unsurun görülebilmesi İsviçre Medeni Kanunu'nun tercih edilmesinde önemli bir etken olmuştur.<sup>42</sup> Bu hususta yeni olmasının yanında kavramların her-

<sup>39</sup> Akyol'a göre burada Mahmut Esat'ın konuşmasındaki milli irade kavramı Rousseau felsefesinden etkilenerek kullanılmıştır. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku Umumi Esaslar Cilt I*, İstanbul Matbaacılık, İstanbul 1959, s. 79.

<sup>40</sup> Akyol, s. 542-543. 1924 Anayasası ile ilgili görüşmelerde demokrasi ifadesi oldukça az kullanılmıştır; ancak Özbudun, anayasanın metni ve ruhu bakımından demokratik bir anayasa niteliği gösterdiğini ifade etmektedir. Özbudun'a göre bu anayasada tek parti rejiminin gelmesine yönelik herhangi bir işaret bulunmamaktadır. Öyle ki milli egemenlik ve meclis üstünlüğü vurgulanarak bir "temsili demokrasi" inşa edildiğini söylemek mümkündür. Özbudun, s. 79.

<sup>41</sup> Sevgi Kayak, "Türk Hukuk Tarihinde Medeni Hukuk Alanındaki Resepsiyon Sürecinin Meşruluğu", *Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildiri Kitabı*, İstanbul 2012, s. 56.

<sup>42</sup> Mehmet Akzambak, *Atatürk'ün Devrimci Adalet Bakanı Mahmut Esat Bozkurt*, Kastaş Yayinevi, İstanbul 2000, s. 193. Medeni hukuk alanında kanunlaştırma hareketlerinin ilki 1794 yılındaki Prusya Devletleri Genel Land Kanunu ile başlar. Orijinal adı *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* olan bu kanunlaştırmanın medeni hukuk yanında ceza ve idare alanına dair düzenlemeleri

kesin anlayabileceği şekilde açık olması ile hâkime geniş takdir yetkisinin verilmesinin bu metnin seçilmesinde etkili olduğu sıklıkla dile getirilmektedir.<sup>43</sup> Ayrıca farklı kantonların geleneklerini uyumlu şekilde bir araya getirmeyi başarmış bu kanunun tercih edilme sebeplerinden birinin o dönemde başta Mahmut Esat olmak üzere “Lozanlılar” olarak bilinen kimselerin hukuk devrimine yön vermesi olduğu dile getirilmektedir.<sup>44</sup> Türk hukukçuların İsviçre tahsilinin yanında BGB’deki gibi soyut bir üslup karşısında ZGB’nin esnek yapıya sahip olması ve teorik bir zemin oluşmadan gerçekleşen bu iktibasta örf hukuku yoluyla Türk hâkimlerin yabancılık unsurunu milli kültürle aşabileceğinin düşünülmesi burada bir etken olarak düşünülebilir.<sup>45</sup> Gönensay ise bu konuda İsviçre Medeni Kanunu’nun anlaşılabilir olmasıyla ilgili dönemin Tokyo Üniversitesi profesörlerinden Louis Adolph Briedel’in

---

de ihtiva ettiğini belirtmek gerekir. Code Civil, Code Civil Français veya diğer adıyla Code Napoleon ise bu kanundan sonra 1791 Anayasası’na uygun biçimde Napoleon tarafından ünlü Fransız hukkuçu Jean-Étienne-Marie Portalis’e hazırlanmıştır. Bu kanunları sırasıyla 1811 yılında Avusturya Medeni Kanunu, 1900 yılında Alman Medeni Kanunu ve 1907 yılında İsviçre Medeni Kanunu takip etmiştir. Bunlar arasında yalnız İsviçre Medeni Kanunu’nun referandum yoluyla kabul edildiğini belirtmek gerekir. Mustafa Dural / Suat Sarı, Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 2012, s. 21-24.

<sup>43</sup> Ahmet Mumcu, Tarih Açısından Türk Devriminin Temelleri ve Gelişimi, İnkılap Kitabevi, İstanbul 1983, s. 143. Ocakoğlu bu konudaki çalışmasında İsviçre Medeni Kanunu ile ilgili çeviri çalışmalarının Osmanlı İmparatorluğu’nun son yıllarında başlamış olduğuna dikkati çekmektedir. “Bu kanunun ilk tercümesini Haçeriyân Efendi, 1912 yılında Ceride-i Adliye’de yayınlamıştır. Alman Medeni Kanunu’nun da 1916 yılında tercüme edildiği bilinmektedir. Yani medeni kanun alanında ister kodifikasyon isterse resepsiyon şeklinde olsun yeni bir arayışın ayak izlerini duymamak elde değildir.” Ocakoğlu, s. 311.

<sup>44</sup> Kurt Lipstein, “The Reception of Western Law in Turkey”, Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul, İstanbul 1956, C. 5, S. 6, s. 13. Dikkat çekici bir şekilde Mahmut Esat aldığı eğitim ve dünya görüşü ile ilerici teklifler getirmiş bir kişidir. Özbudun Mahmut Esat’ın 1924 Anayasası görüşmeleri sırasında iki meclisli sistemi savunan milletvekilleri arasında bulunduğunu ifade etmektedir. Bursa mebusu Rıfat Bey görüşmeler sırasında çift meclisli kanunların süratle çıkarılabilmesi noktasında yavaşlatıcı bir unsur olarak görürken Mahmut Esat Bey ise cumhurbaşkanının meclisi feshetme yetkisini ikinci meclisin oyu alındıktan sonra alınması gerekli bir karar olarak görmektedir; ancak Meclis çoğunluğu bu görüşü kabul etmeyerek mutlak yetkili tek meclis geleneğini sürdürmüştür. Özbudun, s. 24

<sup>45</sup> Serhan Yıldırım, 19. Yy. Alman Hukuk Teorisinin Tarih Bilinci Bağlamında Oluşumu ve Etkileri, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 135-136.



"Alman Medeni Kanunu yalnız hukukçular için hazırlanmış zehabını verdiği halde, İsviçre Medeni Kanunu hukukçular için olduğu kadar halk için de yazılmış bir kanundur".<sup>46</sup> ifadelerine yer vermektedir.

Burada dikkat çekici olan diğer bir mesele bağımsızlığını kazanmasına rağmen egemenlik kullanımıyla ilgili kısıtlama altındaki devletlerin resepsiyonu bu bağlardan kurtulmak amacıyla bir enstrüman olarak kullanmasıdır. Özellikle kısıtlamalar arasında ağır şartlar taşıyan ticaret anlaşmalarının önem taşıdığı bilinmektedir.<sup>47</sup> Bu doğrultuda 1923'ten başlayarak kanunun kabulüne kadar geline süreçte İsviçre'den medeni kanun alınmasının diğer bir sebebi Lozan Barış Antlaşması'nın 42. maddesindeki<sup>48</sup> devletin yasama ve yargı işlerine kısıtlama getiren dış müdahale ihtimalini ortadan kaldırmaktır<sup>49</sup>. Bu sayede Avrupalı devletlerin devlet egemenliğine sürekli müdahale etmesine yol açan konsolosluk ve cemaat mahkemelerinin sona erdirilmesi hedeflenmiştir.<sup>50</sup> Gerçekten medeni kanun hususu büyük oranda

<sup>46</sup> Samim Gönensay, "Medeni Kanun'un Yeniden Tetkik ve Tashihine İhtiyaç Vardır", *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1940, Cilt VI, s. 52. Bu hususta Atamer gerek laik bir hukuk sisteminin oluşturulması gerek azınlık sorunun çözülmesi bakımından İsviçre Medeni Kanunu'nun bağımsızlığını sağlamak isteyen Türkiye Cumhuriyeti'ne çok iyi bir seçenek oluşturduğunu ifade etmektedir. Atamer, Yeşim M., "Rezeption und Weiterentwicklung des schweizersichen Zivilgesetzbuches in der Türkei", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Hamburg 2008, C. 72, S. 4, s. 733.

<sup>47</sup> Bozkurt, s. 11.

<sup>48</sup> Lozan Barış Antlaşması 42. maddesinin ilk iki fıkrası bu hususu düzenlemektedir: "Türk Hükümeti, Müslüman-olmayan azınlıkların aile durumlarıyla [statüleriyle, aile hukukuyla] kişisel durumları [statüleri, kişi halleri] konusunda, bu sorunları, söz konusu azınlıkların gelenek ve görenekleri uyarınca çözümlenmesine elverecek bütün tedbirleri almayı kabul eder. Bu tedbirler, Türk Hükümetiyle ilgili azınlıklardan her birinin eşit sayıda temsilcilerinden kurulu özel Komisyonlarca düzenlenecektir. Anlaşmazlık çıkarsa, Türk Hükümetiyle Milletler Cemiyeti Meclisi, Avrupa'lı hukukçular arasında birlikte seçecekleri bir üst-hakem atayacaklardır". Seha L. Meray, *Lozan Barış Konferansı/Tutanaklar-Belgeler İkinci Takım Cilt II, Yapı Kredi Yayınları*, İstanbul 2001, s. 12.

<sup>49</sup> Taha Akyol, *Medine'den Lozan'a: Çok-hukuklu Sistemin Tarihteki Deneyleri*, Doğan Kitap, İstanbul 1996, s. 173. Aydın, Lozan görüşmeleri sırasında İtalyan ve İngiliz delegelerin hukukta köklü değişim yolunda bir işaret bulunmadığından ötürü Türkiye Cumhuriyeti'nde tek bir medeni kanunun kabul edilmesinden Hristiyan toplulukların zarar göreceği yolunda itirazları olduğunu ifade etmektedir. Aydın, s. 172.

<sup>50</sup> Gülnihal Bozkurt, *Azınlık İmtiyazları-Kapitülasyonlardan Tek Hukuk Sistemine Geçiş*, Atatürk, Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma



Lozan Barış Anlaşması'nda dış devletlerce tartışmaya açılan bir konudur; ancak bu iktibasın Batı hukuku ya da İslam hukuku kaynaklı yapılacağına ilişkin bu tarihlere ortaya konmuş bir belge bulunmamaktadır. Ayrıca Türkiye Cumhuriyeti'nin İsviçre Medeni Kanunu'nu kabul ettiği tarihlerde İtalya, İspanya, Yunanistan ve Portekiz gibi pek çok Avrupa ülkesinde bugünkü anlamda bir medeni kanun olmadığına burada altı çizilmelidir.<sup>51</sup>

İsviçre Medeni Kanunu'nu tercüme etmek ve ülke şartlarına göre bazı değişiklikler yaparak kanun metnini hazırlamak üzere oluşturulan komisyonda Prof. Dr. Ebul'ula Mardin ve Prof. Dr. Vasfi Raşit Bey'in yanı sıra hukukçu milletvekilleri, Yargıtay hâkimleri, İstanbul mahkemeleri hâkimleri, hukuk profesörleri ve avukatlar bulunmaktadır.<sup>52</sup> Bu aşamadan sonraki komisyon çalışmaları ve Meclis görüş-

---

Merkezi, Ankara 1998. Hirsch'e göre Lozan Barış Görüşmeleri'nde azınlıklara ilişkin adli kapitülasyonların kaldırılması talebi bu dönemde onları kapsayan bir ulusal medeni hukuk olmadığından ötürü taraflar arası sert bir mücadelenin konusu olmuştur. Adli kapitülasyonlar ve daha özelde konsolosluk yargısının kaldırılması konusunda yaşanan uzlaşmazlıklar, bir müddet sonra mahkemelerde yabancı yargıçların istihdam edilmesi teklifine dönüşmüş ve tüm kanunlaştırma faaliyetlerinde bu yargıçlardan görev almaları istenmiştir. Bunun Türk delegasyonu tarafından reddi sonrası yabancı danışmanların görevlendirilmesi ve hükümetin azınlıklara adli güvence vermesi teklif edilmiştir. Ernst Eduard Hirsch, "İsviçre Kanunu-Türk Hukuku". Ankara ve Lozan Arasında Avrupa Yolundaki Türkiye Üzerine Bir Derleme, (Der. M. Schweizer). Phoenix Yayınevi, Ankara 2005, s. 346.

<sup>51</sup> Arzu Oğuz, "Türk Medeni Hukuku'nun Gelişim Çizgisi ve Karşılaştırmalı Hukukun Rolü", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2006, C.55, S. 1, s. 195-196. Lozan'da görüşmelerin kesilmesine sebep olan adli kapitülasyon meselesinin de bu aşamada öne sürülen iddiayı destekleyici olduğu açıktır. Şimşir'in bu konudaki eserinde adli kapitülasyonlar meselesiyle ilgili komisyon görüşmelerinden görüleceği üzere Lozan'da İsmet Paşa ve Türk delegasyonu tarafından yabancı kanun alımı yoluna gidileceğine ilişkin bir beyanata rastlamak mümkün değildir. Yabancı devletlerin bu hususta yabancı yargıçlar yoluyla bir geçiş devri önermeleri ve İdare-i Adliye Beyannamesi yoluyla yabancı danışmanların dayatılması meselesini bu kapsamda değerlendirmek mümkündür. Mustafa Kemal Paşa veya Başbakan Rauf Orbay'ın adli kapitülasyonlarla ilgili yurtiçi beyanlarında da Batı hukukundan iktibas yapılacağı yolunda bir konuşma bulunmamaktadır. 22 Ocak 1923 tarihinde Bursa'da yaptığı konuşmada Mustafa Kemal Paşa'nın medeni devletlerdekine benzer biçimde kanunların iyileştirileceği yolundaki söylemi ise zaten delegasyon tarafından da dile getirilmektedir. Bu konuşma için bkz. Bilal Şimşir, *Lozan Günlüğü*, Bilgi Yayınevi, Ankara 2012, s. 367-368.

<sup>52</sup> Akyol, s. 541.

melerinin çok hızlı bir şekilde tamamlandığı bilinen bir meseledir; ancak yine de İsviçre Medeni Kanunu’nun kabul edilmesi kadın-erkek eşitliği, çok eşliliğin yasaklanması, ülkede yargı birliğinin sağlanması açısından isabetli bulunmuştur.<sup>53</sup> Türk Kanunu Medenisi’nin Borçlar Kanunu ile yürürlüğe girmesi ülkedeki herkese eşit olarak uygulanabilir, vatandaşlar arasında herhangi bir ayırım gözetmeyen bir metin olması hasebiyle önemli olup, bu yenilik diğer temel kanunların Batı Avrupa ülkelerinin diğer kanunlarından iktibas edilmesinin ve Türkiye Cumhuriyeti’nin Kıta Avrupası hukuk sistemine girmesinin önünü açmıştır.<sup>54</sup> Bununla birlikte Batı hukukunun bu şekilde iktibasını erken Cumhuriyetin devrimci kadrolarının bir buluşu değil, Osmanlı-Türk aydınının bir asra yakındır tartıştığı ve Âli Paşa’dan beri gündemde olan bir meseledir; ancak bu iktibasla kısmi bir resepsiyon değil özel hukuk alanında tam bir iktibas gerçekleştirilmiştir.<sup>55</sup> Meclis görüşmelerinin ardından kabul edilen Medeni Kanun’un gerekçe metni<sup>56</sup> Mah-

<sup>53</sup> Akyol, s. 542-543. Bilindiği üzere dünya coğrafyasında çok kadınla evlilik pratikleri sıklıkla biyolojik gerekliliklerden değil, güç ve hâkimiyet belirtilerinden kaynaklanmaktadır. Sıklıkla ekonomik gerekçelerle gerçekleşen ve nüfus temelli gereksinimlerle oraya çıkan bu evlilik şekillerinin özellikle feodal ve dini otoritelerin hâkim oldukları yerlerde görülmeleri bu duruma örnektir. Ali Rıza Balaman, *Evlilik Akralılık Türleri: Sosyal Antropolojik Yaklaşımla*, İleri Kitap, İzmir 1982, s. 34-35.

<sup>54</sup> Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 308-309.

<sup>55</sup> Osmanoğlu Karahasanoğlu, s. 49. Kayak’ın da belirttiği gibi resepsiyon kavramı teorik temelleri bakımından içerisinde yabancılaşma ve iradi karar olmak üzere iki esas unsur barındırmaktadır. Esinlenme ve uyarılma gibi kavramlar hukuk teorisinde iç hukuk kaynaklarıyla bir ülkede hukuk yaratma yolu olarak açıklanmış olsa dahi mehzaz kanunun dış bir kaynaktan gelmesi sebebiyle bunları tamamen resepsiyon kavramının içerisinde alt kavramlar olarak değerlendirmek lazım gelmektedir. Kayak, s. 58.

<sup>56</sup> Kılıçoğlu’nun ifade ettiği yeni medeni kanun metinlerinden farklı olarak bu kanunda genel gerekçe ya da madde gerekçeleri bulunmamaktadır. Kanun, Mahmut Esat Bey imzalı bir üst yazı ile sevk edilmiştir. Bu üst yazı esasen Esbab-ı Mucibe Layihası’dır ve bu taslak tasarı haline getirilerek Meclis Adalet Komisyonu’na geldiğinde din ve hukuk kuralları arasında karşıtlığa değinen iki önemli paragraf muhalif kesimlerden gelen eleştiriler karşısında taslaktan çıkartılmıştır. Bunlardan birincisi Mecelle ile ilgili iken ikinci paragraf gayrimüslim kesimlerin durumlarına ilişkindir. Taslak Komisyonu’na mensup görevlilerden hangilerinin hangi yetkiyle bu paragrafları gerekçeden çıkarmış oldukları bilinmemektedir. Ahmet Kılıçoğlu, “Medeni Kanunumuzu Nasıl Değiştirdik (How We Amended Our Civil Code)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 3, İstanbul 2016, s. 1721-1723.

mut Esat tarafından kaleme alınmış olup buradaki ifadeler son derece dikkat çekicidir:

*“(...) Hayat yürür, ihtiyaçlar süratle değişir, din kanunları, mutlaka ilerleyen hayatın huzurunda şekilden ve ölü kelimelerden fazla bir kıymet, bir mânâ ifade edemezler. Değişmemek, dinler için bir zarurettir. Bu itibarla dinlerin sadece bir vicdan işi olarak kalması, çağımızın medeniyetinin esaslarından ve eski medeniyetle yeni medeniyetin en mühim farklarından birisidir. Esaslarını dinden alan kanunlar, uygulandıkları camiaları yukarıdan inme ilkel devirlere bağlarlar ve ilerlemeye mani belli başlı müessir etkenler arasında bulunurlar. Türk Milleti’nin mukadderatını çağımız medeniyeti içinde dahi ortaçağ hükümleri ve kurallarına bağlamakta, dinin değişmez hükümlerinden ilham alan ve tanrı ile daima temas halinde olan kanunlarımızın en kuvvetli etkiyi doğurduklarına şüphe edilmemelidir. Milli hayatın sosyal düzenleyicisi olan ve yalnız ondan ilham alması icap eden tedvin edilmiş bir Kanunu Medeniden Türkiye Cumhuriyeti’nin mahrum kalmasının ne çağımız medeniyetinin gerekleriyle ne de Türk İhtilalinin doğurduğu mânâ ve kavramlarla bağdaşması mümkün değildir<sup>57</sup>.”*

Medeni Kanun alımının doğrudan tercüme yoluyla yapıldığı şeklinde iddialar burada ayrı bir önem taşır. Velidedeoğlu’na göre kanun hazırlanırken Türk halkının dini, ahlaki, iktisadi ve toplumsal yapısı göz önüne alınarak birçok değişiklik yapılmış<sup>58</sup> ve iki kanun arasında önemli farklar oluşmuştur.<sup>59</sup> İsviçre Medeni Kanunu kabul edilirken kanun olduğu gibi tercüme edilerek alınmamış; kat mülkiyeti, paylı mülkiyet, el yazılı vasiyetname, evlilik birliği, eşin mirasçılığı, boşanma, evlilik dışı çocuğun korunması, evlilik yaşının on sekize indirilmesi gibi birçok alanda değişiklikler yapılmıştır.<sup>60</sup> Medeni Kanun

<sup>57</sup> Söz konusu layiha Hıfzı Veldet Velidedeoğlu tarafından sadeleştirilerek günümüz Türkçesine çevrilmiştir. M. E. Bozkurt’un Türk Kanunu Medenisi Esbabı Mucibe Layihası için bkz. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, “Medeni Kanunu Değiştiren Öntasarıya İlişkin Çalışmaların Belgelerle Açıklanması”, H. C. Oğuzoğlu’na Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 303, Ankara 1972, s. 525-531.

<sup>58</sup> Lord Kinross ise “bu konuda şunları ifade etmektedir; “Çünkü getirdiği reformların temelini oluşturan ve aslı İsviçre’den alınan Medeni Kanun, en sonunda Meclisçe onaylanmıştı. Erkeklerin birden fazla kadınla evlenmesi, kadınların boş düşmesi kaldırılmış, bunların yerine iki yana da aynı hakları tanıyan medeni nikâh ve ayrılma konmuştu. Kadınlar bundan sonra, hiç olmazsa kanun gözünde yeni bir özgürlüğe ve itibara kavuşmuş olacaktı.” Lord Kinross, Atatürk-Bir Milletten Yeniden Doğuşu, Sander Yayınları, (çev. N. Sander), İstanbul 1984, s. 642.

<sup>59</sup> Velidedeoğlu, s. 521.

<sup>60</sup> Rona Serozan, Medeni Hukuk: Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 85.

ile aynı tarihte kabul edilen Borçlar Kanunu’nda ise İsviçre Borçlar Kanunu’ndan farklı olarak kefalet, acentelik, iş sözleşmesi, taksitle satım, taşınmaz kirası, taşınmaz satımı gibi alanlarda değişikliğe gidilmiş ve kefil, acente, işçi, kiracı ve tüketiciden yana bir çizgi benimsenmiş olduğu ifade edilmiştir. Bu yolla Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu, İsviçre hukuku ile bütünleşmiş, Kara Avrupası hukuk çevresine ve dolayısıyla onun asıl kaynağı olan Roma-Cermen hukuk sistemi üzerinden Pandekt hukukunun bütünleyici parçasına dönüşmüştür.<sup>61</sup> Ayrıca iktibas, Lozan’daki Avrupalı danışman uygulamalarının boşa çıkmasını ve Yunanistan’ın Lozan’ı ihlal ettiği iddiasıyla Milletler Cemiyeti’ne müracaat ederek Türkiye hakkında şikâyette bulunmasına rağmen başvurusunun reddedilmesini sağlamıştır.<sup>62</sup>

1839’dan başlayan süreç bir bütün olarak izlendiğinde Tanzimat ve sonrasındaki kısmi kanun almaya dayalı kanunlaştırmaları Osmanlı İmparatorluğu’nun dışa bağımlılaşma ve yarı sömürgeleşme süreci ile ilişkilendirilen Tanör, bağımsız cumhuriyetin toptan alma karakteri göstermesiyle önceki dönemden tamamen farklılaşmış olduğunu ifade etmektedir. Bu yönden Cumhuriyet’in Japonya’daki 19. yüzyıl sonrası Meiji dönemiyle benzeştiği açıktır. Ayrıca Tanzimat dönemindeki Fransız orjinli kanunlaştırmalarla karşılaştırıldığında Cumhuriyet’in en az beş ülkeden yasa aktarımı yaptığını ifade eden Tanör bunun köklü bir değişim olduğunu vurgulamaktadır.<sup>63</sup> Bu kanun alımları ka-

<sup>61</sup> Serozan, s. 85- 91. Ayrıca yeni hukuka geçişte 29 Mayıs 1926’da Tatbikat Kanunu adıyla bilinen “Kanunu Medeninin Sureti Meriyet ve Şekli Tatbiki Hakkında Kanun” da kabul edilmiş ve iki temel kanun ile beraber 4 Ekim 1926’da yürürlüğe girmiştir. Dural / Sarı, s. 25. Ayrıca Seyit bu konuda Borçlar Kanunu’nun Türk Kanunu Medenisi’ni de kapsayacak biçimde yasal alanda söz varlığının Türkçeleştirilmesi hususunda önemli değişiklikler getiren ilk örnek olduğunu ifade etmektedir. Vecibe yerine borç, sınır yerine hudut, istimal yerine kullanmak, şahsı salis yerine üçüncü şahıs, ukut yerine akitler ve tarafeyin yerine iki taraf ifadeleri bu düzenlemeyle tashih olunmuştur. Seyit Günal, Türkiye’de Hukuk Dilinin Dönüşümü, XII Levha Yayınları, İstanbul 2020, s. 62-63.

<sup>62</sup> Akyol (1996), s. 176.

<sup>63</sup> Kanun alımlarındaki mehz kanunlar şu şekilde farklılaşmaktadır: “Türk Medeni ve Borçlar Kanunu (1926) İsviçre Federal Kanunu. Türk Ceza Kanunu (1936) İtalya 1889 (Zanardelli Kanunu). Türk Ticaret Kanunu (1926) Fransa, Almanya, Belçika, İsviçre. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (1926) Nechautel Kantonu. Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu (1929) Almanya. Deniz Ticaret Kanunu (1929) Almanya esinlenik (mülhem). İcra İflas Kanunu (1929) İsviçre Federal Kanunu”. Tanör, s. 224.

pitülasyon ve azınlıklarla ilgili meselelerin çözülmesiyle ilgili olarak çok hukuklu sistemden tek hukukluluğa geçişin yolunu açmış ve diğer devletlerle ortak bir hukuk sistemine geçilmesini sağlamıştır.<sup>64</sup> Diğer bir ifadeyle Batı hukukunun Türkiye’de kabul edilmesi girişimleri 19. yüzyılda birçok defa denenmesine rağmen<sup>65</sup> iç hukukun esas yapısı nedeniyle sınırlı ve parçalı kalmıştır; ancak 1926’da başlayan hukuk resepsiyonu eski kanunların yürürlükten tamamen kaldırılması sayesinde önceki girişimlerden tamamen farklı ve başarılı olabilmıştır.<sup>66</sup>

Şüphesiz yüzyıllar süren İslam hukuku geleneğinden gelen bir toplumun kısa bir zaman içerisinde hukuk sisteminin değiştirilmesi, Romanizasyon yoluyla değiştirilmesi büyük siyasi çatışmaları beraberinde getirmiş ve bu çatışmada taraf olmak, radikal bir üslup kullanan kurucu kadro mensupları gibi Mahmut Esat’ın söylemine yansımıştır. Hukuk burada yasa koyucunun çıkardığı bir metin olmaktan çok, çağdaşlaşma hedefinde sosyal dönüşümü sağlamanın başlıca aracı olarak ifade edilmektedir. Burada hukukun ideolojiden bağımsız olamayacağına bilincinde olmak gerekmektedir, özellikle devrim dönemlerinde söz konusu üslup yeni sistem karşıtlarına karşı daha militanca bir tavır almaktadır. Böyle bir dönemin kadrosundan olan Mahmut Esat’ın ise yerli hukuk yapımını savunmak yerine yabancı hukuk alımını destekleyen söylemi ve eylemi, devrim dönemlerinin süratli atılım gerektiren doğalarıyla uyum içerisindeydi.

### III. İSLAMCI, TÜRKÇÜ VE BATICI KANATLARIN HUKUK ALIMINA YÖNELİK POZİSYONLARI

Çalışmanın giriş bölümünde ifade edildiği gibi Türkiye Cumhuriyeti’nin ilk yıllarında kanun alımlarındaki karar alma süreçlerini herhangi bir muhalefetle karşılaşmayan bir süreç olarak görmemek gerekir. Buna yönelik ilk tespit yeni rejimin ilanı sonrası

<sup>64</sup> Bozkurt (1988), 49-51.

<sup>65</sup> Bu denemelerle ilişkili dikkat çekici bir kişilik olarak 1909’da Adliye Nezareti müşavirliğine getirilen, Osmanlı adli yapısının çağdaşlaşmasında önemli rol oynayan Kont Leon Ostrorog’u da anmak gerekmektedir. Kendisinin hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Emin Elmacı, “Osmanlı Hukuk Reformunda Bir Öncü: Kont Leon Ostrorog”, *OTAM Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, Ankara 2011, S. 29, s. 1.

<sup>66</sup> Lipstein, s. 12.

hukuk politikasındaki belirsizliktir; zira Mahmut Esat Bey’in Adliye Vekilliği’ne kadar olan dönemde Türkiye Cumhuriyeti’nin kanun alımlarında Batı’dan resepsiyonlara yöneleceğine dair kesin bir işaret bulunmamaktadır. Bu hususta başta Medeni Kanun olmak üzere sekülerleşme sürecinin büyük bir zorluk oluşturacağı inancının rol oynadığı kabul edilmelidir. Diğer bir ifadeyle cumhuriyet belli başlı sekülerleşme emarelerini Milli Mücadele sonrasında göstermeye başlamıştır; ancak mesele devlet yapısı ve aileye dönük kapsamlı dönüşümlere geldiğinde bu durum kurucu iradeye mensup üyeler arasında problemlili bir unsur olarak ortaya çıkmıştır.<sup>67</sup> Meclis içi tartışmalara bakıldığında kanunların kabulü ve tatbiki hususunda genel iradede parçalı bir yapı görülmektedir. Öyle denebilir ki 1923 sonunda resepsiyon fikri bu irade içerisinde en güçsüz kanat olarak görünmektedir; ancak bu mesele giderek kültür ve hukuk sosyolojisi penceresinden Fındıkoğlu’nun ifadesiyle bir “*ibda-iktibas*” mücadelesine dönüşecektir. Üç vekilin dönemleri de Meclis’te farklı görüşlerin cereyan ettiği bir atmosferi göstermektedir; zira 1923-1925 arasındaki görüşler Mecelle’nin yeniden tanzim edilmesini destekleyenler, Gökalp çizgisindeki yerli kanun yapımını savunan görüş ve kodifikasyonu savunan devrimci-radikal görüş olarak değişiklik göstermektedir.<sup>68</sup> Bir diğer ifadeyle cumhuriyeti kuran kadrolarda devrim ve bağımsızlık sonrası süreci en baştan itibaren doğrudan toptan değişim ile açıklamak hatalı bir uygulama olacaktır; zira toptan değişim ve yeniye yönelme birlik içerisindeydi. Osmanlı dönemindeki yenileşme hareketleriyle Erken Cumhuriyet arasında bir bağ bulunmaktadır; ancak ondan ayrılan, kopuşa sebep olan bir büyük yan daha vardır.<sup>69</sup>

<sup>67</sup> Çiğdem Dumanlı, “Mahrem Alanda Sivil Hukuk İnşası: Mahmut Esat Bozkurt’un Medeni Kanun Gerekçesi Ve Eugen Huber Kaynağası”, *Belgi Dergisi*, S. 26, Denizli 2023, s. 5-6. Birinci Meclis’ten itibaren mebuslar arasındaki kompozisyon yapısı esasen ideolojik bir ayrışmayı yansıtmaktadır. Muhafazakârlık, inkılapçılık ve Bolşeviklik temelli ideolojik çatışmalar Meclis’in açılış döneminden itibaren ağırlığını göstermektedir. Müdafaa-ı Hukuk cemiyetinin partizanlığa karşı geliştirdiği tepkilere karşın I. Meclis, Bolşevizmden etkilenmesi ve Bolşevik grubun ise içerisindeki Yeşil Ordu, Türkiye Komünist Partisi, Halk İştirakiyun Fırkası gibi oluşumlarla dikkat çekici bir niteliğe sahip olduğu belirtilmelidir. Rıdvan Akın, *Türk Siyasi Tarihi*, XII Levha Yayınları, İstanbul 2019, s. 109-111.

<sup>68</sup> Akyol, s. 532- 539.

<sup>69</sup> Aygün, s. 34-38.



Klasik muhafazakâr düşüncede değişim ya da devrim dönemlerinde demokrasi ve eşitliğin kapsamının genişletilmesi süreçleri olabildiğince engellenmeye veya yavaşlatılmaya çalışılır. Tedrici bir değişimi destekleyen muhafazakâr düşünce aktif yurttaşlık ya da mülkiyetin sorgulanması gibi konularda alınan kararları “ileri gitmek”le eleştirir.<sup>70</sup> Bu bakımdan 1925’e kadar daha baskın olan ve kendisini komisyonlardaki ağırlığıyla gösteren muhafazakâr görüşe karşı mecliste radikal görüşlerin seslendirilmesi ve şiddetli tartışmaların yaşanması bir belirsizliğin açık ifadesidir.<sup>71</sup> Bu hukuki üçlemde Mecelle’yi tanzim etmek isteyenlerin 1917’den itibaren zaten güçlü bir biçimde varlıklarını sürdürmüş oldukları söylenebilir. 1923 ve 1924 yıllarında Meclis’te tartışmalara sebebiyet veren bu tanzim görüşü her ne kadar ulusal gelenek ve fıkıh okulları arasında seçme özgürlüğü getirirse de Tanzimat ve Meşrutiyet dönemlerinden bakiye kalmış bir gelenek olarak destekçilere sahiptir.<sup>72</sup> Osmanlılık düşüncesinden farklı olarak İslamcılık düşüncesinin çıkış noktalarında devlet işlerinin gerilemesinin temel sebepleri arasında hukuk düzeninin din kurallarından uzaklaşmış olması yatmaktadır; zira İslamiyet toplum düzenlerinin en yararlı olduğundan toplumsal yaşama eksiksiz olarak uygulanmak zorunluluğu altındadır. Ayrıca bazı yazarlara göre Mustafa Kemal ve kurucu elit Milli Mücadele dönemindeki politik ahite uygun hareket etmeyerek din ile milleti kurtarma hedefiyle başlamış olan mücadeleyi laik rejimin inşasıyla tersyüz etmektedir. Bu düşünceye göre doğru bir geçişin ana unsuru dinin özüne dönmeyi ihmal etmeden maddi medeniyetin nakli fikrinden geçmektedir.<sup>73</sup>

<sup>70</sup> Güler, s. 136-137.

<sup>71</sup> Akyol, 532. Benzer bir durumu 18. yüzyıl Fransız toplumunda Code Napoleon’un da hazırlık çalışmalarında görmek mümkündür; zira 1790 sonrası Ulusal Meclis’e birçok tasarı sunulmuş ancak bunların bazıları kabul edilmemiş bazıları yeniden yazım için komitelere gönderilmiştir. İlk tasarımın Devrim öncesi hukuka benzer nitelikte olduğuna yönelik eleştiri sonrası ikinci taslak yaklaşık üç yüz maddeyle sınırlandırılmıştır. Burjuva sınıfının metin üzerindeki hâkimiyetini gösteren son taslak ise kodun fikri altyapısına dair beklenti ve açıklamalar bakımından tasarımı hazırlayan rapora doğrudan yansımıştır. Michael E. Tigar/Madeleine R. Levy, Kapitalizmin Yükselişi ve Hukuk, (çev. O. Karahanoğulları), Epos Yayınları, Ankara 2016, s. 256

<sup>72</sup> Berkes, s. 529.

<sup>73</sup> Tanıl Bora, Cereyanlar Türkiye’de Siyasal İdeolojiler, İletişim Yayınları, İstanbul 2017, s. 416-417.



Bu hususa ilişkin 19. yüzyılda gerçekleşen kutuplaşmayı daha geriye götüren İncalcık ise meselenin özünde şeriat hükümlerinin liberal ve katı yorumlarının olduğunu ve ilerici-gerici gruplar arasındaki mücadelenin kaynağının bu kültürel çekişmelerde yattığını ifade etmektedir.<sup>74</sup> Bu çekişmelerde katı muhafazakâr gruplar reformlara karşı düzeni kutsama şeklinde kendini gösterir iken ılımlı gruplar ise tarihsel değişimi kabul etseler de tedrici bir geçişi destekleyerek devrimci uygulamaları eleştirmektedir.<sup>75</sup> Namık Kemal ve Ziya Paşa'nın eserlerinde "*bürokratik zorbalık*" olarak eleştirilen Batılılaşma, halkın büyük çoğunluğunda olumsuz karşılık bulmaktadır. Yeni Osmanlılarda net şekilde görülen bu tutum, endüstri veya ticaret alanında Batı menşeli mamulleri bir gereklilik olarak görür iken Avrupa kanunlarının iktibasını ise geleneklerin yozlaştırılması olarak görmektedir.<sup>76</sup> Medeni Kanun'un kabulü yoluyla Türk toplumunun bir gecede İsviçre'ye dönüşmediğini vurgulayan Lewis ise taşrada ve özellikle köylerde evlenme, boşanma ve miras hususlarında geleneğe dayalı eski yöntemlerin uzun süre devam ettirilmiş olduğunu dile getirerek değişimin zaten çok yavaş surette gerçekleştiğini vurgulamaktadır.<sup>77</sup> Muhafazakâr düşünceyle uyum içerisinde görünen bu anlayış, örneğin istikrarlı toplum yapısı tasavvurunda cinsiyetler arası eşitlik kavramına olumlu anlam yüklemeyiz. Genellikle organik ve feodal yapıya dayandığından ötürü muhafazakârlık, aynı düzeye getirilmeye çalışılan toplum kesimlerinin hiçbir zaman eşitlenemeyeceğini kabul etmektedir; zira kastlara ya da zümrelere bölünmek tabiatın bir gereğidir.<sup>78</sup>

Türkçü düşünce ise devletin çözülmesini dinsel yapı ve din kurallarının toplumsal ilişkilere bütünüyle sirayet etmesinde bulmaktadır.

---

<sup>74</sup> İncalcık, 141-144.

<sup>75</sup> Güler, s. 144-145.

<sup>76</sup> İncalcık, s. 143-144.

<sup>77</sup> Bernard Lewis, *Modern Türkiye'nin Doğuşu*, Arkadaş Yayınevi, (çev. B. B. Turna), Ankara 2014, s. 366. Code Napoleon ile beraber özel hukuk alanında tüm ilişkilerin sözleşme fikri üzerinden ele alınması evliliğin de ölüm ile birlikte sona ermesi kabulünü beraberinde getirmiştir. Taraflardan birinin ölümü sonunda miras ise külli bir şekilde taraflardan birinin üzerine kalmayarak ailenin geri kalan üyeleri arasında paylaşılma yoluna gidilir. Bu durum kırsal alanda toprakların tarımsal ekime uygun olmayacak şekilde giderek bölünmesi sebebiyle köylü aileleri üzerinde olumsuz sonuçlara sahip olmuştur. Tigar/ Levy, s. 257.

<sup>78</sup> Güler, s. 135.

Türkçülük bu sebeple ulusal değerler bağlamında teokratik düzene karşı bir dirilişi Türk ulusunun kimliğinden hareketle inşa etmek çabasıdır.<sup>79</sup> Bu yönüyle kanun alımı tartışmalarında bu söylemin ulusu kültürel temelde tanımlayan, kimlik ve aidiyet temelli bir diskura sahip olduğunu söylemek mümkündür. Bu doğrultuda ulusal geleneklerin farkında olunmadan yapılacak her kanun, halkın kendi karakterine zıt girişimler olarak organik olmayan, engel olunması gereken düzenlemelerdir. Bu bakımdan İzmir mebusu ve dönemin Maarif Vekili Saraçoğlu Şükrü Bey'in Meclis'teki oturumunda "Türk'ün ruhundan doğan kanunlar isteriz." ifadesi milli karaktere uygun bir söylem olarak önemli bir karşı çıkıştır.<sup>80</sup> Burada çağdaşlaşma ve hukuk sorunu İslamcı veya Batıcı kanatlardakinin aksine bir değer ve ülkü sorunu olarak görülür; zira çağdaş uygarlık "hars"lar ile birbirinden ayrılmaz. Her hars kendine özgü bir ruhun ifadesi olduğundan Türk harsı da kendi değerlerine uygun kanunlarla idare edilmelidir.<sup>81</sup> Bu hususta muhafazakârlık ile Batılılaşma akımlarını dönemin iki çıkmaz yolu olarak gören ve Türklüğün tarihindeki kurumların tekâmül süreçleri-

<sup>79</sup> Kili, 58-60. Batı dışındaki ilk modern inkılap olan Türk devriminin geçmişle bağı tamamen reddeden miladi bir söyleme sahip olduğuna işaret eden Bora ise Kemalizm'de evrimsel aşamalara uğramada tarihsel sıçrama yapma fikrinin devrimcilikle özdeşleştirilmiş olduğunu ifade etmektedir. Burada Osmanlı yakın geçmişi, yozlaşmış bir karakterde yanlış batılılaşma örneği olarak nitelendirilir ve tarihi kendisiyle başlatan söylem, bir kopuş ideolojisi yoluyla devrimci atılımın Tanzimat'tan ve Meşrutiyet'ten beri sürüyor olduğu iddiasını kesin olarak reddeder. Bora, s. 129-132.

<sup>80</sup> Saraçoğlu bu görüşünü yalnızca kanun alımı tartışmalarına ilişkin dile getirmiş bir mebus değildir. Şükrü Bey 1942'de başbakanlık koltuğuna otururken TBMM'de yaptığı konuşmada şu ifadeleri kullanacaktır: "Biz Türk'üz, Türkçüyüz ve daima Türkçü kalacağız. Bizim için Türkçülük bir kan meselesi olduğu kadar bir vicdan ve kültür meselesidir. Biz azalan veya azaltan Türkçü değil, çoğalan ve çoğaltan Türkçüyüz. Ve her vakit bu istikamette çalışacağız." C. H. P. Genel Başkan Vekili Başvekili Şükrü Saraçoğlu'nun Hükümetin İç ve Dış Politikasını İzah Eden Nutukları, <https://acikerisim.tbmm.gov.tr/items/ec3c595c-978c-4b1a-b793-548d3c2a171c>.

<sup>81</sup> Berkes, s. 422-424. Muhafazakârların mevcut olan kuralları değişmez gerçekler sayarak değiştirilmelerine küfür gözüyle baktıklarını iddia eden Gökalp, radikal kanada mensup kimselerin ise makul kuralları mutlak ilkeler sırasına koyarak kabul etmeyenleri gericilikle suçlama eğiliminde olduklarını ifade etmektedir. Buna karşılık iki tarafın da kanunların teşekkülü ve halk tarafından benimsenme şekillerini anlama ve açıklama bakımından büyük eksikleri vardır. Ziya Gökalp, *Türkleşmek, İslamlaşmak, Muasırlaşmak*, Akçağ Yayinevi, Ankara 2010, s. 23.

nin incelenmesinin zorunluluk arz ettiğini ifade eden Gökalp'e göre Türklüğün kelimelerden masallara, deyişlerden destanlara yayılan, kültüre sirayet eden bir ruhu vardır ki bu milli ülkü şu an bir yıkıntı halindedir. Türk milletinin tarihinde törelerin, yasaların, tüzüklerin incelenmesi ve Türk hukuk tarihindeki bu ruhun yasalara yansıtılması lüzumludur.<sup>82</sup>

Eskiye muhafaza edenler ve kökten değiştirici Batıcı kanatlar arasındaki tartışmalarda bir kurtuluş ümidi olmadığı iddiasındaki Gökalp bir milletin ruhunu geleneklerin, bedenini kuralların meydana getirdiği iddiasındadır; ancak 19. yüzyıl deneyimi tarihin coğrafyaya galip geldiğini açık şekilde göstermiştir. Tarihine sahip çıkan ve geleneklerine bağlı milletler fen ve felsefe meydana getirmeyi başarabilirler, bu sebepten ötürü medeniyet için ideal olan Türk geleneklerini çağın fenniyle aşılacaktır.<sup>83</sup> Bu bakımdan milliyetçi kanat bu üçlem arasında Türk milletinin kendi kanunlarını yapması fikrinin taşıyıcısı olan, millete özgü kanun fikrini destekleyen görüş sahiplerinden olduğundan tarihçi bir söylemin bu görüşe egemen olduğu söylenmelidir. Bir yandan yenilikçi bir yandan muhafazakâr bir söyleme sahip bu kesim, kültürel kodlarla milli kimliği hukuka yansıtma amacındadır. Örneğin Gökalp'in fikriyatında tüm toplumsal düzen kuralları toplumun mükemmelleşme evresinin geçici bir neticesi konumunda olduğundan önemli olan onun tarihini incelemektir. Mükemmelleşme tarihi bağlar yoluyla sağlamlaştırılırsa canlı bir gelenek ve hukuk oluşur, diğer bir ifadeyle gelenekler yoluyla kurumların bir ülkedeki ortak özden türediği anlaşılır.<sup>84</sup> Türk milletini belirleyen objektif ölçütlerle kanunlar meydana getirme fikri ise şer'i kökene sahip veya Frenk menşei kanunların Türk vatanında uygulanmasının milli bilince uygun olmadığı kanaatini taşımaktadır. Böyle bir kanun yapımı süreci uzun vadede bir hazırlığı gerektirmektedir, bu sürecin sonunda etnik

<sup>82</sup> Gökalp, s. 26-27.

<sup>83</sup> Gökalp, s. 27-28.

<sup>84</sup> Gökalp'e göre İngiliz gelenekselciliği karşısında Türkler "kuralcı fakat geleneksiz" bir millettir. Muhafazakâr ve Batıcı kanatlar arasındaki tartışmalar kurallara odaklanarak geleneğin önemini görmezden gelmektedir. Eski kuralların yerine yeni kurallarla yola devam etmek, başka ülkelerin geleneksel kurumlarını buraya getirmek onlarla tarihsel-toplumsal bir bağ kurulamadığından ötürü bir fayda getirmeyecektir. Gökalp, s. 24-27.

ve dini tüm kimliklerin içerisinde erdiği bir kanun anlayışı gerçekleşecektir. İnşacı bir yaklaşım yoluyla normatif kaynaklar hukuku oluşturacak, hukuki meşruiyet bu kanunlarla mümkün olacaktır. Böyle bir fikir ise kendine özgü olarak görülen milletin gelenek ve göreneklerine uygun ve herkes için geçerli düzenlemeleri hayata geçirmek için bir çağrıda bulunmaktadır.

Türk tarihinde gerçek ihtiyaçlar sebebiyle ortaya çıkmış bu üç akımın arasında Batılılaşma akımının daha erken bir tarihte ortaya çıkışı dikkat çekicidir; zira Osmanlı İmparatorluğu'nda 18. yüzyıl sonundan itibaren öncelikle çağdaşlaşmak lüzumu hissedilmiştir. Bununla beraber belirli bir yayın organı olmayan bu akım karşısında Osmanlıcılık akımı Sırâtı Müstakîm ve Sebilürreşad, Türkçülük akımı ise Türk Yurdu dergileriyle fikri alanda teşekkül etmiştir.<sup>85</sup> Erken Cumhuriyet Dönemi öncesinde 1908 Devrimi'nin ülkede oluşturduğu tartışma ortamı ve toplumsal değişim arzusunda Batıcıların farklı mecmualardaki yayınlarının önemli bir rol oynadığına işaret eden Berkes'e göre bu yayınlarda ortak yargı Türk toplumunun geriliğinde başlıca nedenin kadınların durumu olarak görülmesi ve kadının bu durumunun dinde ve din adamlarının tutumlarında aranmasıdır. Örneğin aile hayatının yeni bir anlayışla yeniden kurulması gerektiği tezi Batıcı yayınlar arasında baskındır.<sup>86</sup> Feroz Ahmad'a göre ise yenilik düşüncesi Batıcı kanat için sıklıkla geleneklerle ters düşen yasaların çıkmasıyla ilişkilendirilmektedir. "Putları kırmak" fikri buradan hareketle geleneklere ters düşen reformları devreye sokmaktan geçmektedir ki bunlardan en önemlilerinden biri Lozan Antlaşması'nın 41. maddesinin de verdiği yetkide görülebilen cemaatlerin kendi özel yasalarını uygulamalarıdır; ancak Yahudi ve Hristiyan cemaatleri bu ayrıcalığı kabul etmeyerek Medeni Kanun'a tabi olmak istemişlerdir.<sup>87</sup> Berkes ise bu konuda kanun ile yaşayan hukuk kuralları arasında çatışma olmasının iktibas sürecinde ortaya çıkan veya yalnızca gelenekçiler taraftan ortaya konulmuş bir argüman olmadığı düşüncesindedir. Bu düşüncenin devrimci hukuk görüşü sahipleri de gayet farkındadırlar ve onlar kanunu toplumsal yaşamı değiştirmede özellikle tek eşlilik, evlenme,

<sup>85</sup> Gökalp, s. 14.

<sup>86</sup> Berkes, s. 444-445.

<sup>87</sup> Feroz Ahmad, s. 98-100.

boşanma, mülkiyet, sözleşme gibi hususlarda etkili bir araç olarak görülmektedirler.<sup>88</sup> Cevdet Paşa’nın fikriyatında siyasal sistemin ve devlet düzeninin doğrudan bir uzantısı olarak görülen medeni kanun, radikal kadro için “*olması gereken*” olarak kodlanmaktadır ve yeni devlet formunun gerekliliklerine göre değiştirilmesi istenmiştir. Bu yönüyle anayasadan dahi daha başarılı düzenlemelerden biri olan Medeni Kanun, kadın hakları alanındaki maddeleriyle 1934’te anayasal değişikliğin esas etkenlerinden birisini oluşturmuştur.<sup>89</sup>

Batılı olmayan ülkeler hep birlikte değerlendirildiğinde bu ülkeler arasında Batılı ülkeler ile ilk temasa giren ülkenin Osmanlı İmparatorluğu olduğuna işaret eden İnalçık’a göre Osmanlı’da Batılılaşma sürecini amaçları kendi içerisinde farklılaşan üç aşamada incelemek gereklidir. İlki Hristiyan Avrupa’dan silah ve alet alımına ağırlık veren aşama, ikincisi ise 17. yüzyılda okulların açıldığı sistemli temas dönemidir. Üçüncü dönem ise Batılı idari kurumları aktarma çabası olup Cumhuriyet dönemi “*tam radikal laikleşme*” olarak gerçekleştirmiştir.<sup>90</sup> Benzer şekilde Ünal yüz yıllık süreçte Tanzimat’la başlayan kanunlaştırma hareketlerini ilki yerli menşeli kanunlar, ikinci kısım Fransız menşeli kanunlar ve üçüncüsü muhtelif menşeli müktebes kanunlar devri olarak kısımlara ayırmaktadır. Bu üç kısmın ilkinde kanun yapma tekniği alınmış iken ikinci kısımda Fransız kanunlarının iktibas yoluyla gidilmiştir. Üçüncü ve son dönemde ise toplumsal yapıya ve sosyo-kültürel özelliklere en uygun Batı kanununun alınması bir politika olarak benimsenmiştir.<sup>91</sup>

<sup>88</sup> Berkes, s. 531. Raiser’e göre Ehrlich ile anılan yaşayan hukuk (des lebenden Rechts) kavramı, hukuku toplumun güncel olarak deneyimleyerek oluşturduğu, yaşayan bir organizma şeklinde onu geliştirdiği bir kurgusal kavrama işaret etmektedir. Bunun dışında yaşayan hukuk kavramlaştırması Anglo-Amerikan hukuk düşüncesinde kitaptaki hukuk- eylem halindeki hukuk fikrine doğrudan sirayet etmiştir. Thomas Raiser, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, Mohr Siebeck, Tübingen 2013, s. 74.

<sup>89</sup> Berkes, s. 531-532.

<sup>90</sup> İnalçık, s. 138-143.

<sup>91</sup> Bunlar arasında 1917 Hukuk-i Aile Kararnamesi ilk kısım kanunlaştırma hareketlerinin gecikmiş son örneği konumundadır. Ünal, Mehmet. “Medenî Kanunun Kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler Ve Özellikle 1917 Tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1977, C. 34, S. 1, s. 204-205.

Sonuç olarak özel hukuk ve ceza hukuku alanında daha çok geçerli olmak üzere Batı hukukuna yönelen birçok örnekte görüldüğü üzere hukukta devrimci görüş ve öneriler, Meclisler tarafından nazara alınmamakta veya kanun taslakları üzerinde gerçekleştirilen çeşitli değişikliklerle etki büyük oranda hafifletilebilmektedir.<sup>92</sup> Tanzimat Fermanı ve Islahat Fermanı sonrası şer'î hukuk ile Batı hukuk anlayışı arasında bir ikilem doğduğunu ifade eden Bozkurt'a göre kişiler arası eşitliğin ve temel haklarda dokunulmazlığın Osmanlı hukuk sistemine girmesi devletin hukuk uygulamalarında bir ayrımın göstergesidir. Osmanlı hukukunda gayrimüslim yurttaşları devlete bağlı kılmak ve merkezi otoritenin gücünü arttırmak amaçlı faaliyetler şer'î hukukun güçlü olduğu yerde Batı hukukuna dayalı temel yasalar alınmasını gerekliliğini ortaya çıkarmıştır.<sup>93</sup> Ayrıca Lewis çoğunluğu Müslüman olan bir ülkede devlet otoritesinin reform yanlısı olmasının toplumsal tablonun değişmesinde oldukça kıymetli olduğunun altını çizmektedir. Bu uğurda hukuk kurumları dini otoritenin hukuk üzerindeki etkisini kırmak yolunda işlev görmüş, muhafazakâr kesim ise buna direnç göstermek yolunda harekete geçmiştir.<sup>94</sup>

#### IV. BATI HUKUKUNUN BENİMSENMESİNE KARŞI MUHALEFET VE ELEŞTİRİLER

Resepsiyon meselesi şüphesiz yalnızca kanun yapma tekniğiyle açıklanabilecek bir mesele değildir; zira resepsiyon gerekçelerinin öncelikle ülkenin yakın dönem siyasi tarihi ile doğrudan ilişkisi bulunmaktadır. Bununla beraber bir ülkeyi başka ülkenin normlarını almaya iten nedenler genel hatlarıyla modernleşme arzusu, dış baskı ve bağımsızlık isteği olarak farklılık gösterebilmektedir.<sup>95</sup> Ayrıca hukuk politikasındaki değişiklik iktibasın tüm amaçlarıyla başarıya ulaşacağı anlamına gelmemektedir; zira ihtilal devirleri özel hukuk alanında ihtilalci değerlere sahip kanunlar yaratmaya her zaman yeterli değildir. Batı hukukunun tarihine bakıldığında kanun yapma işlevi, devrimci dönemlerde muhalefet sebebiyle mevcut radikal kadroları meclislerde

<sup>92</sup> Alan Watson, "Hukuksal Evrim ve Kanun Yapma", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, (çev. E. Akyazan), İstanbul 2012, C.67, S.1-2, s. 250.

<sup>93</sup> Bozkurt, *Alman-İngiliz*, s. 214-215.

<sup>94</sup> Lewis, s. 366.

<sup>95</sup> Bozkurt, s. 8-11.

sınırlandırmakta veya devrimci politikaların gerçek etkisini gösterememesine neden olabilmektedir.<sup>96</sup>

Çalışmada daha önce belirtildiği üzere Batı hukukunun kabulüne yönelik şiddetli itirazlar Medeni Kanun’un alınmasının çok öncesine uzanmaktadır. Tanzimat sonrası Batılılaşma hareketlerinde muhalefetle süreklilik içerisinde olan bu itiraz odakları, söylemlerinin etkililiği açısından toplumsal bir kabule ulaşmıştır. Görüldüğü üzere toplumsal yaşamı eşitlikçi bir idealde değiştirme girişimleri, o yaşamın temel dinamiklerinin uzantısı olan ve hukukun evrenselliği prensibini reddeden halkın ruhu öğretisiyle ve buna dayalı hukuk biçimleriyle çeliştiği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bir noktada organik gelişim tezi reddedildiğinden mevcut hukukun arkasındaki örf ve adetlere sinmiş haldeki toplumsal eşitsizliklere dayalı pratiklerle çatışmak kaçınılmaz olmaktadır.<sup>97</sup> Bu çatışma giderek millilik ile toplumsal ihtiyaçlar arasında sistemin temel felsefesinin neye dayanması gerektiği yönünde bir kutuplaşmayı beraberinde getirmektedir. Milli hukuk yanlıları hukuku Tarihçi Hukuk Okulu’nun “*volkgeist*” anlayışına benzer bir yerden açıklayarak organik bir uyumsuzluk olacağı yolunda itiraz geliştirirken buna karşı geleneklerin bir gerçekliğinin olmadığı yolunda bir karşı savunma gelmektedir.<sup>98</sup>

Bu bakımdan 1923-1925 arası dönemdeki farklı görüş sahipleri, bu tarihten sonra iktibas ile hukuk düzeninin yenilenmesi çalışmalarının karşısında kalan odakları oluşturmaktadır. Bu yönüyle Ahkâm-ı Şahiyye ve Vacibat Komisyonu ile öne çıkan tadil veya sentez arayışı, 1925 sonrası kültürel değişim arzusuna ve toptan benimsenme fikrine yerini bırakmıştır.<sup>99</sup> Bu tarihten itibaren Medeni Kanun ve kanu-

<sup>96</sup> Watson, s. 252-253.

<sup>97</sup> Fertellioğlu, s. 91-92.

<sup>98</sup> Serhan Yıldırım, “Cumhuriyet Dönemi Medeni Hukuk Resepsiyonunun Tarihsel ve Felsefi Zeminden Ayrılmazlığı ve Kıymeti Üzerine Bir Değerlendirme”, Türk Hukuk Tarihi Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Türkiye Adalet Akademisi, Ankara 2023, s. 232-234.

<sup>99</sup> Mustafa Y. Aygün, Özel Hukuk Açısından Hukuk Devrimi, Ajans Türk Matbaacılık, Ankara 1983, s. 62-65. “Yine 1916 yılında kurulan İhâr-ı Kavânin Komisyonlarında Mecelle yaklaşımına ilaveten incelenen diğer Batı medeni hukuk örnekleri yeni yönelimin eklektik yönünü göstermesi bakımından önemlidir. Bu yönde atılan adımların toplumsal karşılığının bulunmayışı, Hukuk-ı Aile Kararnamesi’nde olduğu gibi, uzun ömürlü, kalıcı çalışmaların ortaya çıkmasını imkânsızlaştırmış



nun resepsiyon şekli idari, dini, tarihi ve terminolojik bakımdan farklı yönlerden gelen eleştirilerin odağı olmuştur. Kilise hukukundan esinlenilerek ve Hristiyan dinine bağlı kalınarak hazırlandığından ötürü kanunun Müslüman topluma etkin şekilde uygulanamayacağı vurgulanmış, bu sebepten dolayı “*hazır bir elbise gibi bir kanunun iktibas edilemeyeceği*” yönünde görüşler belirtilmiştir.<sup>100</sup> Ayrıca bu görüşün Meclis’te kanun alımına dair usulen bir itiraz ile ilişkili olduğunun altı çizilmelidir. Görüşmeler sırasında Afyon Mebusu Ali Bey’in teklifiyle Kanunu Medeni’nin bir oylama üzerinden bütün olarak kabul veya reddi teklif edilmiş, Sivas mebusu Halis Turgut Bey ise kanunun madde madde müzakere edilmesi gerektiğine yönelik itirazda bulunmuştur.<sup>101</sup> Buna karşılık Sinop Mebusu Yusuf Kemal Bey’in oylama öncesi Medeni Kanun ile ilgili Meclis’teki konuşmasının tasarının kül halinde kabulüne ilişkin dikkat çekici olduğunu burada söylemek gerekir; zira buradaki itiraz, kanunun her maddesinin oylamaya açılarak tartışılmasına dairdir. Kanunun bütün halinde kabulüne karşı çıkanlara bundan önceki medeni kanunla ilgili düzenlemelerin hiçbirinin müzakere ederek veya toplumun dâhil olduğu uzun zamana yayılan tartışmalarla kabul edilmediği yolundaki eleştirilerle karşı çıkmıştır. Meşrutiyet yıllarında Hukuk-ı Aile Kararnamesi’nin dahi Meclis’ten geçirilmemiş olduğuna dikkat çeken Yusuf Kemal Bey, herhangi bir tereddüt görüntüsüne mahal verilmeden tasarının oybirliğiyle kabul edilmesi gerektiğini beyan etmiştir. Bu konuşmalara verilen desteklerin ardından İsmet Bey’in hata ve sevap cetveli ile kanunun kabul edileceğini açıklaması sonrası kanun müttefiken kabul edilmiştir.<sup>102</sup>

Cumhuriyet öncesi kanunlaştırma hareketlerindeki bir diğer zorluk, Mecelle İslam hukuku kökenli iken bu kanuna bağlı olan diğer kanunların çoğunun Fransa’dan iktibas edilmesidir. Diğer bir deyişle ana hukuk İslam hukuku kökenli iken diğer kanunlarda başta ticaret alanı olmak üzere kaynağın farklı bir coğrafyadan gelmesinin ahenk-

---

gözükmektedir. Bundan dolayı da eklektik müdahalelerin ortaya çıkardığı boşluk devrimci müdahaleler için hem bir bahane hem de bir gerekçeye dönüşmüştür”. Ocakoğlu, s. 311.

<sup>100</sup> Zeynep Özlem Üskül Engin, *Türkiye’de Evlenmenin Evrimi*, İstanbul, Beşir Kitabevi, İstanbul 2008, s. 122-124.

<sup>101</sup> *Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi*, D.C.I. S.22, s. 542-545.

<sup>102</sup> Öztürk, s. 546.

sizlik teşkil etmesidir.<sup>103</sup> Ayrıca İsviçre’deki kantonlar arası hukuk farklılığı problemleri bir yana bırakılırsa İsviçre Medeni Kanunu’nun alınmasındaki temel gerekçe, Mahmut Esat Bey’in tabiriyle Fransız Medeni Kanunu’nun eski, Alman Medeni Kanunu BGB’nin ise soyut bulunması ve İsviçre ile Türk hukukunun sorunlarının büyük oranda benzer nitelikte olmasıdır. Osmanlı’dan bakiye kalan hukuki sorunların yeni Türkiye Cumhuriyeti’ne taşınmak istememesi de aile kurumunun mahrem alandan sivil alana taşınmak istemesi bağlamında Medeni Kanun alımının temel gerekçelerinden birini oluşturmuştur.<sup>104</sup>

Medeni Kanun’a yönelik eleştirilerin esas ve şekil bakımından iki kısımda geldiğini ifade eden Arık, esas bakımından yapılan tenkitlerin daha çok gerici çevrelerden resmi nikâhla ilgili olarak geldiğini ifade etmektedir. Şekil bakımından ise temel olarak tercüme yanlışları, terim uyumsuzlukları, madde başlıkları ve madde-fıkra karışıkları örnek gösterilebilir. Bunun için 1951-1960 yılları arasında Adalet Bakanlığı bünyesinde Medeni Kanun Tâdil Komisyonu görev yapmıştır.<sup>105</sup> Bu bağlamda çeviri ve terim birliğini sağlamak yolundaki girişimler sonraki yıllarda kendisini *Medeni Kanun Ön Tasarısı*’nda da gösterir. 1960-1967 yılında Velidedeoğlu başkanlığında yeniden görev yapacak bu komisyonun terimlerin Türkçeleştirilmesi hususunda hem anayasadaki dilde özleşme anlayışıyla hem de Kat Mülkiyeti Kanunu gibi Medeni Kanun’la ilişkili kanunlarla yeknesaklık taşıma arayışında olduğu görülür.<sup>106</sup>

İktibas konusunda yetmiş yıllık süre zarfında geleneklerin terkedilmesi açısından kanun alımının başarılı olduğunu ve özellikle aile ile miras hukuku alanlarında devrimci kadronun amacının belirli alanlar-

<sup>103</sup> Onar, 60. Onar’a ek olarak Hirsch de Türk Medeni Kanunu, Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu’nun iktibas sürecinde farklı çevirmenlerin belirli bir mutabakata varmadan çalışmalarının sorun oluşturduğuna vurgu yapmaktadır. Bunun sonucu kavramlarda birlik yaratılamamış ve bu durum belirli çevrelerde rahatsızlık yaratmıştır. Hirsch, 2005, s. 358.

<sup>104</sup> Dumanlı, s. 20.

<sup>105</sup> Kemal Fikret Arık, “Medeni Kanun ve Yapılan Bazı Tenkidler”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Ankara 1963, C.18, S.1, s. 205. Oğuz’un ifade ettiği gibi özel hukuk bu iktibas yoluyla Avrupa hukuk ailesine dahil olmuştur; ancak bu süreçte İsviçre medeni hukukuna dair önemli hukuk şerhleri çevrilerek teorik ve pratik alanda çalışan hukuk uzmanlarına ulaştırılmıştır. Oğuz, s. 203-206.

<sup>106</sup> Günel, s. 173-177.

da reformu gerektirmekle beraber büyük oranda gerçekleşmiş olduğunu açıklayan Öztan ise imam nikâhıyla yapılan evliliklerin, başlık parası uygulaması veya evlilik dışı çocukların oranının büyük oranda azalmasını bunun bir sonucu olarak görmektedir. Karı-koca arasında eşitlik prensibi ve anne-baba karşısında çocuğun menfaati ilkesinin kabul edilmesinin de bunların en önemlileri arasında sayılması gerektiği açıktır.<sup>107</sup> Zajtay ise bu konudaki makalesinde İsviçre hukukundan yapılan iktibasta en büyük zorluğun resmi nikâh ve evliliğin şekil şartlarına yönelik gerçekleştiğini ifade etmektedir. Örneğin evlendirme memurunun rolü bakımından dini evlilik iki tarafın rızasıyla şekil şartlarını haiz olmayan bir akit olup imamın mevcudiyeti yalnızca bir merasim unsuru konumundadır, oysa Batı hukukunda evlendirme memurunun yokluğu evlenmenin gerçekleşmesini engellediğinden bu durum açık şekilde çelişki taşımaktadır. Bunların dışında evlenme iradesi gösterenlerin memur önünde bulunma zorunluluğu ve nüfus kayıtlarının temini ile bu kişilerin tespitinin gerçekleşmesi yoluyla çeşitli toplum kesimlerinde eski usulle evliliklerin güçlü konumlarını sürdürmelerine sebep olmuştur.<sup>108</sup>

<sup>107</sup> Bilge Öztan, "Medeni Kanun'un Kabulününün 70'nci Yılında Aile Hukuku", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Ankara 1995, C. 44, S. 1, s. 124-125. Kanun'un toplumsal alanda benimsenmesine yönelik iddia, yalnızca Türk düşünürlerinden gelmemektedir. Susurluk çevresindeki köylerde Türk Medeni Kanunu'nun toplumsal olarak benimsenmesiyle ilgili makalesinde antropolog Magnarella esasen İsviçre Medeni Kanunu'nun aile hukukuyla ilgili hükümlerinin sanayi toplumlarına daha uygun olduğuna işaret etmektedir; ancak yazara göre Türkiye'nin toplumsal yapısındaki değişim kanununun da giderek daha yüksek bir toplumsal kabul görmesine sebep olmaktadır. Eğitim, bürokrasi ve ekonomik alandaki değişim pratikleri bir noktada aile içi ilişkilere hâkim dinsel nitelikli geleneklerle çelişkiye sebebiyet vermektedir. Bu çelişki ise eşitlik, gelişim ve hareketlilik açısından bireyler üzerinde baskı unsuru olmaktadır. Sonuç olarak hukuk dışı tüm değişimler giderek medeni hukukun daha yüksek kabulüne sebep olmaktadır. Magnarella, Paul J., "The Reception of Swiss Family Law in Turkey", *Anthropological Quarterly*, Washington 1973, C. 46, S. 2, s. 114.

<sup>108</sup> İmre Zajtay, "Yabancı Hukukun Tüm Olarak İktibas", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, (çev. T. Akünel), İstanbul 2011, C. 37, S. 1-4, s. 319-320. Bu hususta özel hukuk temelli ilişkiler açısından sözleşme özgürlüğü fikrinin hâkim olduğu Code Napoleon evlilik meselesinin devlet tarafından kayıt altına alınmasını şart koşmaktadır. Diğer bir ifadeyle Kod, devlet evlilik akdini onaylamadan bir dini kurumun o çiftin evliliğine onay vermesinin merkezi otorite tarafından kabul edilmeyeceğine yönelik düzenlemeyi şart koşmaktadır. Hayatlarını birleştirmek isteyen bir çift ancak devletin resmî kurumlarının onayını aldıktan son-

Medeni Kanun’un kabulü sonrasında kadının konumu hususunda yapıcı eleştiri ve katkılar açısından dönemin iki önemli kadın aydını olan Sabiha Sertel ve Tezer Ağaoğlu’nun yorumlarına yer vermek gerekir. Sertel *Sevimli Ay Dergisi*’nde kadının toplum içindeki konumunu kanun alımının yükselttiğini ifade ederken, Ağaoğlu ise *Hayat Dergisi*’ndeki yazılarıyla kanunun çağdaş aile yapısının oluşumunda önemli bir yere sahip olduğuna işaret etmiştir.<sup>109</sup> Bu dönemde dikkat çekici bir diğer olay Sertel ile ilgili olarak noter önünde kadınların şehadetinin kabul edilip edilmeyeceği meselesi üzerine gerçekleşmiştir. Kanun yürürlüğe girmiş ise de kadınların noter önünde durumu belirsizliğini korumaktadır. 1927 yılında dergi sahipleri ve yereldeki bayi arasında geçen bir davada noter katibi, Sertel’in şahitliğini kabul etmemiştir. Bu durum Sertel’e göre toplum içinde kadınların yeni kanuna rağmen halen bir eşit yurttaş statüsü kazanamadığının açık ifadesidir. İki yayın organını temsil eden, ansiklopediler çıkartan bir kadın gazeteci bu haktan mahrum bırakılmış ve Sertel “*Kadının Şehadet Hakkı*” isimli makalesiyle meseleyi kamuoyuna yansıtmıştır. Makale sonrası Adliye Vekaleti şikâyete resmi biçimde dahil olmuş ve bir yazıyla şehadet hakkının kanunla korunduğunun altı çizilerek tüm hukuk uygulayıcılarının dikkatli olması gerektiği duyurulmuştur.<sup>110</sup>

Bu hususta dönemin ruhunu anlamak açısından 1946 yılında Cumhuriyet Gazetesi’nin tefrikalarında Hıfzı Veldet Velidedeoğlu ve Ziyaeddin Fındıkoğlu arasında yaşanan tartışmadan kısaca bahsetmek yerinde olacaktır. Tartışmanın temel sorusunu 1926’daki resepsiyon hadisesinin 1868 yılında neden *Code Civil* üzerinden gerçekleşmediği ve Mecelle Âhkam-ı Adliyye’nin kabul edildiği meselesi oluşturmak-

---

ra dini kurumlardan yapılan bu evliliğin kutsanmasını isteyebilmektedir. Bunun aksine hareket ve eylemler Fransız hukukunda halen suç olarak kabul edilmeyi sürdürmektedir. Tigar/Levy, s. 257.

<sup>109</sup> Zafer Toprak, *Türkiye’de Yeni Hayat- İnkılap ve Travma 1908-1928*, Doğan Kitap, İstanbul 2017, s. 165-168.

<sup>110</sup> Toprak, s. 170-174. Bu konuyla ilgili olarak Code Napoleon ise kabul edildiği dönemde evli kadınları ehliyetli kimseler olan küçükler ve akıl hastalığı olanlarla aynı kategoride değerlendiren hükümlere sahip olmasıyla dikkat çekicidir. Bu yönüyle Kod, bir kadının eşinin izni olmadan sözleşmenin tarafı olmasını kabul etmeyerek ve kadını “sağlıklı ancak ehliyetli” bir konumda sayarak eski rejimin temel kabullerini sürdürmektedir. Dönemine uygun olarak özel alanda baba ve koca otoritesini koruyan bu metin, çalışma ve sözleşme yapma hakkını doğrudan erkeklere ait bir hak olarak düzenlemektedir. Tigar/Levy, s. 257-258.

tadır. “Kanunlaştırma Hareketleri” eseriyle başlayan bu tartışmada Fındıkoğlu “Medeni Kanunumuzun 20 inci yıldönümü<sup>111</sup>” eseriyle bir mütalaa vermiş ve Velidedeoğlu’nun bu eserdeki tezlerini eleştirmişdir. Radikal bir veçhede rasyonalist hukuk telakkisini reddeden Fındıkoğlu’na göre içtimaî gerçeklik gözden kaçırıldığı için o tarihte *Code Civil* iktibasının başarılı olacağı düşünülmektedir. Velidedeoğlu ise bu mütalaaaya “Fransız Medenî Kanununu kabul etmeli miydik?<sup>112</sup>” başlıklı yazısıyla cevap vermiş ve lâik bir düzenin olmaması sebebiyle *Code Civil*’in Osmanlı İmparatorluğu’nda başarılı olamayacağı iddiasını ortaya koymuştur.<sup>113</sup> Benzer biçimde Velidedeoğlu’nun “Kanunlaştırma Hareketleri” isimli ünlü eserine ise Ömer Lütfi Barkan İstanbul Üniversitesi Hukuk Mecmuası’na yazdığı bir makaleyle tenkitte bulunmuştur.<sup>114</sup> Tanzimat sonrası kanunlaştırma hareketlerini İslam hukuku ve Fransız orjinli kanunlar bakımından tereddütlü bir politikanın sonucu olarak gören Barkan’a göre Velidedeoğlu, kanunların aynen kabulünü ve milli bünyeye intibakını bir prosedür olarak görmektedir. Hâlbuki belirli bir hayat tarzının ifadesi olan Batı kanunları aslında belirli bir ülkenin gelenekleriyle uyumlu olmak yerine o ülkenin toplumsal hayatını yeniden tesis etmeyi amaçlamaktadır. Bura-

<sup>111</sup> Fındıkoğlu, “Medeni Kanunumuzun 20 inci yıldönümü”, <https://www.gastearsivi.com/gazete/cumhuriyet/1946-02-17/2>, (Erişim Tarihi: 16.05.2024).

<sup>112</sup> Velidedeoğlu, “Fransız Medenî Kanununu kabul etmeli miydik?”, <https://www.gastearsivi.com/gazete/cumhuriyet/1946-02-21/2>, (Erişim Tarihi: 16.05.2024).

<sup>113</sup> Mardin, s. 192-195. Huber ile ilgili olarak Medeni Hukuk profesörü Morandière Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde verdiği “Fransız Medeni Kanunu’nun Tadili” isimli konferansta İsviçre Medeni Kanunu’nu hazırlık sürecinde Eugen Hueber’in de *Code Civil* ile ilgili tecrübelerden fazlasıyla yararlandığını ifade etmektedir. Bu bakımdan kabul edilen kanun, *Code Civil*’den bir asır daha genç olmakla birlikte mülhem bulunduğu esaslara büyük ölçüde benzer nitelikler taşımaktadır. Ayrıca kabul edildiği dönem olan 19. yüzyıl başında büyük bir beğeniyeye mazhar olan *Code Civil*’in sonraki dönemlerde tadili üzerine tartışmaları başlamıştır, bu sebeple ilgili düzenlemenin de değiştirilmesine dair farklı tarihlerde birçok girişim gerçekleşmiştir. 20. yüzyıl başında şiddetlenen bu tartışmalar sonrasında 1904’te Medeni Kanun’un tadil taraftarları bazı eserlerde görüşlerini ortaya koymuşlar ve II. Dünya Savaşı sonunda Fransa Adalet Bakanlığı tarafından Kanun’un tadili için başında Morandière’in olduğu bir komisyonu görevlendirmiştir. Morandière, J., “Fransız Medeni Kanununun Tadili”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 2011, C. 16, S. 3-4, s. 718-731.

<sup>114</sup> İlgili kitap eleştirisi için bkz. Ömer Lütfi Barkan, “Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 1941, C. 7, S. 2-3, s. 700-717.

da asıl olan hukuk alımından ziyade o hukukun tatbiki ve içtihatlarla nasıl geliştirildiği meselesidir. Türk medeni hukuku alanında uygulayıcıların on beş yıllık süre zarfında bu yol ve yöntemlerle kanunun boşluklarını doldurma hususunda İsviçre mahkemelerinden tamamen farklı içtihatlar geliştirmeleri bunun birer kanıtıdır.<sup>115</sup>

Bu dönemde diğer dikkat çekici nokta ise Terakkiperver Cumhuriyet Fırkası (TCF)’nin kuruluşu ve Halk Fırkası’nın politikalarına karşı getirdiği eleştirilerdir. Dönemin siyasal muhalefetiyle ilgili olarak TCF’nin parti beyannamesine bakıldığında yeni partinin hedefi devrimci olmaktan çok tekâmüle önem veren bir yapıdadır, metni Locke-Rousseau ekseninde gören Erik Jan Zürcher partinin, hükümetin radikal-otoriter politikalarına karşı siyasal liberalizmi çözüm olarak gösterdiğini ifade etmektedir. Fırka’nın kanunları ikmal ve ıslah yoluyla çıkaracağını ve devleti sarsıntılardan bu tedrici anlayışla kurtaracağını açıklamayı, partinin hukuki gelişim anlayışı konusunda yeterli bir malumat vermektedir.<sup>116</sup> Ayrıca Zürcher 1924-1925 arasında etkin olan Terakkiperver Cumhuriyet Fırkası’nın iktidara gelmesi halinde gelecekteki meselelerin nasıl cereyan edebileceğine ilişkin bazı öngörülerde bulunur. Zürcher’e göre böyle bir durumda daha ılımlı bir politikanın devreye gireceği, toplumsal ve kültürel açıdan yapılacak reformların daha itidalli gerçekleştirileceği ve laiklik meselesinin yönetimde daha az yere sahip olacağı kuşkusuzdur.<sup>117</sup>

## V. MEDENİ KANUN’UN ESBAB-I MUCİBESİ: TARİHÇİ HUKUK OKULU TEZLERİNE YÖNELİK BİR ELEŞTİRİ

Kodifikasyon girişimlerini reddederek organik hukuk kavramını önceleyen Tarihçi Hukuk Okulu<sup>118</sup> (*Historische Schule*) çağının toplum-

<sup>115</sup> Barkan, 715-716.

<sup>116</sup> Zürcher, Erik Jan, Cumhuriyetin İlk Yıllarında Siyasal Muhalefet Terakkiperver Cumhuriyet Fırkası (1924-1925), İletişim Yayınları, (çev. G. Ç. Güven), İstanbul 2021, s. 163.

<sup>117</sup> Bunun yanında Mustafa Kemal’i destekleyen ve kendilerini devrimin liderleri olarak gören genç radikal kanat hükümete muhalif her söylemi ihanet olarak kodlamaktadır. CHF’den istifaların azaldığı bir noktada Fethi Okyar’ı istifaya zorlayarak TFC’nin gerilemesini sağlayan da bu kanat olmuştur. Zürcher, s. 162-165.

<sup>118</sup> Bu hususta bkz. Friedrich Carl Von Savigny, Çağımızın Yasama ve Hukuk Bilimi Konusundaki Görevi Üzerine, (çev. A. Acar), Pinhan Yayıncılık, İstanbul 2018. Gerçekten de Savigny hukuk sosyolojisinin öncül isimlerinden birisi olarak görü-



sal taleplerine karşı itidalli bir yoruma sahip olduğundan 19. yüzyılın ilerici anlayışıyla uyumlu bir nitelik arz etmekten uzaktır. Temel hakların tüm hukuk sistemlerinin merkezine yerleşmesi bakımından evrenselci karakter ise toplumsal gelişim içerisinde yerel hukukun makbul kabul edilmesi gerektiği tezini tartışmaya açmaktadır.<sup>119</sup> Heidelberg Üniversitesi'nden Friedrich Justus Thibaut ve Carl von Savigny arasında geçen kodifikasyon meselesinde görüldüğü gibi aydınlanma anlayışından hareketle evrensel akla dayalı bir ulusal kanun hazırlanması fikri tarihte giderek ağırlık kazanmaktadır. Buna karşın hukukun içinden çıktığı toplum ve toplumun tarihi ile olan ilişkisinden hareket edildiğinde ise mesele, bir halkın gelişim sürecine hukuk yoluyla müdahale olarak görülerek tartışmaya yol açmaktadır.<sup>120</sup>

Bu iki karşıt görüş arasında gelenekçi kanat toplumsal yaşam pratiklerine özel önem vererek toplumun ürettiği her hukuku ve hukuki çoğul görünümü verili bir gerçeklik olarak korunması gereken bir değer kabul eder. Burada özel hukuk üzerindeki hukuki çoğulluğa bir örnek olarak 19. yüzyıl başındaki Alman toplumu örnek gösterilebilir. Örneğin 1900 öncesi bir Alman hukukçu yaşadığı veya baktığı olaya göre değişik hukuklara başvurmak zorunluluğu altındadır. Prusya'da yaşayanlar Prusya Eyalet Yasası'na, Köln'de yaşayanlar Köln başta olmak üzere Ren nehrinin sol tarafında kalanlar *Code Civil*'i, Leipzig sakinleri Saksonya Medeni Kanunu (*BGB*), Frankfurt am Main ise Roma

---

lebilir; zira hukuku pozitif metinlerin dışında etkin ve toplum içerisinde dinamik bir unsur olarak görerek bu iki alan arasındaki farklılığın kapatılması onun temel motivasyonudur; ancak onun belki de temel hatası hukukun oluşumunu tarihsel sürecin arka planında kalan bir nüve olarak görmesidir. Ali Acar, "Friedrich Karl Von Savigny'nin Hukuk Anlayışı", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Kayseri 2006, C.1, S.1, s. 85-86.

<sup>119</sup> Buğrahan Fertellioglu, "Medeni Kanun ve Tarihi Hukuk Okulu", *Hukuk Kuramı Dergisi*, Eskişehir 2023, C. 8, S. 1, s. 91-92.

<sup>120</sup> Gonca Kuru, "Thibaut ve Savigny'de Resepsiyon ve Kodifikasyon Hareketleri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, İstanbul 2016, Cilt: 22 Sayı: 1, 201 - 228, s. 225-226. Bu konuyla ilgili olarak ZGB'nin kabulü öncesinde halkın kanununun temel kavramlarına intibak etmiş olduğuna işaret eden Hirsch, bu durumun tatbik meselesine büyük kolaylık sağladığına vurgu yapmaktadır. Buna rağmen ülkede Medeni Kanun için karar sonrası dört yıl ve Borçlar Kanunu için dokuz aylık bir müddet beklenmiştir. Almanya'da ise 1896 yılında kabul edilen Medeni Kanun, 1900 yılında ancak yürürlük kazanabilmiştir. Hirsch, 1944, s. 774-775.



hukukunu kullanmaktadır.<sup>121</sup> Thibaut’ın “*Almanya İçin Genel Bir Medeni Kanun Zarureti Hakkında*” adlı metni işte bu medeni kanunun tüm Almanya için gereklilik olduğu fikrinin bir müdafaası olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu tartışma esasen hukuksal birlik ile siyasi birlik arasında hangisinin öncelikli olduğu tartışmasını içerisinde barındırır; zira siyasi birliğini merkezi ölçekte kurmayan bir topluma tek bir çerçeve veya hukuki bir kalıp belirlemek oldukça büyük problemler çıkarmaya gebe dir.<sup>122</sup> Bu dönemde Alman coğrafyasının çeşitli bölgelerinde farklı kanunların benimsenmesi Almanya’nın hukuk birliğinin sağlanamaması tehlikesini içerisinde barındırmaktadır. Öyle ki bu durum Fransız sınırına yakın bölgelerde, örneğin Baden bölgesinde, *Code Civil*’in yürürlüğe konması ile sonuçlanmış ve bu gidişatı engellemek amacıyla tüm Cermen halklarını kapsayan bir medeni hukuku kabul ederek birliği sağlama fikri ortaya atılmıştır.<sup>123</sup> Kanunlaştırmanın tepeden inme niteliğine karşı çıkan Savigny ise esasen devleti hukukun oluşumunda pasif bir konumda değerlendirmedigini ifade etmektedir. Aksine devlet, hukuku oluşturan kurum ve organların bu niteliklerinden yoksun olmaması için çalışmalı ve hukukun bu kurumlarda sağlıklı bir biçimde üretilmesine yönelik bir görevle sınırlı kalmalıdır.<sup>124</sup> Gerçekten kendi dönemindeki hukuk düşüncesinin ötesinde bir etkiye sahip olan Savigny, yaşadığı dönemin ötesinde geçmişe ve Roma hukukuna dönerek teorisini gerçekleştirmeyi başarmıştır. Bunu belirli oranda devlet dışı hukuk mefhumuna dönerek antropolojik bir veçhede yapan Alman düşünür, tarihsel bir bakış açısıyla hukuka sosyolojik bir çerçeveden bakmayı başarmıştır.<sup>125</sup>

<sup>121</sup> Altan Heper, *Serbest Hukuk Akımı Sosyal Bir Olgusu Olarak Hukuk*, XII Levha Yayınları, İstanbul 2016, s. 21.

<sup>122</sup> Coşkun Üçok, “Alman Hukukunun Tarihi Gelişmesine Bir Bakış”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1950, C. 7, S. 1, s. 319.

<sup>123</sup> Üçok, s. 319.

<sup>124</sup> Bu hususta bkz. Savigny, s. 189-190. Savigny eserinde bu argümanını temellendirirken dönemin Almanyası’nda hukuk alımına karşı olan ve resepsiyonu destekleyen düşünürlerin bu görüşlerini ortaya koydukları eserlerle ilgili değerlendirmelerine de yer vermektedir. Buna göre Thibaut, Feurbach, Preiffer ve Almenningen yeni kanun lehinde görüş bildirirken Hugo, Schrader ve Savigny ise karşı cepheyi oluşturmaktadır. Savigny, s. 160 vd.

<sup>125</sup> Kasım Akbaş, “Friedrich Carl Von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 2016, C. 74, S.1, s. 70.

Bilindiği üzere modern hukuka geçişte kodifikasyon hukuki gelişimi en üst aşama gören ve rasyonel yasakoyucunun kodlarla sistemleştirme görevine sahip olduğundan hareket eden bir anlayışın ürünüdür. Bu düşüncede hukuki fikirlerin bireysel yaratıcılarının olmadığı kabul edilir; zira hukuk bir bütün olarak kolektif iradenin ve kültürel gelişimin ürünüdür.<sup>126</sup> Kodifikasyon tartışmalarının hemen öncesinde Alman İmparatorluğu'nu ülke sınırlarında bilfiil geçerli bir hukuk sistemini kullanma fikri ise pandekteist ile Germanist unsurlar arasında yeni bir mücadeleyi başlatmıştır. Pandekteist okul Savigny'nin tercihi ve Windscheid'in gayretleriyle *gemeines Recht*'i, Echhorn ve Grimm ise eski Cermen hukukunu yeni Alman kanunun kaynağı olarak görmüş, bu mücadeleden galip çıkan ise büyük oranda pandekteist hukuk taraftarları olmuştur.<sup>127</sup> Bu tartışmaların gösterdiği üzere Alman Tarihçi Hukuk Okulu bir bütün halinde hukukun bir toplumda yasa koyucunun iradesiyle sınırlandırılmayacağına dair eleştirisiyle ve doğal hukukçu evrensel akıl yanlılarının zaman ve ülke fark etmeyen bir hukuki sistem yaratma eleştirilerinin karşısında konumlanmaktadır. Bununla birlikte burada ortaya konan halk ruhu kavramı kanunlaştırma fikrini bu ruhun gelişiminin ve hukukun gerçekleşmesinin düşmanı ve hukukun olması gerektiği gibi neşet etmesi noktasında bütünlüğü zedeleyen bir girişim olarak kodlamaktadır.<sup>128</sup> Diğer bir ifadeyle kodifikasyon olgusu Tarihçi Hukuk düşünürlerinde gelenek hukuku ve Roma hukukunun bir karışımı olan Alman hukuku *Gemeines Recht*'e yönelik doğrudan bir tehdit olarak görülmektedir. Hukukun temel formunu gelenekten aldığını düşünen Savigny'nin bu yönüyle yasama otorite-

<sup>126</sup> Tarihçi Okul taraftarlarına göre yasama, ortak bilincin talepleri karşısında ikincil konuma sahiptir. Hukuki otoritenin kaynağı devlet değil bizatihi toplumdan neşet etmektedir; ancak hukuk kurallarının üretiminde ve sistemli hale getirilmesi meselesinde bir devlette yasamanın baskın hale geldiğini kabul etmek Savigny için de kaçınılmaz olmuştur. Roger Cotterell, *Hukukbilimin Politikası Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş*, (çev. S. Üye), Pinhan Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 70-72.

<sup>127</sup> Raoul Charles Van Caenegem, *Özel Hukukun Tarihi Giriş*, Pinhan Yayınları, İstanbul 2022, s. 222. Bu hususta Fransız örneğinde ise örflerin yasalaşmasının ardından resepsiyon talebinin belirginleştiği söylenebilir. Roma Hukuku krallığın yerel oluşumlara karşı gücü elinde toplamasının ardından ve teşkilatlanma tamamlandıktan sonra gözden çıkarılabilecek bir metin haline gelmiştir. Asal, Barkın, *Kodlaştırma Fransız Medeni Kanunu'nun Felsefi ve Tarihsel Kökenleri*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2018, s.190-192.

<sup>128</sup> Can, s. 115-118.

tesinin rolünü hukuki anlamıyla değil, kültürel veçheden algıladığını ve devletin halkın temsilcisi olması sebebiyle hukuk dayatma gücünün bu alanda sınırlandırıldığını söylediği ifade edilmelidir.<sup>129</sup> Bu yönüyle Tarihçi Okul destekçilerinin muhafazakâr görüşlerini ortaya koyarken faydalandığı ve evrensel ilkeler üzerinde yükselen bir ortak hukuku savunarak rasyonel düşünceyi eleştirdiği ifade edilebilir. Bu eleştiride toplumsal mühendislik çalışmaları ideolojik girişimler olarak görüldüğünden geleneğe dayalı ilerleme savunulmuş, geleneklerden ani kopuşlara ise şiddetle karşı çıkmıştır.<sup>130</sup>

Tarihçi Okul'un tezlerinin Medeni Kanun'un kabul görüşmelerine büyük oranda etki ettiğini söylemek mümkündür. Medeni Kanun'un ilk maddesi hâkime kanunda boşluk olduğu takdirde pozitif hukukun dışına çıkabilme izni vermesi bakımından kanun alımına yönelik doğal hukukçu bir değişiklik olarak değerlendirilmektedir; ancak Güriz'e göre madde hâkimden ilk önce örf ve âdet hukukuna göre çözüm bulmasını istememektedir. Hâkim bunu yaparken pozitif hukukun tamamen dışına çıkamaz, örf ve âdet hukuku pozitif hukuka ters düşmemelidir. Bu sebeple kanunun birinci maddesi daha çok Tarihçi Hukuk Okulu'na yakın görüşler çerçevesinde değerlendirme görmektedir.<sup>131</sup> İlk maddeden bu anlaşılmaktadır; ancak etkinlik kazanan tabii hukuk görüşüne karşın Türk hukuk sisteminde hukuku bir emirler bütünü olarak kavrayan pozitivist görüşün ağırlık kazandığı açıktır. Burada hukukun cebre uygun olduğunu ifade eden pozitivist anlayışın güçlü bir şekilde idari anlayışta varlığını sürdürdüğünü söylemek gerekmektedir.<sup>132</sup> Medeni Kanun ile ilgili itirazların kanun alımı tartışmalarından itibaren yaygın şekilde gündeme geldiğini ifade eden

<sup>129</sup> Şüphesiz yasakoyucunun hukuk yapımındaki rolünün etkinliğindeki artış, tarihsel süreçte baskın hale gelmiş bir meseledir. Yasakoyucunun rolünün geleneksel hukuk oluşumu karşısındaki baskınlığının tezahürü kodifikasyon ise yalnızca Alman coğrafyasında değil, Anglo-Amerikan hukuk düşüncesi üzerinde de bir tehdit olarak o dönemde etkili olmuştur. Bu hususta Savigny'nin yazılarının Britanya ve Amerikan hukuk düşüncesinde büyük etkileri olduğunu söyleyen Cotterell'e göre hukuki gelişim anlayışından common law teorisyenleri yararlanmışlar ve hukukun topluluk ile olan bağıyla ilgili gerekçelendirmelerinde bu argümanları sıklıkla kullanmışlardır. Cotterell, 2022, s. 71-72.

<sup>130</sup> Güler, s. 142-144.

<sup>131</sup> Güriz, s. 417.

<sup>132</sup> Adnan Güriz, Hukuk Felsefesi, Siyasal Kitabevi, Ankara 2011, s. 418-419.

Arık, kanunun lafzi yorumunun Mecelle’de oldukça güçlü bir yer teşkil ettiğini ve bu geleneğin “*kanunperestlik*” noktasına varacak şekilde önemsendiğini ifade etmektedir. Aynı zamanda eski hukuk hâkimin takdirine oldukça kısıtlı bir alan bıraktığından bu meselelerde büyük bir tereddüt olduğu bilinmektedir.<sup>133</sup>

Jaschke ise kanunda hüküm bulunmayan hallerde İsviçreli yargıca herkes tarafından kabul edilen öğreti ve gelenekleri izlemesi emredilirken Türkiye’deki yargıcın öncelikle bilimsel araştırmalar ile yargı kararlarını değerlendirmekle sınırlandırıldığına dikkat çekmektedir. Jaschke’ye göre bu durumun esas sebebi gelenek meselesinde gizlidir; zira açıkça yasa koyucu yargıcın şer’i hukuka ve o dönemki -âdetlere dönüşünü engellemek amacını gütmüş, “*gelenekler*” deyiminden özellikle kaçınılmıştır<sup>134</sup>. Mal ayrılığı, süt husımları arasında evlenme engeli, ölenin mirasçuları gibi bazı düzenlemelere eski hukukun esasları gözetilerek yer verilmiştir. Nikâh şekli konusunda da İsviçre hukukunda yerleşmiş bulunan uluslararası nitelikteki özel hukuk hükümleri alınmamıştır.<sup>135</sup> Gerçekten Medeni Kanun ile ilgili bir diğer sorun yaşayan hukuk ile hukuk kurallarının örtüşmemesi sorunudur; zira kanunun halk tarafından bilinme ve kabulü hususunda imam nikâhının yerleşik durumu gayri sahih nesepli birçok çocuğun doğumuna sebebiyet vermiştir. Ayrıca beşik kertmesi, başlık parası gibi yerleşik uygulamaların bazı bölgelerde devam ettirildiği görüldüğünden toplumsal dönüşüm sürecinin devam ettirildiğini kabul etmek gerekir.<sup>136</sup>

Bu bağlamda örf ve âdet hukuku ile pozitif hukuk arasındaki ilişkiye yeniden yer vermek gerekir. Topçuoğlu’nun da belirttiği gibi bir ülkede kanunların toplum üyelerinin nazarında yerleşik bir hâl alabilmesinin koşulu o ülkedeki örfler (*mores*) ile bir karşıtlık içermemesinden ileri gelmektedir. Sosyal ilişkilere verilmiş bir yanıt olarak

<sup>133</sup> Arık, s. 27.

<sup>134</sup> Gotthard Jaschke, *Yeni Türkiye’de İslâmlık*, (çev. H. Örs), Bilgi Yayınevi, Ankara 1972, s. 24.

<sup>135</sup> Jaschke, s. 24.

<sup>136</sup> Üskül Engin, s. 122-125. Benzer şekilde 2002 yılında kabul edilen 4721 sayılı Medeni Kanun ve 2012 yılında kabul edilen 6098 sayılı Borçlar Kanunu’nun kabul edilme gerekçeleri arasında kanunların canlı organizmalar olduklarından yaşlandıkları ve zamanın gerekliliklerini karşılamada zorlandıkları ifade edilmiştir. Bunu çözenin yolu ise kanunların revize edilmeleri veya baştan aşağı yenilenmeleri olarak gösterilmiştir. Kayak, s. 62.

görülmesi gereken örfler içinden doğdukları toplum gruplarını kendilerine bağladıklarından alelâde halk tarzları ile kanunlar arasında normatif bir bağlantı oluştururlar.<sup>137</sup> Örfler mevcudiyetlerini mutlak ve evrensel nitelikte sunarlar ve onlara hakikat gözüyle bakan kitleler örflerin aleyhindeki eleştirilere inanmak istemezler. Bu kültürde bulunan örfler başka bir medeniyet tarafından geride kalmış olarak bulunurlar da bu topluluk örflerinden diğer toplulukların kendi örfleriyle ilgili düşüncelerine benzer şekilde memnundurlar. Ağır yaptırımlara sahip örfler ise uzun müddet o topluluklarda varlıklarını sürdürerek kalıplaşabilir.<sup>138</sup> Bununla beraber göreneklerle ilgili tartışmalar ortak mirasın ulusal değil, coğrafi karakterli olduğunu göstermektedir. Hukukun insan doğasıyla ilgili olduğundan hareketle ulusal sınırlar içerisinde kalması gerekliliğine yönelik değerlendirmeler eleştirilmiş ve yerel farklılıklara rağmen hukukun ortak olması gerekliliği İngiltere ve Macaristan örnekleri dışarıda bırakılırsa yakın zamana dek hâkim görüş olarak kabul edilmiştir.<sup>139</sup> Gerçekten de Caenegem’in vurguladığı üzere ulus ile hukuk arasında karakter bakımından bir ilişki olduğunu kabul etmek Orta Çağ ve Erken Modern zamana dek bilinen bir olgu değildir. *Volkgeist* temelli kültürel gerçekliğin hukuka yerel varyasyonlarla form verdiği yolundaki iddia, esasen 19. yüzyılda Fransız etkisi altındaki Alman ulus devletinin yükselişiyle alakalı bir meseledir; zira bundan önceki dönemler incelenecek olursa Roma ve dini hukuk modelleri hukukun ulus ötesi ve evrensel bir karaktere sahip olduğu görülecektir.<sup>140</sup> Örneğin Watson Fransız Medeni Kanunu *Code Civil* özelinde bu büyük kanunun Paris Gelenek ve Göreneği (*Coutume de Paris*) ile başta evliliğin tabi olacağı mal rejimi konusu olmak üzere pek çok hususta çatıştığını ifade etmektedir.<sup>141</sup>

<sup>137</sup> Hâmide Topçuoğlu, XIX. Yüzyıl Sosyologlarında Hukuk Anlayışı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1961, s. 217-219.

<sup>138</sup> Topçuoğlu, s. 217.

<sup>139</sup> Caenegem, s? Cotterrell’e göre hukuk transferinde vurgu coğrafi odaklı bir şekilde değişiklik göstermektedir. Örneğin Batı Avrupa’da temel tartışma Avrupa hukuk sistemlerinin bir noktada ekonomik, sosyal ve kültürel homojenliğe dayalı olarak birleşeceği üzerine ilerlemektedir. Roger Cotterrell, *Law, Culture and Society Legal Ideas in the Mirror of Social Theory*, Routledge, London 2006, s. 120.

<sup>140</sup> Caenegem, 2022, s. 254.

<sup>141</sup> Watson, s. 249-250.

İsviçre Medeni Hukukunun iktibas meselesinde görüldüğü üzere toplumsal hayattaki üç temel değişken siyasi farklar, ekonomik farklar ve kültürel temelli farklarıdır. İsviçre ile Türkiye'nin hayat şartları arasında bu değişkenler bakımından tüm farklılaşmalar zorunlu olarak hukuk kurallarının tatbikini ve örf âdetler ile arasındaki ilişkiyi kendiliğinden değiştirmektedir.<sup>142</sup> Örneğin bu hususta Işıktaç örf ve âdet hukuku ile ilgili çalışmasında Medeni Kanun alımıyla ilgili olarak bizim için devrimci bir nitelik taşıyan kanunun, İsviçre'de oldukça geleneksel bir karakter gösterdiğini ifade etmektedir. Bu konuda İsviçre Medeni Kanunu'nun iktibas sürecine dâhil edilmeyen maddelerini örnek gösteren yazar, eski hukuku bir hukuk kaynağı olarak kabul edilmesini dikkat çekici olarak görür. Öyle ki örf hukukuna ilişkin bir derleme niteliği bulunan İsviçre Medeni Kanunu bu hususta örf ve âdet hukuku ile kanunu aynı düzeye getirmiştir.<sup>143</sup>

Bu hususta Seyyid Bey çizgisini Savigny ve Cevdet Paşa ile özdeşleştiren Can'a göre hukuki değişimde altyapı kurumları karşısında üstyapı kurumlarının rolünün az olabileceğini ifade etmeyi isabetli bir yorum olmaktan uzak görmek gerekir; zira laiklik ilkesiyle bağlantılı veya cinsiyet eşitliğine dayalı kanuni düzenlemeler getirilmesi hukuk politikalarının etkisi açısından küçümsenebilecek bir şey değildir.<sup>144</sup> Bu bağlamda hukukun toplumsal değişime ayak uydurma zorunluluğu kanun görüşmelerinde ortaya konmuş olan hükümet gerekçesinde kendisine yer bulmaktadır. 1851 maddeden oluşan, kişilik/aile/miras gibi bölümlerden yoksun Mecelle'nin yalnızca üç yüz maddesinin uygulanabilirliği kaldığı burada vurgulanarak mevcut düzenlemenin ihtiyaçlara yanıt veremeyeceğinin altı çizilmiştir.<sup>145</sup> Bu yönüyle Seyyid Bey'in düşüncesinden çıkan sonuç, hukukun halkın geleneklerinden ayrı şekilde bir ülkede ayakta kalmasının mümkün olmama-

<sup>142</sup> Ernst E. Hırş, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Dersleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2011, s. 285-287.

<sup>143</sup> Tüm bu anlatılanlara karşın örf ve âdet hukukunun bir hukuk kaynağı olarak görülmediği savının yanlış olduğunu ifade eden Işıktaç bu savını bir adım daha ileri götürerek 1926 tarihli Medeni Kanun'da da örf ve âdet hukukunun pozitif hukuk ile aynı düzeyde olduğunu ifade etmektedir. Yasemin Işıktaç, Hukukun Kaynağı olarak Örf ve Âdet Hukuku, Kazancı Kitap, İstanbul 1992, s. 90.

<sup>144</sup> Can, 2012, s. 167-168.

<sup>145</sup> Kâzım Öztürk, Türk Parlamento Tarihi: TBMM II. Dönem 1923-1927, Türkiye Büyük Millet Meclisi Vakfı Yayınları, Ankara 1994, s. 533.



sıdır. Hukukun gelenekler üzerinde bir değiştirici yanı vardır; ancak geleneklerin değişmeye uğramayan alanlarında bu değiştirici gücün uygulanması olanaksızdır.<sup>146</sup> Bu noktada Tarihçi Hukuk Okulu mensuplarından hareketle hukukun geleneksel ahlak anlayışıyla bağlantılı tarihsel bir ilerleme olarak görüldüğü tespitine katılmamak mümkün değildir; ancak bu görüş hukuku geleneklerle ilişkisi bakımından sessiz bir ilerleme olarak düşündüğünden ötürü kısmen açıklama gücüne sahiptir. Bir amaç ve mücadele ürünü olarak hukuk, aynı zamanda ilerlediği yönü saptamaya çalışan ve o yönde dönüşüm gösteren bir iradenin ürünüdür. Bu sebeple hukuk aynı zamanda bir irade tarafından bilinçli biçimde seçilen, tarihte belirli bir yönde evrimleşmeye devam eden bir gücün ifadesidir.<sup>147</sup>

Son bir nokta olarak Medeni Kanun’un tercümesi sırasında İsviçre Medeni Kanunu’nun 5. maddesindeki ikinci fıkranın çıkarılmasının dikkat çekici bir husus olduğundan burada bahsetmek gerekmektedir. Medeni Kanun’a dâhil edilmeyen en önemli ifadenin bu olduğu iddiasındaki Yıldırım’a göre bu durum federal bir yapılanma olan İsviçre’de kantonların yöresel örf ve âdet hukuklarını korumacı bir niteliğe sahip bir madde olarak görülmüş ve tercümenin dışında bırakılmıştır. Kantonların kendi hukuklarının örf ve âdet hukuku olarak hâkim tarafından kullanılabilmesi maddesinin çıkarılması Türkiye’de üniter devlet fikrinin yöresel örf ve âdet hukukuyla bağdaşmayacağı ve bu maddenin şer’î hukuk uygulamalarına kaynaklık edebileceği düşüncesinin doğrudan bir ifadesi olarak ortaya çıktığı anlaşılmaktadır.<sup>148</sup> Hukuka kaynaklık eden örf ve âdetlerin ülkenin bütününde yaygınlık göstermesi gerektiği anlayışı komisyon tarafından üzerinde anlaşmaya varılmış bir husus olmalıdır. Bu durumun aynı zamanda kanun alımındaki tarihsel devrimci nitelikte uyum gösterdiği açıktır.

<sup>146</sup> Can, s. 168.

<sup>147</sup> Benjamin N. Cardozo, *Yargı Sürecinin Doğası*, (çev. M. Dülger, S. Erçin), Tekin Yayınevi, İstanbul 2018, s. 62-63.

<sup>148</sup> Yıldırım, s. 135.



## VI. "OLAN-OLMASI GEREKEN HUKUK" DENKLEMİNDE MEDENİ KANUN VE KANUNUN TAMAMİYETİ FİKRİ

Cumhuriyet döneminin hukuk felsefesi bakımından dikkat çekiçi diğer bir özelliği imparatorluktaki iradeci pozitivist düzenden egemenliğin millete ait olduğu normativist pozitivist bir düzene geçiştir. Erken Cumhuriyet dönemini bu iki akım arasında bir geçiş dönemi olarak görmek mümkündür; zira egemenliğin millete hasredilmesi ve kanunların anayasaya uygun yapılması bu geçişin temel göstergeleri konumundadır.<sup>149</sup> Diğer bir ifadeyle cumhuriyet dönemine geçişi hükümdarın kişisel emrine dayanan iradeci pozitivistten normu çıkaran devlet otoritesinin normla kendisini bağladığı normativist pozitivistliğe dönüş şeklinde değerlendirmek mümkündür. Normatif doğrultuda kuralların devlet tekelinde güvence altına alınmış olması ve cebir kullanma yetkisinin devletin hukuk sisteminin öngördüğü biçimde kamusallaşması, bu dönemi önceki dönemden ayırıcı bir unsurdur.<sup>150</sup>

Temel olarak hâkimden tarafsızlık isteyen, benzer olaylarda hukuki bakımdan bir istikrar beklentisi bulunan ve hukuku birlik içerisinde bir düzen olarak öngören hukuki pozitivistliği doğrudan bir ideoloji ile ilişkilendirmek zordur. Geçerlilik fikrine dayanan bir hukuk sistemi hukuki pozitivistlik yoluyla varlık kazanabilir ve yasal değişiklikler hukuki pozitivistlikte hukuki güvenlik ve öngörülebilirliği bozacak meseleler olarak görülür.<sup>151</sup> İngiliz benzeri iradeci pozitivistten normativist pozitivistliğe geçiş her şartta büyük bir siyasi iradenin kararı olarak görülmemelidir; zira bir XIX. yüzyıl ürünü olan hukuki pozitivistlik zaten buna içkindir. Nitekim temel kurumlar, temel kanunlar, mahkemelerin hukuk kurallarını somut olaylara istikrarlı şekilde tatbik etmeleri mahkeme kararlarının Yargıtay denetimine tabi olması ve verilen kararların hâkimlerin terfilerinde belirleyici olması normlar sistemi olarak hukuk uygulamasının yansımaları olmuştur.<sup>152</sup> Cumhuriyet ile temel olarak egemenin kişisel buyrukları yerine yönetilen ve yöneteni bağlayan norma dayalı bir düzene doğru geçiş diğer ülkelerin poziti-

<sup>149</sup> Güriz, s. 411.

<sup>150</sup> Güriz, s. 419.

<sup>151</sup> Güriz, s. 422.

<sup>152</sup> Güriz, s. 419-420.

tif hukuklarına benzer biçimde gözlenmektedir. Güriz’in burada ifade ettiği gibi bu durum siyasi tarih-hukuk tarihi ilişkisi bakımından düşünüldüğünde ekseriyetle iradeci pozitivizmden normativist pozitivizme geçişi gerektirmiştir.<sup>153</sup> Bu bağlamda Türk hukuku, içerisinde tabii hukuk öğeleri barındırmakla beraber hukuk geleneğine uygun biçimde pozitivist görüşe bağlıdır. Türk Medeni Kanunu, Türk Ceza Kanunu, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 2000’li yıllara devamlılık göstermesi bu bağlamda değerlendirilebilir.<sup>154</sup>

Türk Medeni Kanunu, birinci maddede açık şekilde görüldüğü gibi Fransız ve Avusturya’daki benzerlerinde bulunan “*kanunun tamamıyeti fikri*”nden uzaktır. Hukuk dışı kaynaklardan istifade imkânının oldukça geniş olması, kanunun her meseleyi detaycı bir biçimde tanzim etme anlayışından uzak olduğunu göstermektedir.<sup>155</sup> Young’un ifadesiyle söylemek gerekirse İsviçre Medeni Kanunu’nun mimarı Eugen Huber<sup>156</sup>’in hukuk düşüncesi, kanunu verili şekilde bir “*eksiklik*” olarak anlamaktadır; zira hukuk toplumsal ilişkiler içerisinde kaçınılmaz şekilde bir oluş halindedir, eksiksiz olan hukuktur. Hukuk yargıçların içtihadî faaliyetleri yoluyla gelişmesini sürdürür ve metinler içerisinde sınırlanamaz, onların sınırlarıyla bağlı görülemez.<sup>157</sup> 1930’lu yıllarda realistlerin ilgilendiği problemlerin Türk hukuku tartışmalarına farklı yollardan yansıdığını ifade eden Gürkan ise geleneksel hukuk anlayışının hukuku kaide ve kararlar toplamı olarak görmesini eleştiren Amerikan Hukuki Realizmine hâkim olan kanun-doktrin-tatbikat farklılığı eleştirisinin içtihadî faaliyetle ilgili olarak Türk hukukunda belirgin hale geldiğini ifade etmektedir. Amerikan Realizminin

<sup>153</sup> Güriz, s. 422.

<sup>154</sup> Güriz, s. 418-420.

<sup>155</sup> Kemal Fikret Arık, “Medeni Kanunun Yorumu”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Ankara 2015, C.3, S. 1, s. 27,

<sup>156</sup> Morandiére 19. yüzyılda medeni kanun hazırlama işinin bir hükümet tarafından bu alanda uzman bir kimseye tahmil yoluyla gerçekleştirildiğini ifade etmektedir. İsviçre hükümeti’nin Eugen Huber’e olan tevdi veya Hollanda hükümetinin 1839’da kanunun tadili için Profesör Marjers’i görevlendirilmesi bunun başlıca örnekleri konumundadır. Fransa ise 1945 yılında bu yolu tercih etmeyerek tadil konusunda yüksek mahkeme üyeleri, noterler, avukatlar ve hukuk profesörlerinden oluşan on iki üyeli bir komisyon oluşturmayı seçmiştir. Morandiére, s. 721.

<sup>157</sup> M. Walter Young, “Eugene Huber Ve İsviçre Medeni Kanununun Ruhu (1849-1923)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1949, C. 6, S. 1, s. 171.

hukuk mantığına dair eleştirilerinden Türk hukuk hayatının faydalanması gerektiğini ifade eden düşünürre göre mahkemelerin işleyişi ve adalet tatbikatını etkileyen tüm sosyolojik faktörlere hukuku teknik bir teferruat olarak görmemek için değerlendirmelerde yer verilmesi zorunludur. Bu yönde bir gelişme olarak 1925 sonrası ilk on yılda gerçekleşen lafzî yorum, 1935 sonrası ise Medeni Kanun birinci maddesi üzerinden gerek zamanın şartlarına göre yoruma gerek hâkimlerin hukuk yaratmaya daha çok ağırlık vermelerine sebep olmuştur.<sup>158</sup>

Türk yargıcı İsviçre menşeli bu kanunu uygularken yeni hayat şartlarından tamamen kopuk bir biçimde hareket edememiştir; zira toplumsal hayat şartları arasında kültürel anlamda böyle büyük farklar olması yaşayan hukuk denklemini değişkenliğe uğratmıştır. Bununla birlikte Türk kanun koyucusunun amacı zaten ülkedeki hayat şartlarını hukuk yoluyla değiştirmek olduğundan hayat şartları salt hukuku etkileyemez, hukuk da hayat şartları üzerinde bu etkiden yararlanma yoluna gidebilir.<sup>159</sup> Modern özel hukukun merkezinde bireyin özgürlüğü ve işlem ile eylemlerinde şahsi sorumlulukla sınırlandırılması fikri yatmaktadır ancak bu hukukun temelinde kalan kavramların temelde Alman, İsviçre ve Türk kanunlarında karşılıklı sözleşme, ifa yükümlülüğü, hukuk işlem, irade beyanı gibi soyut ve göreceli ifadeler üzerinden ilerlediği söylenebilir.<sup>160</sup> Genel düşünce ve

<sup>158</sup> Ülker Gürkan, *Hukukî Realizm Akımı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:225, Ankara 1967, s. 152-153.

<sup>159</sup> Ayrıca siyasi bakımdan İsviçre ile Türk kamu hukuku arasındaki tarihsel ayrıma dikkat çeken Hırş, ekonomik açıdan da bankacılık, sanayi ve işçi sınıfı arasında Türk-İsviçre hukuk düzenleri arasındaki bariz farklar olduğuna işaret etmektedir. Ayrıca kültürel ve coğrafi bakımdan yaşayış noktasında da iki farklı toplumsal hayattan bahsedilebilmesi mümkündür, tüm bu değişkenler Medeni Kanun uygulamasına başta aile ve miras hükümleri olmak üzere büyük bir etkide bulunmuştur. Hırş, 2011, s. 287-288.

<sup>160</sup> Heper, s. 20. Code Civil'in bir diğer önemi de ekonomik gelişim açısından Fransız burjuvazisinin hızını arttıran ve ona güvence sağlayan bir kanun olmasından gelmektedir. Gerçekten de doğal hukuk ilkelerinin yasa maddeleri olarak kodifiye edildiği Fransa karşısında diğer ülkelerde feodal temelli şekilde toplumsal ağırlığa sahip aristokrasi bu girişimlerin kendi ülkelerine gelmesini önlemek amacıyla bir dizi önlem düşünmüşlerdir. İngiltere'de Burke'un Fransız Devrimi Üzerine Düşünceler eseri Savigny öncesi benzer itirazlara sahip olmasıyla dikkat çekicidir. Almanya'daki yasalastırma girişimlerini de bununla ilişkilendirmek olasıdır. Cahit Can, *Hukuk Sosyolojisinin Genel Gelişim Yönü*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1996, s. 178-179.

idelerin ülkeden ülkeye farklılık göstermesinin hukuk kurallarının uygulanmasına doğrudan etkisi olduğunu ifade eden yazara göre karşılaştırmalı hukuk üzerinden tespit edilebileceği üzere aynı maddenin uygulama şekillerinin birbirinden farklı olmasının maddedeki sözcükler aynı şekil ile dizilime sahip olsalar dahi değişkenlik gösterebilmesi mümkündür. Diğer bir ifadeyle lafzi olarak aynı olan kavram, başka bir ülkede uygulama ve yorum faaliyetinde yerel farklılıklardan doğrudan etkilenme potansiyeline sahiptir.<sup>161</sup> Şüphesiz benimsenmiş bir hukuk sisteminin yeni bir terminoloji ile gelmesi bu ülkede mevcut hukuki karşılıkların bulunmayışı o ülkeye gelen model hukuk sisteminin daima yabancı kalacağı yolunda bir eleştiriyle karşılaşması muhtemel bir olgudur. Bununla beraber mehzaz kanunun başarıyla benimsenmesi ülkenin kendi iklimine uygun değişiklikler ve böylece ilgili kanunun yabancılık unsurunu kaybetmesi yoluyla olanaklıdır.<sup>162</sup>

Bu gerekçelerle ahlaki, sosyal, biyolojik ve coğrafi sebeplerle kanunun alımında birçok değişikliğe gidildiğini ifade eden Arık bu konuda verdiği örneklerde İsviçre hukukunda evlenme yaşı 20 olarak görülürken Türk hukukunda bu yaşın erkeklerde 17, kadınlarda 15 yaşın bitirilmesi olarak değiştirilmiş olduğunu ifade etmektedir. Din seçme yaşı İsviçre’de 16 iken hukukumuzda reşit olmak şart olarak aranmaktadır. Terk sebebiyle boşanma İsviçre’de iki yıllık süreye tabi iken bu süre Türk hukukunda iki aya indirilmiştir. Ayrıca olağanüstü zaman aşımında İsviçre Medeni Kanunu otuz yıllık bir süre şartı koyarken Türk hukukunda bu durum yirmi yılla daha kısa tutulmuş bulunmaktadır. Hibe edenin vefatından önceki beş yıllık kazandırmaları tenkise tabi iken Türk hukuku bunu bir yıllık süreyle sınırlandırmıştır.<sup>163</sup> Bir başka çarpıcı örnek de zilyetlik meselesiyle ilgilidir; zira Hırş’e göre iki ülke arasında bu konuda açık bir fark bulunmaktadır. İsviçre’de zilyetliğin iadesi davasının etkin adli teşkilatlanma sebebiyle önemli bir işleve sahip olduğuna işaret eden yazar, Türkiye’de ise zilyetlikten mahrum kalan bir kimsenin 1940’lı yıllarda adli makamların eksikliği yerine idari makamlar yoluyla bu himayeyi sağladığına ve bu sebeple zilyetliğin himayesi kurumunun o dönemki toplumun

<sup>161</sup> Hırş, 2011, s. 287.

<sup>162</sup> Bozkurt, s. 16-17.

<sup>163</sup> Kemal Fikret Arık, “Medeni Kanun ve Yapılan Bazı Tenkidler”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 18, S.1, s. 203-204.

özel ihtiyaçlarını karşılamadığını vurgulamaktadır.<sup>164</sup> Ayrıca İsviçre medeni kanunu alımıyla Türk milli hukukuna doğru bir gidişin mevcut kanun seçimiyle ve zaman içerisinde kanun boşluklarının içtihatlar yoluyla doldurulması ile mümkün olduğunu ifade eden Arık'a göre Yargıtay'ın tapusuz topraklarda zilyetliğin devrine ilişkin içtihadı bu hususta oldukça önemli bir örnektir.<sup>165</sup> Devletin kapsamlı bir tapu sicili bulunmamasının gösterdiği üzere hukukta amaç sorunu resepsiyon hareketlerinde hesaplanmamış farklı sonuçlara yol açma ihtimalini her zaman içerisinde barındırmaktadır. Hukukun rasyonel amacı farklı bir hedefi öngörmüş olsa da uygulamanın hukuku kullanarak sosyoekonomik koşullar üzerinde oluşturduğu amaç tamamen farklı nitelik arz edebilmektedir, bir diğer ifadeyle mevcut ekonomik yapılarla hukuk arasında uyum gözden kaçırılmamalıdır.<sup>166</sup>

Resepsiyon konusunda Meclislerin karar alma sürecini ve bu süreçteki politik kararları daima devrim hareketi ya da radikal irade sonucunda gerçekleşen şeyler olarak düşünmemek gerekmektedir. Örneğin yakın tarihte bazı Doğu bloku ya da Latin Amerika ülkeleri devrimci dönüşüm yaşamamalarına rağmen tarihsel ve kültürel bakımdan organik bağlar taşıdıkları ülkelerin hukuklarını alma yoluna gitmişlerdir.<sup>167</sup> Medeni hukukun özel alanı ilgilendiren hususlarında radikal nitelikli toplumsal değişiminin kısa vadede başarıya ulaşabilen girişimler olmadığına işaret eden Can, Sovyet Rusya'nın 1926-1929 yılları arasındaki kanun denemelerinin açık bir biçimde başarısızlığa uğramasıyla karşılaştırıldığında Türkiye'deki resepsiyonun başarılı olarak görülmesi gerektiğini ifade etmektedir.<sup>168</sup> Bu hususta Berkes'in ifade ettiği gibi Medeni Kanun'da resepsiyonu destekleyenler için "ka-

<sup>164</sup> Ernst Hirsch, "Zilyetliği Gasp ve Ona Tecavüz (Fuzuli İşgal)den Doğan Tazminat (Ecrimisil) Talepleri", Medeni Kanununun XV. Yıldönümü İçin, İstanbul 1944, s. 785-787.

<sup>165</sup> Arık, s. 29-30. Can'a göre Medeni Kanun'un 639. maddesinde bulunan ve tapu siciline kayıtlı olmayan gayrimenkullerle ilgili olağanüstü kazandırıcı zamanaşımını hükme bağlayan düzenleme, kadastro düzenlemelerindeki yetersizlikten ötürü Türkiye'de feodal toprak ağalığının cumhuriyet sonrası ivme kazanmasına katkıda bulunmuştur. Toprak reformu girişimlere rağmen gerçekleşmemiş ve Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu çıkarılması da devlete ait toprakların başka ellere özel mülk olarak geçmesini engellemekte yetersiz kalmıştır. Can, s. 184-186.

<sup>166</sup> Can, s. 182-186.

<sup>167</sup> Bozkurt, s. 10.

<sup>168</sup> Can, s. 179.

nun" kavramı, olması gereken ilkeler bütününe destekleyen devrimci bir fonksiyonun aracı olmuştur. Böylelikle gelenekler veya yerleşik pratiklerden hareketle halkın ilişkilerini düzenlemenin aksine aile, evlilik, boşanma, mülkiyet, sözleşme alanındaki yeni düzenlemeler yoluyla çağdaş uygulamaları yurttaşların yaşamına dahil etmek ve içtihatlarla bu geçişi desteklemek amaçlanmıştır.<sup>169</sup>

## SONUÇ

Osmanlı İmparatorluğu'nda Batılılaşma hareketlerinden itibaren gündemde olan ve Âli Paşa ile anılan resepsiyon fikri, Yeni Türk Devleti'nin kuruluşunda makalede geçen üç kanat arasında oldukça radikal bir görüş olarak ele alınmıştır. Bu yönüyle 1923-1925 arasında meclis ve kamuoyunda güçlü bir akım olarak varlık kazanamayan Batıdan hukuk alımı fikri, medeni hukuk alanında diğer hukuk yapım yollarından sonuç alınamayacağına anlaşılması sonrası etkinlik kazanmış bir akım olarak öne çıkmıştır. Burada Saltanatın kaldırılması, Lozan Barış Antlaşması, Cumhuriyetin İlanı, Hilafetin kaldırılması gibi aşamalar ile şer'i mahkemelerin lağvedilmesi gibi olayların da radikal hukuk alımı fikrinin ağırlık bulmasını sağladığını söylemek mümkündür. Ayrıca 1924 Anayasası'nda "Devletin dini İslam'dır." ibaresinin açık şekilde yer aldığı bir aşamada resepsiyon hareketlerinin gerçekleştiğini ifade etmek gerekmektedir. İktibas fikrinin Alman hukuk çevresinden seçilmesi ise içtihadî faaliyetler yoluyla hukukun tedvinini sağlamlaştırmış gözükmektedir. Bu durum Mecelle-i Âhkam-ı Adliyye ile İsviçre Medeni Kanunu arasında büyük bir farkın sonucudur. Kanunun tercümesi sırasında örf ve âdet hukukuna yer verilmesine karşılık yerel alandaki yerleşik örflerin hukuka kaynaklık edebileceğine izin veren maddenin alınmaması burada önemli bir karardır.

Görüldüğü üzere mesele bir noktada devletin hukuk dayatma gücünün olup olmadığı sorusuna bizleri götürmektedir. Devletin hukuk dayatma gücü ve bu gücün sınırlarının hangi noktada çizileceği meselesi tarihsel bir sorun olarak karşımızda bulunmaktadır. Olasıdır ki özgün bir medeni kanun yapma fikri erken Cumhuriyet'teki atılımlar ve hızlı karar alma süreçlerini sekteye uğratacağı düşünüldüğünden tartışılmaya fırsat bulamamıştır. Böyle bir hazırlık sürecinin erken

<sup>169</sup> Berkes, s. 424.

Cumhuriyet dönemi kadrolarının radikal bakış açılarında zaman kaybettirici bir faaliyet olarak görüldüğü çıkarımı yapılabilir. Diğer bir ifadeyle “*Türkün ruhundan doğan kanunlar*” ve halkın yaşam biçiminden sadır eden milli medeni kanun yapma fikri devrimin aciliyetini engelleyici öğeler olarak görülmüştür. Cumhuriyet kadrolarının bu yönde yapılmış ve bir zamana yayılmış bir hazırlığı bulunduğu dair bir kanıtın olmadığı burada ayrıca ifade edilmelidir.

### Kaynakça

#### Kitaplar- Kitap Bölümleri

- Akın Rıdvan, *Türk Siyasi Tarihi*, XII Levha Yayınları, İstanbul 2019.
- Akyol Taha, *Medine'den Lozan'a: Çok-hukuklu Sistemin Tarihteki Deneyleri*, Doğan Kitap, İstanbul 1996.
- Akyol Taha, *Atatürk'ün İhtilal Hukuku*, Doğan Kitap, İstanbul 2012.
- Akzambak Mehmet, *Atatürk'ün Devrimci Adalet Bakanı Mahmut Esat Bozkurt*, Kastaş Yayınevi, İstanbul 2000.
- Ankara Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 210, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1966.
- Asal Barkın, *Kodlaştırma Fransız Medeni Kanunu'nun Felsefi ve Tarihsel Kökenleri*, XII Levha Yayınları, İstanbul 2018.
- Aydın Mehmet Âkif, “*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*”, TDV İslâm Ansiklopedisi 28. Cilt, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2003, (s. 231-235).
- Aygün Mustafa Y., *Özel Hukuk Açısından Hukuk Devrimi*, Ajans Türk Matbaacılık, Ankara 1983.
- Balaman Ali Rıza, *Evlilik Akrabalık Türleri: Sosyal Antropolojik Yaklaşımlar*, İleri Kitap, İzmir 1982.
- Berkes Niyazi, *Türkiye'de Çağdaşlaşma*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2013.
- Bora Tanıl, *Cereyanlar Türkiye'de Siyasal İdeolojiler*, İletişim Yayınları, İstanbul 2017.
- Borak Sadi / Kocatürk Utkan (der.), *Atatürk'ün Söylev ve Demeçleri I-III*, Atatürk, Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi, Divan Yayıncılık, Ankara 2006.
- Bozkurt Gülnihal, *Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasî Gelişmelerin Işığı Altında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu (1839-1914)*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1989.
- Bozkurt Gülnihâl, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci (1839-1939)*, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 2020.
- Bozkurt Mahmut Esad, “*Türk Medenî Kanunu Nasıl Hazırlandı?*”, *Medenî Kanunun XV. Yıl Dönümü İçin*, Kenan Matbaası, İstanbul 1944.
- Can Cahit, *Hukuk Sosyolojisinin Genel Gelişim Yönü*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1996.



**388** "Türk'ün Ruhundan Doğan Kanunlar İsteriz": Erken Cumhuriyet Döneminde Medeni Hukuk Yapımına Yönelik Üç Görüş ve Hukuk Politikasının Değişikliği Üzerine Bir Değerlendirme

- Can Cahit, Türk Hukukunun Kökenleri ve Türk Hukuk Devrimi, Kaynak Yayınları, İstanbul 2012.
- Cardozo Benjamin N., Yargı Sürecinin Doğası, (çev. M. Dülger, S. Erçin), Tekin Yayınevi, İstanbul 2018.
- Cotterell Roger, Hukukbilimin Politikası Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş, (çev. S. Üye), Pinhan Yayınevi, İstanbul 2022.
- Cotterell Roger, Law, Culture and Society Legal Ideas in the Mirror of Social Theory, London 2006.
- Çoker Fahri, Türk Parlamento Tarihi Milli Mücadele ve TBMM I. Dönem 1919-1923 III. Cilt, Türkiye Büyük Millet Meclisi Vakfı Yayınları No: 6, Ankara 1994.
- Demirel Yücel/Konur Osman Zeki (haz.), Cumhuriyet Halk Partisi Grup Tutanakları 1923-1924, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2002.
- Dural Mustafa/Sarı Suat, Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 2012.
- Durmuş İsmail, "İktibas", TDV İslâm Ansiklopedisi 22. Cilt, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 2000, (s. 52-54).
- Erdem Sami, "Seyyid Bey", TDV İslâm Ansiklopedisi 37. Cilt, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2009, (s. 54-56).
- Eski Mustafa, Cumhuriyet Döneminde Bir Devlet Adamı Mustafa Necati, Atatürk Araştırma Merkezi Yayını, Ankara 1999.
- Gökalp Ziya, Türkleşmek, İslamlaşmak, Muasırlaşmak, Akçağ Yayınevi, Ankara 2010.
- Güler E. Zeynep, "Muhafazakârlık: Kadim Geleneğin Savunusundan Faydacılığa", 19. Yüzyıldan 20. Yüzyıla Modern Siyasal İdeolojiler, H. Birsen Örs (der.), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2014.
- Günal Seyit, Türkiye'de Hukuk Dilinin Dönüşümü, XII Levha Yayınları, İstanbul 2020.
- Gürkan Ülker, Hukukî Realizm Akımı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:225, Ankara 1967.
- Heper Altan, Serbest Hukuk Akımı Sosyal Bir Olgu Olarak Hukuk, XII Levha Yayınları, İstanbul 2016.
- Hirsch Ernst E., "İsviçre Kanunu-Türk Hukuku", Ankara ve Lozan Arasında Avrupa Yolundaki Türkiye Üzerine Bir Derleme, M. Schweizer (der.), Phoenix Yayınevi, Ankara 2005, (s. 345-367).
- Hirş Ernst E., Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Dersleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2011.
- Hirş Ernst, "Zilyetliği Gasp ve Ona Tecavüz (Fuzuli İşgal)den Doğan Tazminat (Ecrimisil) Talepleri", Medeni Kanununun XV. Yıldönümü İçin, Kenan Matbaası, İstanbul 1944.
- İşıktaç Yasemin, Hukukun Kaynağı olarak Örf ve Âdet Hukuku, Kazancı Kitap, İstanbul 1992.
- İnalçık Halil, Osmanlı Tarihinde İslâmiyet ve Devlet, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2023.

- Kayak Sevgi, "Türk Hukuk Tarihinde Medeni Hukuk Alanındaki Resepsiyon Sürecinin Meşruluğu", I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2012, s. 55-62.
- Kili Suna, Atatürk Devrimi Bir Çağdaşlaşma Modeli, İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2006.
- Kinross Lord, Atatürk-Bir Milletin Yeniden Doğuşu, Sander Yayınları, (çev. N. Sander), İstanbul 1984.
- Jaeschke Gotthard, Yeni Türkiye'de İslâmlık, (çev. H. Örs), Bilgi Yayınevi, Ankara 1972.
- Lewis Bernard, Modern Türkiye'nin Doğuşu, (çev. B. B. Turna), Arkadaş Yayınevi, Ankara 2014.
- Mardin Ebul'ula, Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 2009.
- Meray Seha L., Lozan Barış Konferansı / Tutanaklar-Belgeler İkinci Takım Cilt II, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2001.
- Mumcu Ahmet, Tarih Açısından Türk Devriminin Temelleri ve Gelişimi, İnkılap Kitabevi, İstanbul 1983.
- Örikağasızade Hasan Sırrı, Hukuk-ı Husûsiyye-i Düvel, (tr. O. C. Saatcioğlu), XII Levha Yayınları, İstanbul 2023.
- Özbudun Ergun, 1924 Anayasası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012.
- Özsunay Ergun, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul İktisat Fakültesi Yayınları, İstanbul 1981.
- Öztürk Kâzım, Türk Parlamento Tarihi: TBMM II. Dönem 1923-1927, Türkiye Büyük Millet Meclisi Vakfı Yayınları, Ankara 1994.
- Raiser Thomas, Grundlagen der Rechtssoziologie, Mohr Siebeck, Tübingen 2013.
- Savigny Friedrich Carl Von, Çağımızın Yasama ve Hukuk Bilimi Konusundaki Görüşü Üzerine, (çev. A. Acar), Pinhan Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Serozan Rona, Medeni Hukuk: Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- Şimşir Bilal, Lozan Günlüğü, Bilgi Yayınevi, Ankara 2012.
- Tanör Bülent, Kurtuluş Kuruluş, Cumhuriyet Kitapları, İstanbul 2006.
- Tigar Michael E. / Levy Madeleine R., Kapitalizmin Yükselişi ve Hukuk, (çev. O. Karahanoğulları), Epos Yayınları, Ankara 2016.
- Topçuoğlu Hâmede, XIX. Yüzyıl Sosyologlarında Hukuk Anlayışı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1961.
- Toprak Zafer, Türkiye'de Kadın Özgürlüğü ve Feminizm (1908-1935), Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul 2015.
- Toprak Zafer, Türkiye'de Yeni Hayat- İnkılap ve Travma 1908-1928, Doğan Kitap, İstanbul 2017.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, D.C.I. S.22.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, 3.3.1340, Devre II, Cilt 7.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, 8.11.1340, Devre II, Cilt 8.

**390** “Türk’ün Ruhundan Doğan Kanunlar İsteriz”: Erken Cumhuriyet Döneminde Medeni Hukuk Yapımına Yönelik Üç Görüş ve Hukuk Politikasının Değişikliği Üzerine Bir Değerlendirme

- Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, 25.2.1340, Devre II, Cilt 6.
- Uyar Hakkı, Sol Milliyetçi Bir Türk Aydını: Mahmut Esat Bozkurt, Bûke Yayınları, İstanbul 2000.
- Üçok Coşkun/Mumcu Ahmet/Bozkurt Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Savaş Yayınevi, Ankara 1996.
- Üskül Engin Zeynep Özlem, Türkiye’de Evlenmenin Evrimi, Beşir Kitabevi, İstanbul 2008.
- van Caenegem Raoul Charles, Özel Hukukun Tarihi Giriş, Pinhan Yayınları, İstanbul 2022.
- Velidedeoğlu Hıfzı Veldet, Medeni Kanunu Değiştiren Öntasarıya İlişkin Çalışmaların Belgelerle Açıklanması, H. C. Oğuzoğlu’na Armağan İçinde, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 303, Ankara 1972.
- Velidedeoğlu Hıfzı Veldet, Türk Medenî Hukuku Umumî Esaslar Cilt I, İstanbul Matbaacılık, İstanbul 1959.
- Yıldırım Serhan, 19. Yy. Alman Hukuk Teorisinin Tarih Bilinci Bağlamında Oluşumu ve Etkileri, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.
- Yıldırım Serhan, Cumhuriyet Dönemi Medeni Hukuk Resepsiyonunun Tarihsel ve Felsefi Zeminden Ayrılmazlığı ve Kıymeti Üzerine Bir Değerlendirme, Türk Hukuk Tarihi Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Türkiye Adalet Akademisi, Ankara 2023.
- Zürcher Erik Jan, Cumhuriyetin İlk Yıllarında Siyasal Muhalefet Terakkiperver Cumhuriyet Fırkası (1924-1925), (çev. G. Ç. Güven), İletişim Yayınları, İstanbul 2021.

## **Makaleler**

- Acar Ali, “Friedrich Karl von Savigny’nin Hukuk Anlayışı”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Kayseri 2006, C.1, S.1, s. 65-88.
- Akbaş Kasım, “Friedrich Carl Von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 2016, C. 74, S.1, s. 53-72.
- Atamer Yeşim M., “Rezeption und Weiterentwicklung des schweizersichen Zivilgesetzbuches in der Türkei”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Hamburg 2008, C. 72, S. 4, 723-754.
- Aydın Mehmet Âkif, “Türk Hukukunun Laikleşme Sürecinde Lozan’ın Oynadığı Rol”, *İslâmi Araştırmalar Dergisi*, Ankara 1995, C. 8, S. 3-4, s. 166-172.
- Arık Kemal Fikret, “Medeni Kanun ve Yapılan Bazı Tenkidler”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Ankara 1963, C. 18, S. 1, s. 193-213.
- Arık Kemal Fikret, “Medeni Kanunun Yorumu”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Ankara 2015, C. 3, S. 1, s. 13-31.
- Arsebük Esat, “Türkiye’de Medeni Hukukun İnkişaf Safhaları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1943, C. 1, S. 1, s. 7-19.
- Ömer Lütfi Barkan, “Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1941, C. 7, S. 2-3, s. 700-717.
- Belgesay M., “Mecellenin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 2011, C. 12, S. 2-3, s. 561-608.

- Dumanlı Çiğdem, "Mahrem Alanda Sivil Hukuk İnşası: Mahmut Esat Bozkurt'un Medeni Kanun Gerekçesi ve Eugen Huber Kaynakçası", *Belgi Dergisi*, S. 26, Denizli 2023, s. 1-23.
- Elmacı Mehmet Emin, "Osmanlı Hukuk Reformunda Bir Öncü: Kont Leon Ostrorog", *OTAM Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, Ankara 2011, S. 29, s. 1-30.
- Fertellioglu Buğrahan, "Medeni Kanun ve Tarihçi Hukuk Okulu", *Hukuk Kuramı Dergisi*, C. 8, S. 1, 2023, s. 83-93.
- Fındıkoğlu Ziyaeddin Fahri, "Medeni Kanunumuz Etrafında Bazı Sosyolojik Meseleler", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Ankara 1958, C. 13, S. 1, s. 180-190.
- Göktürk Hüseyin Avni, "Türk Medeni Kanunumuzun ve Millî Bünyemizin Demokratik Karakterine Dair", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1951, C. 8, S. 3, s. 278-308.
- Gönensay Samim, "Medeni Kanunun Yeniden Tetkik Ve Tashihine İhtiyaç Vardır.", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1940, C. 6, s. 51-57.
- Kılıçoğlu Ahmet, "Medeni Kanunumuzu Nasıl Değiştirdik (How We Amended Our Civil Code)", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 3, İstanbul 2016, s. 1717-1757.
- Kuru Gonca, "Thibaut ve Savigny'de Resepsiyon ve Kodifikasyon Hareketleri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi*, İstanbul 2016, C. 22, S. 1, s. 201-228.
- Lipstein Karl, "The Reception of Western Law in Turkey", *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, İstanbul 1956, C. 5, S. 6, s. 11- 27.
- Magnarella Paul J., "The Reception of Swiss Family Law in Turkey", *Anthropological Quarterly*, Washington 1973, C. 46, S. 2, s. 100-116.
- Morandière Julliot de la, "Fransız Medeni Kanununun Tadili", (çev. İ. E. Postacıoğlu), *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 2011, C. 16, S. 3-4, s. 718-731.
- Onar Sıddık Sami, "Osmanlı İmparatorluğu'nda İslam Hukukunun Bir Kısmının Codification'ü Mecelle", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1954, C. 20, S. 1-4, s. 57-85.
- Osmanağaoğlu Karahasanoğlu Cihan, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi", *OTAM Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma Ve Uygulama Merkezi Dergisi*, Ankara 2011, C. 29, S. 29, s. 93-124.
- Örsten Esirgen Seda, "Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türk Hukukunda Kanunlaştırma Hareketleri", *Adalet Dergisi*, Ankara 2019, S. 62-63, s. 429-480.
- Öztan Bilge, "Medeni Kanun'un Kabulünün 70'nci Yılında Aile Hukuku", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1995, C. 44, S. 1, s. 79-125.
- Üçok Coşkun, "Alman Hukukunun Tarihi Gelişmesine Bir Bakış", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1950, C. 7, S. 1, s. 292-321.
- Ünal Mehmet, "Medeni Kanunun Kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle 1917 Tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1977, C. 34, S. 1, s. 195-231.

**392** “Türk’ün Ruhundan Doğan Kanunlar İsteriz”: Erken Cumhuriyet Döneminde Medeni Hukuk Yapımına Yönelik Üç Görüş ve Hukuk Politikasının Değişikliği Üzerine Bir Değerlendirme

Watson Alan, “Hukuksal Evrim Ve Kanun Yapma”, (çev. E. Akyazan), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 2011, C. 67, S. 1-2, s. 231-253.

Young M. Walter, “Eugene Huber Ve İsviçre Medeni Kanununun Ruhu (1849-1923)”, (çev. J. Güral), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1949, C. 6, S. 1, s. 162-180.

Zajtay İmre, “Yabancı Hukukun Tüm Olarak İktibası”, (çev. T. Aküenal), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 37, S. 1-4, s. 309-324.

### **Tezler**

Halıcı Şaduman, Yeni Türkiye Devleti’nin Yapılanmasında Mahmut Esat Bozkurt (1892-1943), Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Eskişehir 2004.

Ocakoğlu Ömer Faruk, Kodifikasyondan Resepsiyona: Aile Hukukundaki Gelişmeler ve Toplumsal Etkileri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2014.

### **İnternet Kaynakları**

C. H. P. Genel Başkan Vekili Başvekili Şükrü Saraçoğlu’nun Hükümetin İç Ve Dış Politikasını İzah Eden Nutukları, <https://acikerisim.tbmm.gov.tr/items/ec3c595c-978c-4b1a-b793-548d3c2a171c>.

Fındıkoğlu Ziyaeddin Fahri, “Medeni Kanunumuzun 20 inci yıldönümü”, <https://www.gastearsivi.com/gazete/cumhuriyet/1946-02-17/2>.

Velidedeoğlu Hıfzı Veldet, “Fransız Medenî Kanununu kabul etmeli miydik?”, <https://www.gastearsivi.com/gazete/cumhuriyet/1946-02-21/2>.